REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 27 – ANO 5

MAIO E JUNHO DE 2018

As íntegras aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto aos órgãos responsáveis do Tribunal.

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Presidente

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

Desembargador RICARDO HENRY MARQUES DIP
Desembargador ITAMAR GAINO
Desembargador EGIDIO JORGE GIACOIA
Desembargador RICARDO SANTOS FEITOSA
Desembargador MÁRCIO ORLANDO BARTOLI
Desembargador LUIZ FERNANDO VAGGIONE

SUMÁRIO

Clique nas chamadas para ser remetido diretamente ao texto

1- Jurisprudência Cível:

Seção de Direito Privado:

a) Ações Rescisórias 23

b) Agravos de Instrumento 27

c) Agravos Internos 112

d) Agravos Regimentais 114

e) Apelações 117

f) Embargos de Declaração 396

Seção de Direito Público:

a)Ações Rescisórias 403

b) Agravos de Instrumento 407

c) Agravos Internos 450

d) Apelações 453

e) Apelações/Remessas Necessárias 589

f) Embargos de Declaração 592

g) Mandados de Segurança 593

h) Reexames Necessários 597

i) Remessas Necessárias 599

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 603

b) Agravos Regimentais 613

c) Apelações 617

d) Correições Parciais 711

e) Embargos de Declaração 716

f) *Habeas Corpus* 718

g) Mandados de Segurança 749

h) Recursos em Sentido Estrito 752

i) Revisões Criminais 761

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 787

b) Agravos Internos 863

c) Agravos Regimentais 869

d) Arguições de Inconstitucionalidade 876

e) Conflitos de Competência 878

f) *Habeas Corpus* 890

g) Mandados de Injunção 893

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos Internos 898

b) Apelações 901

c) Apelações/Reexames Necessários 920

d) Conflitos de Competência 930

e) Conflitos de Jurisdição 940

f) *Habeas Corpus* 943

g) Reexames Necessários 945

5- Câmara Especial de Presidentes 951

6- Conselho Superior da Magistratura 983

7- Noticiário 993

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.tjsp.jus.br

Composta/Editada pela Equipe da DGJUD 1.2 - Serviço de Publicações e Divulgação - Presidência do Tribunal de Justiça

Palácio da Justiça, Rua Onze de Agosto, s/nº, 1º andar
sala 114, São Paulo-SP, 01018-010
Telefone (11) 3117-2801/3117-2802
endereço eletrônico: bibliotecadivulgacao@tjsp.jus.br

Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo - Ano V, n. 27, mai./jun. 2018 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2018.

Bimestral.

Repositório Oficial da Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

1. Direito - jurisprudência 2. Tribunal de Justiça - periódico. I. São Paulo (Estado). Tribunal de Justiça.

CDU 34(05)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CARGOS DE DIREÇÃO E DE CÚPULA

Presidente
Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS

Vice-Presidente
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

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

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

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

ÓRGÃO ESPECIAL

Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
ANTONIO CARLOS MALHEIROS
MOACIR Andrade PERES
Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
PÉRICLES de Toledo PIZA Júnior
Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
MÁRCIO Orlando BARTOLI
JOÃO CARLOS SALETTI
FRANCISCO Antonio CASCONI
RENATO Sandreschi SARTORELLI
CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO
Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA

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

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS

Vice-Presidente
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

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

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

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

CÂMARA ESPECIAL

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

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES
Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS (Presidente)
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho (Vice-Presidente)
Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho (Presidente da Seção de Direito Privado)
Desembargador Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto (Presidente da Seção de Direito Público)
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA (Presidente da Seção de Direito Criminal)

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

1ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO DE GODOY
Desembargador RUI CASCALDI***
Desembargador FRANCISCO Eduardo LOUREIRO
Desembargadora CHRISTINE SANTINI
Desembargador CLAUDIO Luiz Bueno de GODOY
Desembargador DURVAL AUGUSTO REZENDE FILHO**
Desembargador ENÉAS COSTA GARCIA*

2ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES
Desembargador JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS***
Desembargador Luiz Beethoven GIFFONI FERREIRA
Desembargadora MÁRCIA Regina DALLA DÉA BARONE
Desembargadora ROSANGELA MARIA TELLES**
Desembargadora HERTHA HELENA ROLLEMBERG PADILHA DE OLIVEIRA**
Desembargador MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES*

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

3ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Carlos Eduardo DONEGÁ MORANDINI***
Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA
Desembargador EGIDIO Jorge GIACOIA
Desembargador Dácio Tadeu VIVIANI NICOLAU
Desembargador CARLOS ALBERTO DE SALLES
Desembargador ALEXANDRE AUGUSTO PINTO MOREIRA MARCONDES**
Desembargador NILTON SANTOS OLIVEIRA**

4ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 5ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI***
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador FÁBIO de Oliveira QUADROS
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargador ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR
Desembargador MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA E QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA DISPONÍVEL)

5ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio Carlos MATHIAS COLTRO
Desembargador ERICKSON GAVAZZA MARQUES***
Desembargador JOSÉ LUIZ MÔNACO DA SILVA
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS
Desembargador FABIO HENRIQUE PODESTÁ**
Desembargadora FERNANDA GOMES CAMACHO**

6ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador VITO José GUGLIELMI
Desembargador José Percival ALBANO NOGUEIRA Júnior
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles***
Desembargador EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE
Desembargador JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA
Desembargadora ANA MARIA ALONSO BALDY**
Desembargador RODOLFO PELLIZARI**
Desembargadora MARIA SALETE CORRÊA DIAS*
Desembargadora CRISTINA APARECIDA FACEIRA MEDINA MOGIONI*

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

7ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO Silva COSTA
Desembargador MIGUEL Ângelo BRANDI Júnior
Desembargador LUÍS MÁRIO GALBETTI
Desembargadora MARY GRÜN***
Desembargador RÔMOLO RUSSO Júnior
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL CIMINO**
Desembargador JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES**

8ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI
Desembargador PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO
Desembargador João Batista SILVÉRIO DA SILVA***
Desembargador THEODURETO de Almeida CAMARGO Neto
Desembargador ALEXANDRE COELHO**
Desembargadora CLARA MARIA ARAÚJO XAVIER**
Desembargadora MÔNICA RODRIGUES DIAS DE CARVALHO*

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 612)

9ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Walter PIVA RODRIGUES
Desembargador GALDINO TOLEDO JÚNIOR
Desembargador ALEXANDRE Alves LAZZARINI
Desembargador José Carlos COSTA NETTO***
Desembargador EDSON LUIZ DE QUEIROZ
Desembargador JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO**
Desembargadora ANGELA MORENO PACHECO DE REZENDE LOPES**
Desembargadora MARIELLA FERRAZ DE ARRUDA POLLICE NOGUEIRA*

10ª Câmara de Direito Privado (sala 612 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JOÃO CARLOS SALETTI***
Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador ELCIO TRUJILLO
Desembargador CESAR CIAMPOLINI Neto
Desembargador Luiz Antonio COELHO MENDES
Desembargadora MÔNICA SALLES PENNA MACHADO**
Desembargador JOÃO BATISTA DE MELLO PAULA LIMA**
Desembargadora SÍLVIA MARIA FACCHINA ESPÓSITO MARTINEZ**
Desembargador DIMITRIOS ZARVOS VARELLIS*

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 604 OU 622)

11ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GILBERTO Pinto DOS SANTOS***
Desembargador WALTER Pinto da FONSECA Filho
Desembargador GIL Ernesto Gomes COELHO
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador Alberto MARINO NETO

12ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Antonio CERQUEIRA LEITE
Desembargador José JACOB VALENTE***
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargadora SANDRA Maria GALHARDO ESTEVES
Desembargador Antonio Mário de CASTRO FIGLIOLIA

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 621/623)

13ª Câmara de Direito Privado (salas 621/623 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Carlos Eduardo CAUDURO PADIN
Desembargadora ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA
Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador FRANCISCO GIAQUINTO***
Desembargador NELSON JORGE JÚNIOR
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**

14ª Câmara de Direito Privado (salas 612/616 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI
Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA***
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO
Desembargador MAURÍCIO PESSOA
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 509)

15ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

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

16ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Roberto COUTINHO DE ARRUDA
Desembargador JOVINO DE SYLOS Neto
Desembargador José Maria SIMÕES DE VERGUEIRO***
Desembargador MIGUEL PETRONI NETO
Desembargador MAURO CONTI MACHADO
Desembargador CARLOS ALEKSANDER ROMANO BATISTIC GOLDMAN*

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

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

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

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

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

10º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

19ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA
Desembargador MÁRIO Carlos DE OLIVEIRA
Desembargador RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI***
Desembargarora CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA
Desembargadora DANIELA IDA MENEGATTI MILANO**

20ª Câmara de Direito Privado (sala 509 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ÁLVARO TORRES JÚNIOR
Desembargador Luiz CORREIA LIMA
Desembargador LUIS CARLOS DE BARROS
Desembargador Manoel Ricardo REBELLO PINHO
Desembargador ROBERTO MAIA Filho***

11º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 622 OU 510)

21ª Câmara de Direito Privado (sala 622 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ADEMIR de Carvalho BENEDITO
Desembargador Antonio José SILVEIRA PAULILO
Desembargador ITAMAR GAINO
Desembargador VIRGÍLIO DE OLIVEIRA JÚNIOR
Desembargador Wellington MAIA DA ROCHA***
Desembargador GILSON DELGADO MIRANDA**

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

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

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

23ª Câmara de Direito Privado (sala 510 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI***
Desembargador JOSÉ MARCOS MARRONE
Desembargador SEBASTIÃO FLÁVIO da Silva Filho
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA
Desembargador SÉRGIO Seiji SHIMURA

24ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto de SALLES VIEIRA
Desembargador PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR
Desembargador WALTER Rocha BARONE
Desembargadora JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA***
Desembargadora DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO

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

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

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

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

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

14º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 621/623)

27ª Câmara de Direito Privado (sala 403 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Paulo Miguel de CAMPOS PETRONI
Desembargadora ANA CATARINA STRAUCH***
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT
Desembargador Samuel Francisco MOURÃO NETO
Desembargador MARCOS GOZZO

28ª Câmara de Direito Privado (salas 621/623 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador CELSO José PIMENTEL
Desembargadora BERENICE MARCONDES CESAR
Desembargador CESAR LACERDA
Desembargador DIMAS RUBENS FONSECA***
Desembargador CÉSAR LUIZ DE ALMEIDA

15º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 218/220)

29ª Câmara de Direito Privado (sala 403 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS
Desembargadora SILVIA ROCHA***
Desembargador FÁBIO Guidi TABOSA Pessoa
Desembargador CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN
Desembargador Marcelo FORTES BARBOSA Filho
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**
Desembargador THEMÍSTOCLES BARBOSA FERREIRA NETO**
Desembargadora MARIA CRISTINA DE ALMEIDA BACARIM*

30ª Câmara de Direito Privado (salas 218/220 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José Roberto LINO MACHADO
Desembargador CARLOS Alberto RUSSO
Desembargador MARCOS Antonio de Oliveira RAMOS
Desembargador Alberto de Oliveira ANDRADE NETO***
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI Mendes

16º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERCEIRA-FEIRA — PJ — (SALA 612)

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

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

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

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

17º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 618/622)

33ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador EROS PICELI
Desembargador Carlos Alberto de SÁ DUARTE
Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari
Desembargador MARIO ANTONIO SILVEIRA
Desembargador João Carlos SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA***
Desembargador MARIA CLAUDIA BEDOTTI*

34ª Câmara de Direito Privado (salas 618/622 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Luiz Augusto GOMES VARJÃO***
Desembargador NESTOR DUARTE
Desembargadora Maria CRISTINA ZUCCHI
Desembargador Cláudio Antonio SOARES LEVADA
Desembargador LUIZ GUILHERME DA COSTA WAGNER JÚNIOR
Desembargador TERCIO PIRES**

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

35ª Câmara de Direito Privado (sala 604 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho
Desembargador Fernando MELO BUENO Filho
Desembargador GILBERTO Gomes de Macedo LEME
Desembargador Antonio Carlos MORAIS PUCCI
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI***
Desembargador SÉRGIO LEITE ALFIERI FILHO**

36ª Câmara de Direito Privado (sala 601 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador JAYME QUEIROZ LOPES Filho
Desembargador José Henrique ARANTES THEODORO***
Desembargador PEDRO Luiz BACCARAT da Silva
Desembargador WALTER CESAR Incontri EXNER
Desembargador MILTON Paulo de CARVALHO Filho
Desembargadora MARIA CLAUDIA BEDOTTI*

19º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERÇA-FEIRA OU QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 504/511)

37ª Câmara de Direito Privado (sala 504 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador SÉRGIO GOMES
Desembargador JOSÉ TARCISO BERALDO
Desembargador ISRAEL GÓES DOS ANJOS***
Desembargador PEDRO Yukio KODAMA
Desembargador JOÃO PAZINE NETO

38ª Câmara de Direito Privado (sala 511 — 4ª feira — 14:00 horas — PJ)

Desembargador EDUARDO Almeida Prado Rocha de SIQUEIRA
Desembargador SPENCER ALMEIDA FERREIRA
Desembargador FERNANDO Luiz SASTRE REDONDO***
Desembargador FLÁVIO CUNHA DA SILVA
Desembargador ACHILE Mario ALESINA Junior
Desembargador CÉSAR SANTOS PEIXOTO**

GRUPO DE CÂMARAS RESERVADAS DE DIREITO EMPRESARIAL

1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial (sala 509 — 4ª feira — quinzenal — 13:30 horas — PJ)

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

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

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

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

30ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES***
Desembargador ENIO Santarelli ZULIANI
Desembargador Fernando Antonio MAIA DA CUNHA
Desembargador NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA
Desembargador CARLOS DIAS MOTTA**

31ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Artur César BERETTA DA SILVEIRA***
Desembargador Luiz Fernando SALLES ROSSI
Desembargador JAMES Alberto SIANO
Desembargador ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Desembargadora ROSANGELA MARIA TELLES**

32ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador CARLOS ALBERTO LOPES***
Desembargador Luiz Augusto de SALLES VIEIRA
Desembargador Antonio Mário de CASTRO FIGLIOLIA
Desembargador ACHILE Mario ALESINA Junior
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**

33ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador José Benedito FRANCO DE GODOI***
Desembargador ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA
Desembargador PAULO ROBERTO DE SANTANA
Desembargador HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA**

34ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador HERALDO DE OLIVEIRA Silva
Desembargador José JACOB VALENTE***
Desembargador TASSO DUARTE DE MELO
Desembargador SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador JOÃO PAZINE NETO

35ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

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

36ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador GILBERTO Pinto DOS SANTOS***
Desembargador SÉRGIO RUI da Fonseca
Desembargador RENATO RANGEL DESINANO
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Junior
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA**

37ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador Reinaldo FELIPE FERREIRA***
Desembargador MARCOS Antonio de Oliveira RAMOS
Desembargadora MARIA LÚCIA Ribeiro de Castro PIZZOTTI Mendes
Desembargadora DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT
Desembargador FLÁVIO ABRAMOVICI
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI

38ª Câmara Extraordinária de Direito Privado

Desembargador LUIZ EURICO Costa Ferrari***
Desembargador HUGO CREPALDI Neto
Desembargador LUÍS FERNANDO NISHI
Desembargador MILTON Paulo de CARVALHO Filho
Desembargadora MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL CIMINO**

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 609)

1ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador DANILO PANIZZA Filho
Desembargador LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ
Desembargador RUBENS RIHL Pires Corrêa
Desembargador Luís Paulo ALIENDE RIBEIRO
Desembargador VICENTE DE ABREU AMADEI***
Desembargador MARCOS PIMENTEL TAMASSIA**

2ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 3ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargadora VERA Lúcia ANGRISANI
Desembargador RENATO DELBIANCO
Desembargadora LUCIANA Almeida Prado BRESCIANI
Desembargador CLÁUDIO AUGUSTO PEDRASSI***
Desembargador CARLOS Vieira VON ADAMEK
Desembargador ANTONIO CARLOS ALVES BRAGA JÚNIOR**

3ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 3ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO CARLOS MALHEIROS***
Desembargador JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador Armando CAMARGO PEREIRA
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**
Desembargador KLEBER LEYSER DE AQUINO**
Desembargadora PAOLA CHRISTINA CALABRÓ LORENA DE OLIVEIRA

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 612)

4ª Câmara de Direito Público (sala 612 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Fernando Antonio FERREIRA RODRIGUES
Desembargador RICARDO Santos FEITOSA
Desembargador OSVALDO MAGALHÃES Júnior***
Desembargador PAULO BARCELLOS GATTI
Desembargadora ANA Luiza LIARTE
Desembargador LUÍS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL**

5ª Câmara de Direito Público (salas 621/623 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador FERMINO MAGNANI FILHO
Desembargador FRANCISCO Antonio BIANCO Neto
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargadora MARIA LAURA de Assis Moura TAVARES***
Desembargadora HELOÍSA MARTINS MIMESSI**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

6ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Getúlio EVARISTO DOS SANTOS Neto
Desembargador Decio LEME DE CAMPOS Júnior
Desembargador SIDNEY ROMANO DOS REIS***
Desembargador REINALDO MILUZZI
Desembargadora MARIA OLÍVIA Pinto Esteves ALVES
Desembargadora SILVIA MARIA MEIRELLES NOVAES DE ANDRADE**

7ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador MOACIR Andrade PERES
Desembargador Sérgio COIMBRA SCHMIDT***
Desembargador Paulo MAGALHÃES da Costa COELHO
Desembargador EDUARDO Cortez de Freitas GOUVÊA
Desembargador LUIZ SÉRGIO FERNANDES DE SOUZA
Desembargador FERNÃO BORBA FRANCO**

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 609)

8ª Câmara de Direito Público (sala 609 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador PAULO DIMAS de Bellis MASCARETTI
Desembargador LEONEL Carlos da COSTA
Desembargador Carlos Otávio BANDEIRA LINS***
Desembargador ANTONIO CELSO Campos de Oliveira FARIA
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR
Desembargador JOSÉ DA PONTE NETO**

9ª Câmara de Direito Público (sala 604 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador DÉCIO de Moura NOTARANGELI
Desembargador OSWALDO LUIZ PALU***
Desembargador Jeferson MOREIRA DE CARVALHO
Desembargador CARLOS EDUARDO PACHI
Desembargador João Batista Morato REBOUÇAS DE CARVALHO

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

10ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 2ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador ANTONIO CARLOS VILLEN
Desembargador ANTÔNIO CELSO AGUILAR CORTEZ
Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO***
Desembargadora TERESA Cristina Motta RAMOS MARQUES
Desembargador PAULO Sérgio Brant de Carvalho GALIZIA
Desembargador MARCELO SEMER**

11ª Câmara de Direito Público (sala 511 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO
Desembargador AROLDO Mendes VIOTTI
Desembargador RICARDO Henry Marques DIP
Desembargador José JARBAS de Aguiar GOMES
Desembargador OSCILD DE LIMA JÚNIOR***
Desembargador MARCELO LOPES THEODOSIO**

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

12ª Câmara de Direito Público (sala 612 — 4ª feira — 13:00 horas — PJ)

Desembargador José Orestes de SOUZA NERY***
Desembargador OSVALDO José DE OLIVEIRA
Desembargador José Manoel RIBEIRO DE PAULA
Desembargador EDSON FERREIRA da Silva
Desembargador José Roberto de SOUZA MEIRELLES
Desembargadora MARIA ISABEL CAPONERO COGAN**

13ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 4ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Augusto Francisco Mota FERRAZ DE ARRUDA
Desembargador RICARDO Mair ANAFE
Desembargador Dimas BORELLI THOMAZ Júnior
Desembargador ANTONIO TADEU OTTONI
Desembargadora FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA***
Desembargador DJALMA RUBENS LOFRANO FILHO**
Desembargador JULIO CESAR SPOLADORE DOMINGUEZ**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 622)

14ª Câmara de Direito Público (sala 623 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador GERALDO Euclides Araújo XAVIER
Desembargador JOÃO ALBERTO PEZARINI
Desembargador OCTAVIO Augusto MACHADO DE BARROS Filho***
Desembargador HENRIQUE HARRIS JÚNIOR
Desembargadora MÔNICA de Almeida Magalhães SERRANO
Desembargadora SILVANA MALANDRINO MOLLO**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10ª Câmara Extraordinária de Direito Público

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

11ª Câmara Extraordinária de Direito Público

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

12ª Câmara Extraordinária de Direito Público

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

13ª Câmara Extraordinária de Direito Público

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

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

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

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

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

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

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL

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

1ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 2ª feira — 10:00 horas — PJ)

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

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

Desembargador Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador FRANCISCO ORLANDO de Souza
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI***
Desembargador LUIZ FERNANDO VAGGIONE
Desembargadora KENARIK BOUJIKIAN
Desembargador SÉRGIO MAZINA MARTINS**

2º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALAS 407/425)

3ª Câmara de Direito Criminal (salas 407/425 — 3ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador LUIZ ANTONIO CARDOSO
Desembargador Luiz TOLOZA NETO
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO***
Desembargador CESAR MECCHI MORALES
Desembargador Antonio ÁLVARO CASTELLO
Desembargador CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO**
Desembargador AIRTON VIEIRA**
Desembargador JAIME FERREIRA MENINO**

4ª Câmara de Direito Criminal (salas 232/236 — 3ª feira — 10:30 horas — PJ)

Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO Neto***
Desembargador EUVALDO CHAIB Filho
Desembargador IVAN Ricardo Garisio SARTORI
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida
Desembargador EDISON Aparecido BRANDÃO
Desembargadora IVANA DAVID**

3º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 601/602)

5ª Câmara de Direito Criminal (salas 232/236 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador José DAMIÃO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
Desembargador Antonio Carlos TRISTÃO RIBEIRO
Desembargador GERALDO Luís WOHLERS Silveira
Desembargador JUVENAL José DUARTE***
Desembargadora CLAUDIA LÚCIA FONSECA FANUCCHI**
Desembargador MAURÍCIO HENRIQUE GUIMARÃES PEREIRA FILHO**

6ª Câmara de Direito Criminal (salas 601/602 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador RICARDO Cardozo de Mello TUCUNDUVA***
Desembargador Antonio Carlos MACHADO DE ANDRADE
Desembargador JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador MARCO ANTONIO Marques da Silva
Desembargador Cassiano Ricardo ZORZI ROCHA
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**
Desembargador MARCOS ANTONIO CORRÊA DA SILVA**

4º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 202/204)

7ª Câmara de Direito Criminal (salas 232/236 — 4ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Geraldo SIMÃO
Desembargador ALBERTO ANDERSON FILHO***
Desembargador Aguinaldo de FREITAS FILHO
Desembargador Luiz OTAVIO de Oliveira ROCHA
Desembargador REINALDO CINTRA Torres de Carvalho
Desembargador MAURÍCIO VALALA**
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**

8ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador SÉRGIO Antonio RIBAS***
Desembargador MARCO ANTÔNIO Pinheiro Machado COGAN
Desembargador Roberto GRASSI NETO
Desembargador ALCIDES MALOSSI JUNIOR
Desembargadora ELY AMIOKA**

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

9ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador Antonio SÉRGIO COELHO de Oliveira***
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador SILMAR FERNANDES
Desembargador Carlos Eduardo ANDRADE SAMPAIO
Desembargador JÚLIO CAIO FARTO SALLES**
Desembargador MÁRCIO EID SAMMARCO**

10ª Câmara de Direito Criminal (sala 404 — 5ª feira — 9:30 horas — PJ)

Desembargador CARLOS Augusto Lorenzetti BUENO
Desembargador FÁBIO Monteiro GOUVÊA
Desembargador FRANCISCO José Galvão BRUNO
Desembargador Waldir Sebastião de NUEVO CAMPOS Júnior
Desembargadora Maria de Lourdes RACHID VAZ DE ALMEIDA***
Desembargador NELSON FONSECA JÚNIOR**

6º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 504/506)

11ª Câmara de Direito Criminal (salas 504/506 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador GUILHERME Gonçalves STRENGER***
Desembargadora MARIA TEREZA DO AMARAL
Desembargador Nilson XAVIER DE SOUZA
Desembargador Renato de SALLES ABREU Filho
Desembargador ABEN-ATHAR de Paiva Coutinho
Desembargador ALEXANDRE CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA**

12ª Câmara de Direito Criminal (salas 202/204 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

Desembargador Carlos VICO MAÑAS***
Desembargador JOÃO Luiz MORENGHI
Desembargadora ANGÉLICA de Maria Mello DE ALMEIDA
Desembargador PAULO Antonio ROSSI
Desembargador AMABLE LOPEZ SOTO
Desembargador MARCELO COUTINHO GORDO**

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALA 511)

13ª Câmara de Direito Criminal (sala 403 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Roberto Galvão de FRANÇA CARVALHO
Desembargador Nilo CARDOSO PERPÉTUO***
Desembargador Luiz AUGUSTO DE SIQUEIRA
Desembargador Ronaldo Sérgio MOREIRA DA SILVA
Desembagador José Antonio DE PAULA SANTOS Neto
Desembargador LUIS AUGUSTO DE SAMPAIO ARRUDA**

14ª Câmara de Direito Criminal (sala 511 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA
Desembargador HERMANN HERSCHANDER
Desembargador WALTER DA SILVA
Desembargador MARCO Antonio DE LORENZI***
Desembargador MIGUEL MARQUES E SILVA
Desembargador LAERTE MARRONE DE CASTRO SAMPAIO**

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ
— (SALAS 218/220 OU 609)

15ª Câmara de Direito Criminal (sala 609 — 5ª feira — 13:30 horas — PJ)

Desembargador Fábio POÇAS LEITÃO***
Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS
Desembargador RICARDO SALE JÚNIOR
Desembargador CLÁUDIO Antonio MARQUES da Silva
Desembargadora GILDA Cerqueira ALVES BARBOSA Amaral DIODATTI
Desembargador MAURÍCIO VALALA**
Desembargador GILBERTO FERREIRA DA CRUZ**

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

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

CÂMARAS CRIMINAIS EXTRAORDINÁRIAS
(Resolução nº 737/2016)

11ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador FÁBIO Monteiro GOUVÊA
Desembargador FRANCISCO José Galvão BRUNO***
Desembargador PAULO Antonio ROSSI
Desembargador ALEXANDRE CARVALHO E SILVA DE ALMEIDA**
Desembargador EDUARDO CRESCENTI ABDALLA**

12ª Câmara Criminal Extraordinária

Desembargador IVAN Ricardo Garisio SARTORI***
Desembargador WILLIAN Roberto de CAMPOS
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI
Desembargador LAURO MENS DE MELLO**
Desembargadora IVANA DAVID**

*** — Presidente

** — Juiz de Direito Substituto em 2º Grau

* — Juiz Auxiliar

PJ – Palácio da Justiça (Praça da Sé s/nº)

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

(em ordem de antiguidade)

Maurício Valala
Hamid Charaf Bdine Júnior
Júlio Caio Farto Salles
Maurício Fiorito
Cláudia Lúcia Fonseca Fanucchi
César Santos Peixoto
Maria Isabel Caponero Cogan
Alexandre Carvalho e Silva de Almeida
Marcelo Coutinho Gordo
Gilson Delgado Miranda
Fábio Henrique Podestá
Luis Augusto de Sampaio Arruda
Eduardo Crescenti Abdalla
César Augusto Andrade de Castro
Alexandre Augusto Pinto Moreira Marcondes
Aloísio Sérgio Rezende Silveira
Nuncio Theophilo Neto
Luis Fernando Camargo de Barros Vidal
Mônica Salles Penna Machado
Lauro Mens de Mello
Ana Lúcia Romanhole Martucci
Ricardo Cunha Chimenti
José Henrique Fortes Muniz Júnior
Ivana David
Sílvia Maria Meirelles Novaes de Andrade
Lídia Maria Andrade Conceição
Maria de Lourdes Lopez Gil Cimino
Hélio Nogueira
Tercio Pires
José Aparício Coelho Prado Neto
Carlos Dias Motta
Marcelo Semer
Djalma Rubens Lofrano Filho
Afonso Celso da Silva
Nelson Fonseca Júnior
Airton Vieira
José da Ponte Neto
Marcelo Lopes Theodosio
Rosangela Maria Telles

Iasin Issa Ahmed
Laerte Marrone de Castro Sampaio
Themístocles Barbosa Ferreira Neto
Osni Assis Pereira
Heloísa Martins Mimessi
Nazir David Milano Filho
Diniz Fernando Ferreira da Cruz
Sérgio Mazina Martins
João Batista de Mello Paula Lima
Sérgio Leite Alfieri Filho
Alfredo Attié Júnior
Eurípedes Gomes Faim Filho
Julio Cesar Spoladore Dominguez
Jairo Oliveira Júnior
Marcos Antonio Corrêa da Silva
Carmen Lúcia da Silva
Marcos Pimentel Tamassia
Durval Augusto Rezende Filho
Sílvia Maria Facchina Espósito Martinez
Ely Amioka
Alexandre Coelho
José Rubens Queiroz Gomes
João Antunes dos Santos Neto
Fernanda Gomes Camacho
Afonso de Barros Faro Júnior
Antonio Carlos Alves Braga Junior
Gilberto Ferreira da Cruz
Dora Aparecida Martins
Maurício Henrique Guimarães Pereira Filho
Antonio Luiz Tavares de Almeida
Kleber Leyser de Aquino
Angela Moreno Pacheco de Rezende Lopes
Renato Genzani Filho
Jaime Ferreira Menino
Ana Maria Alonso Baldy
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 2160663-93.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor JMB PNEUS LTDA., é réu BASILIO PASLAR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, indeferiram a petição inicial e julgaram extinto o processo, sem resolução do mérito. Vencido o 3º Desembargador, que declara voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39421)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MELO COLOMBI (Presidente sem voto), FRANCISCO GIAQUINTO, CARLOS ABRÃO, MAURÍCIO PESSOA, NELSON JORGE JÚNIOR, CAUDURO PADIN e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 9 de abril de 2018.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Pretensão de desconstituição do julgado com fulcro no artigo 966 do Código de Processo Civil (incisos V e VI) - Descabimento - Hipótese que a alegação de falsidade da prova não encontra qualquer respaldo probatório e foi repelida por decisões anteriores, assim como, o argumento da ocorrência de prescrição (suposta inobservância do disposto nos artigos 189 e 206, § 5º, I, ambos do CPC) - Inocorrência de afronta aos dispositivos do artigo 966 do Código de Processo Civil, em particular, aos incisos V e VI - Ausência de interesse de agir - Indeferimento da inicial.

VOTO

JMB PNEUS LTDA. propôs a presente ação rescisória contra **BASÍLIO PASLAR**, pretendendo desconstituir a decisão proferida no Agravo em Recurso

Especial nº 817.255-SP (fls. 426/431), transitado em julgado em 23.02.2017, que manteve o quanto decidido no v. aresto de fls. 422/425 de lavra da Colenda 14ª Câmara de Direito Privado, proferido na Apelação Cível nº 0229352-35.2008.8.26.0100 que, por sua vez, manteve a r. sentença de fls. 414/418, em que se rejeitou embargos monitórios ofertados pela autora da presente ação monitória e constituiu o título executivo judicial.

Salienta que houve pratica de crime de agiotagem por parte do requerido, de forma que a r. decisão não merece prevalecer, nos termos do artigo 966, VI, do Código de Processo Civil. Argumenta que houve violação manifesta de norma jurídica, no caso, por não ter a r. decisão rescindenda respeitado os artigo do Código Civil (art. 189 e 206, § 5º, I), no que toca ao argumento de ocorrência de prescrição, amparando a presente ação rescisória o disposto no artigo 966, V, do Código de Processo Civil. Afirma houve contradição em face dos precedentes do próprio Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.306.192-SP) que teria decidido pela prescrição dos títulos. Postula a antecipação da tutela jurisdicional e a procedência da ação.

É o relatório.

A ação rescisória foi ajuizada com base no artigo 966, V e VI do Código de Processo Civil, alegando que houve a pratica de crime de agiotagem pelo polo adversário e que houve violação explícita dos artigos 189 e 206, § 5º, do Código de Processo Civil. Visa a requerente pretendendo a rescisão da r. decisão guerreada.

Entendo que a presente ação não merece vingar.

No que concerne à alegação de agiotagem, há que se considerar que tal questão foi exaustivamente apreciada em primeira e segunda instâncias judiciais, sendo repelida tal tese arguida pela ora autora, concluindo-se que não houve a prática de agiotagem, nos termos da r. sentença copiada às fls. 230/235 e o v. aresto copiado às fls. 260/263, tendo havido plena observância dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se, inclusive, que o inciso VI, do artigo 966 do Código de Processo Civil, expressamente estabelece que a rescisão caberá, quando a decisão de mérito, transitada em julgado, ***for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória***. Todavia, na presente hipótese, não se verifica nos autos a existência de qualquer prova efetiva nesse particular, cuja falsidade tenha sido de fato apurada em processo criminal.

Há tão somente o petitório apresentado pela autora às fls. 88/92, intitulado de "representação criminal", que sequer fora mencionado no curso do feito originário, não se tratando, portanto, de prova nova. Além disso, sequer tal documento está protocolizado ou há notícia de suposto prosseguimento do

expediente ou de eventual processo criminal.

No que toca à questão prescricional, nenhuma violação se verifica aos dispositivos mencionados (art. 189 e artigo 206, § 5º, I), de forma a se cogitar a rescisão pretendida com base no inciso V, do artigo 966 do Código de Processo Civil.

Há que se considerar que a sentença de fls. 392/397 reconheceu a inocorrência de prescrição e, não obstante o apelo interposto pela autora, veio a ser mantido tal entendimento, consoante o v. aresto de fls. 401/406, tendo havido apenas a anulação da r. sentença pelo referido acórdão, no que concerne à questão relativa à reabertura de prazo para a emenda da inicial, para apuração no tocante à origem dos títulos. O v. acórdão transitou em julgado (fls. 413).

Com a prolação de segunda sentença (fls. 414/418), restou novamente consignada a não ocorrência de prescrição, ante a análise e o afastamento da questão por decisão anterior, o que foi mantido no v. acórdão de fls. 422/425, tendo novamente insucesso a autora no C. Superior Tribunal de Justiça (fls. 426/428), visto que considerou que, não obstante a matéria prescricional seja de ordem pública, há incidência do fenômeno preclusivo, em havendo anterior pronunciamento judicial a respeito da matéria e não sendo interposto recurso cabível, não se admite o ressurgimento da controvérsia (fls. 427). Por conseguinte, não vinga o argumento de suposta contradição com julgado já proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, mencionado pela autora (REsp 1.306.192-SP).

Nesse passo, entendo que não há qualquer manifesta vulneração a norma jurídica na decisão rescindenda, não se enquadrando o presente caso, por todo o arrazoado, nas hipóteses do artigo 966, incisos V e VI do Código de Processo Civil, invocado pela empresa autora para a propositura da presente ação.

Por fim, não vislumbro no presente caso, a ocorrência de quaisquer das hipóteses do artigo 80 do Código de Processo Civil, a justificar a aplicação de sanção por litigância de má-fé, evidenciando-se, tão somente, o mero exercício do direito de ação da demandante.

Deve ser ressaltado que a rescisória não é meio substitutivo dos recursos cabíveis, que, inclusive, já foram esgotados pela parte interessada.

"***A ação rescisória constitui demanda de natureza excepcional, de sorte que seus pressupostos devem ser observados com rigor, sob pena de se transformar em espécie de recurso ordinário para rever decisão já ao abrigo da coisa julgada.***" (REsp 136.254/SP. Recurso Especial 1997/0041257-1. Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma. J. 03-02-2005)

De tal sorte, que não se verifica a descrição de qualquer matéria que que se coadune com os incisos do artigo 966 do Código de Processo Civil, especialmente, incisos V e VI, não havendo causa para a ação rescisória, que

Acesso ao Sumário

não se mostra adequada para as pretensões autorais, razão porque a requerente carece de interesse de agir.

Ausente o interesse processual (art. 330, III, do CPC), **INDEFIRO** a petição inicial, de forma que julgo extinto o processo sem exame de mérito (CPC, art. 485, I, do CPC). Sucumbente, arcará a autora com as custas e despesas processuais, bem como, honorários advocatícios que fixo em R$1.000,00, por equidade, nos termos artigo 85, § 8º, do Código de Processo.

Converto o depósito realizado pela autora em multa, nos termos do artigo 968, II, do CPC, autorizando o seu levantamento pela parte adversa.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE

(Voto nº 31729)

Respeitado o posicionamento do douto Relator Heraldo de Oliveira de indeferir e julgar extinta a ação rescisória, dele ousei divergir após detida análise do contexto probatório.

Fora ajuizada, no ano de 2008, ação monitória para cobrança de cinco cártulas impagas, sendo que as três últimas sequer foram apresentadas à câmara de compensação.

A primeva sentença prolatada fora anulada para aditamento da vestibular, cujo magistrado, ao depois, concluiu pela inexistência da prescrição e da comprovação de agiotagem.

Atualmente a dívida suplanta um milhão de reais, principalmente pela cobrança dos juros de mora desde a emissão dos respectivos títulos de crédito.

Entretanto, inspirado na Súmula 503 do STJ, no caso concreto, em relação às três primeiras cambiais datadas do ano de 2002, inevitável o reconhecimento do lapso prescricional à luz do próprio art. 966, inciso V, do CPC.

A interpretação equivocada não corresponde à norma jurídica, de tal modo que no julgamento do AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 14.219, datado de 18/09/2012, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, tem-se que, para cobrança monitória de cheque, o prazo é de 05 anos a partir do dia seguinte da emissão da cártula, pouco importando a pós datação.

No caso vertente, pois, ingressada a demanda em 2008, apenas dois cheques de mesmos valores emitidos 28/11/2003, cada um de R$ 5.240,00, não estariam prescritos.

A uniformização do entendimento mediante Súmula retirou a interpretação antiga baseada na Lei Uniforme de Genebra e na própria Lei do Cheque, de tal sorte que haverá de prevalecer a circunstância do reconhecimento do lapso prescricional, ausente causa interruptiva ou suspensiva.

Acesso ao Sumário

Dentro deste quadro delineado, e tendo em mira que a Súmula 503 data de dezembro de 2013, vindo a harmonizar conflito interpretativo em matéria prescricional cambiária, outro pronunciamento não resta, exceto aquele de reconhecer em relação aos três títulos emitidos no ano de 2003 a prescrição.

Não se trata de regra de direito intertemporal, mas sim da segurança e estabilidade jurídicas provenientes do desfecho de várias preocupações reinantes decorrentes de pronunciamentos díspares.

E nem poderia ser diferente no caso telado, ainda porque a primitiva sentença fora anulada para emenda da vestibular e o carregamento do valor vultoso sucede, por exclusivo, atrelado à cobrança de juros de mora, quando na realidade, a par da prescrição das três primeiras cambiais, também resta consignado que os títulos, os três últimos, não foram apresentados à câmara de compensação.

Existe espaço, assim, para conhecimento e parcial acolhimento do remédio consubstanciado na ação rescisória, evidenciando-se, pela prescrição dos títulos emitidos em 2002, o prosseguimento tão somente face aos dois últimos, datados de 2003, na medida em que a ação, conforme se infere do seu regular andamento, fora projetada e proposta em 2008.

Pelo meu voto, julgava parcialmente procedente a ação rescisória com base na Súmula 503 do STJ e o fazia para reconhecer a prescrição dos três primeiros títulos datados de 2002, prosseguindo-se tão somente face aos dois demais datados de 2003, respondendo o réu com 3/5 das custas e despesas processuais, o autor da rescisória 2/5, verba honorária de R$ 5.000,00, sem compensação, adotado o mesmo coeficiente pretérito, cabendo ao autor o levantamento do depósito caução.

É o voto.

CARLOS HENRIQUE ABRÃO, Desembargador

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2189989- 98.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, é agravado ROBERTA PENTEADO BIGLIETE PEREIRA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, por maioria de votos. O 3º Juiz, vencido, declara voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29854)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COSTA NETTO (Presidente) e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 25 de abril de 2018.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Justiça gratuita. Pessoa jurídica - indeferimento. Inconformismo por parte da ré. Acolhimento. Documentos apresentados nos autos que demonstram o estado de vulnerabilidade financeira em que se encontra a pessoa jurídica agravante, que apresenta passivo que ultrapassa dois bilhões de reais - determinação da ANS para que a agravante alienasse a totalidade da sua carteira de beneficiários - circunstâncias que autorizam a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico (ré) contra a decisão (fls. 47/48-Mma. Juíza de Direito Dra. Celina Dietrich Trigueiros Teixeira Pinto) que, nos autos da "*ação ordinária de reparação de danos materiais e morais*" (fls. 14 e seguintes) em sua face ajuizada por Roberta Penteado Biguete Pereira, indeferiu-lhe os benefícios da justiça gratuita.

Pugna a ré, ora agravante, pela reforma da decisão agravada a fim de que lhe sejam concedidos os prefalados benefícios. Alega, para tanto, que não tem recursos para adimplir os custos do processo, tendo em vista que a ANS - Agência Nacional de Saúde determinou a alienação compulsória de toda a sua carteira de beneficiários, o que culminou na decretação do regime especial de liquidação extrajudicial. Afirma que juntou aos autos balancetes referentes aos últimos 02 anos, os quais demonstram o imenso déficit financeiro atualmente suportado. Entende, assim, estar demonstrada a impossibilidade de recolhimento das custas e despesas processuais, nos termos da Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça. Requer, por fim, a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso.

Os autos foram distribuídos a esta Nona Câmara de Direito Privado, mais

Acesso ao Sumário

especificamente a este Relator, em 02 de outubro de 2017 (fls. 90) e, em 03 de outubro, o recurso foi recebido com o efeito suspensivo pleiteado e com determinações para o seu regular processamento (fls. 91/92).

Certificou-se nos autos o decurso do prazo legal sem que a autora, ora agravada, apresentasse contraminuta (fls. 96) e, em 09 de novembro de 2017, os autos foram conclusos para julgamento colegiado.

É o relatório do necessário.

Merecem amparo as razões apresentadas pela ré, ora agravante, para que seja reformada a respeitável decisão agravada.

Realmente.

Da leitura do artigo 99 do Código de Processo Civil é fácil a conclusão de que as pessoas jurídicas também podem gozar dos benefícios da justiça gratuita, mas a sua concessão está condicionada a demonstração de sua impossibilidade de arcar com as despesas do processo, já que o parágrafo 3º do mencionado dispositivo determina que "*Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*".

No caso dos autos, necessário considerar que, além de ser pública e notória a situação de dificuldade financeira pela qual a agravante está passando, já que foi decretada sua liquidação extrajudicial, há nos autos documentos que demonstram o estado de vulnerabilidade econômica em que se encontra (fls. 55 e seguintes), com passivo que ultrapassa dois bilhões de reais, tendo sido até mesmo determinada pela ANS - Agência Nacional de Saúde a alienação da sua carteira de clientes, em razão das anormalidades econômico-financeiras e administrativas apuradas em processo administrativo.

É o quanto basta para que lhe sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita, ressalvado o direito da parte contrária, se dispuser de novos e concretos elementos, de comprovar a inexistência da incapacidade financeira alegada, pela via da impugnação.

Razões pelas quais, dá-se provimento ao presente agravo de instrumento a fim de que sejam concedidos à agravante os benefícios da justiça gratuita.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 13.569)

Acesso ao Sumário

Com a devida vênia do insigne Relator, Desembargador PIVA RODRIGUES, ouso dele divergir para negar provimento ao recurso.

Embora possível a outorga dos benefícios da Assistência Judiciária à pessoa jurídica, sabe-se que ela só ocorre quando comprovada situação econômico-financeira que impossibilite o dispêndio com pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, como, aliás, reconhece o douto Relator em seu voto.

Nesse sentido, pertinente a citação dos seguintes julgados prolatados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> **PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO - DESCABIMENTO - NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS.**
>
> *I. É inviável a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita quando o interessado não comprova sua situação financeira precária.*
>
> *2. A alegação de a empresa estar em dificuldades financeiras, por si só, não tem o condão de justificar o deferimento do pedido de justiça gratuita, não sendo possível ao STJ rever o entendimento das instâncias ordinárias, quando fundamentado no acervo probatório dos autos, sem esbarrar no óbice da Súmula 7/STJ.*
>
> *3. Agravo regimental não provido.*
>
> (AgRg no AREsp 360.576/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 29/11/2013).
>
> **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ESTADO DE NECESSIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO POR PESSOA JURÍDICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. EFETIVA COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DESTA CORTE. RECURSO NÃO PROVIDO.**
>
> *1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, a pessoa jurídica que pretende se valer das benesses da assistência judiciária gratuita precisa comprovar o efetivo estado de necessidade. Incidência da Súmula 83/STJ.*
>
> *2. Ademais, o Tribunal de origem, com base nos fatos e provas dos autos, concluiu pela não comprovação do estado de necessidade na espécie. O acolhimento das razões de recurso, na forma pretendida, demandaria o reexame de matéria fática. Incidência do verbete 7 da Súmula desta*

Acesso ao Sumário

Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 262.491/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, DJe 03/04/2013).

Assim, em que pesem as alegações da agravante, não comprovada nos autos a alegada hipossuficiência econômica a ensejar a configuração da hipótese prevista no artigo 98 do Novo Código de Processo Civil, de rigor o indeferimento do benefício pleiteado como bem decidiu o MM Juiz "a quo", nos seguintes termos:

"***No caso dos autos, portanto, não foi cabalmente demonstrada a total ausência de receitas e patrimônio da parte, suficiente para inviabilizar a assunção dos ônus decorrentes desta demanda, visto que a simples presença de dívidas e protestos e até mesmo eventual pedido de recuperação judicial e falência, ou ainda a declaração de inatividade, não se revelam suficientes para demonstrar a impossibilidade do recolhimento das custas do processo, já que a empresa pode ter outros bens suficientes para saldá-las, cuja ausência não foi demonstrada.***" (*verbis*, cfr. fls. 47/48).

Registre-se, ademais, que o fato de apresentar passivo superior a dois bilhões de reais, bem como de ter havido alienação compulsória da carteira de beneficiários, apenas evidencia a má gestão administrativa e financeira da agravante, não sendo suficiente, com a devida vênia, para ensejar a concessão do benefício pleiteado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO, Desembargador, 3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2228147-28.2017.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é agravante UNIMED DE CRICIÚMA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO DA REGIÃO CARBONÍFERA e agravada SOPHIE VON BARANOW NUNES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29931)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVÉRIO DA

Acesso ao Sumário

SILVA (Presidente sem voto), SALLES ROSSI E PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO.

São Paulo, 28 de maio de 2018.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Ação de obrigação de fazer c.c. danos morais (plano de saúde) - Decisão que concedeu tutela de urgência, para determinar à ré a cobertura das terapias prescritas, em 72 horas, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 - Inconformismo - Acolhimento em parte - No âmbito da cognição sumária, estão presentes os requisitos legais para concessão de parte da tutela de urgência - Restrição da tutela provisória, quanto à dimensão da cobertura, conforme precedente do C. STJ, além de exclusão de medicamentos e materiais - Decisão ajustada - Recurso provido em parte.

VOTO

1 - Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em ação de obrigação de fazer c.c. danos morais (plano de saúde), concedeu tutela de urgência, para determinar à ré a cobertura das terapias prescritas, no prazo de 72 horas, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00.

Inconformada, a ré alega que não há nos autos comprovação da negativa de cobertura e tampouco demonstração de situação de urgência/emergência, a justificar a concessão da tutela provisória. Em síntese, entende que "há dois pontos que autorizam a exclusão para cobertura do tratamento pleiteado: 1) **o produto/tratamento é experimental** e 2) **é considerado prótese e órtese não ligado ao ato cirúrgico, quando utilizados equipamentos para a realização dos procedimentos de fisioterapia.**". Reproduz o teor de parecer técnico que indica a inexistência de literatura científica que comprove a eficácia do método Cueva Medek, sendo que "tal procedimento, quando utilizado equipamentos secundários, é tratado pela saúde suplementar como 'órteses e próteses', estando portanto prevista legalmente (lei 9.656/98) a possibilidade de exclusão de cobertura, mesmo que até o momento a cobertura sequer fora solicitada.". Ainda, entende que há necessidade de produção de prova pericial, "a fim de delimitar efetivamente a situação vivenciada nos autos.". Diz que a autora não juntou laudo médico "que atesta o acometimento das patologias as quais afirma possuir, quais sejam: paralisia cerebral por encefalopatia hipóxicoisquêmica, tetraplegia espástica, com atraso no desenvolvimento neuropsicomotor.". Questiona as propostas terapêuticas apresentadas. Realça que não houve

Acesso ao Sumário

pedido administrativo, para cobertura dos tratamentos. Aponta que o plano de saúde aderido pela autora contempla apenas a cobertura mínima de exames e procedimentos previstos no rol da ANS, sendo que "o procedimento ao qual foi solicitada autorização/cobertura, bobath/***cuevas medek exercises***, bem como seus materiais não estão contemplados no referido Rol.". Pede efeito suspensivo.

O recurso foi processado sem o efeito pretendido (fls. 108/109). A contraminuta foi juntada a fls. 112/120.

A r. decisão agravada, a prova da intimação e as procurações encontram-se a fls. 51/52, 79, 19 e 78. O preparo foi recolhido (fls. 105/106).

Ouvido, o Ministério Público posicionou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 124/127).

É o relatório do necessário.

2 - A agravada (nascida em 22 de julho de 2015) ajuizou a demanda, em setembro de 2017, noticiando que "é portadora de paralisia cerebral por encefalopatia hipóxico-isquêmica, tetraplegia espástica, com atraso no desenvolvimento neuropsicomotor, sendo dependente de terceiros para todas as atividades da vida diária", daí a necessidade de tutela de urgência para a cobertura dos tratamentos prescritos (fls. 53/77).

O r. *decisum* agravado concedeu essa pretensão, pelos seguintes fundamentos:

> "No que tange ao pedido de tutela cautelar provisória de urgência, consistente em para o fim de **obrigar a ré a fornecer as terapias, em setenta e duas horas (72), proporcionando à autora todos os insumos, matérias, medicamentos e atendimentos, em conformidade com os relatórios médicos anexos**, em nome da parte autora, fica tal pedido **deferido**.
>
> Isso porque em sede de cognição sumária e superficial, verifica-se a plausibilidade das alegações expostas na inicial, havendo em tese possibilidade de dano irreversível, na hipótese de não deferimento da liminar.
>
> Presentes, portanto, encontram-se os requisitos necessários à concessão da tutela liminar pleiteada, sobretudo porque sendo objeto de cobertura contratual determinada doença, o melhor tratamento a ser o paciente submetido é questão afeta à área médica, afigurando-se abusiva a negativa de cobertura de custeio do tratamento, sob a justificativa de que tal procedimento não consta no rol da ANS, que, por seu turno, é meramente exemplificativo ou qualquer outra afirmativa conforme descrita na peça de páginas 04.
>
> A pretensão da parte postulante, ademais, encontra amparo nas súmulas 102, 99 e 95 do Tribunal de Justiça deste Estado, publicadas no DJE, de 23.09.2013.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, DEFERE-SE **a liminar** pleiteada **para os fins de obrigar a ré a fornecer as terapias, em setenta e duas horas (72), proporcionando à autora todos os insumos, matérias, medicamentos e atendimentos, em conformidade com os relatórios médicos anexos, de acordo com prescrição médica, sob pena de incidir em multa diária, a partir da intimação, no valor de R$ 5.000,00.**"

O inconformismo comporta acolhida em parte.

Em exame prefacial, próprio dessa fase do processo, verificam-se presentes os requisitos legais (art. 300, do CPC), para a concessão de parte da pretensão.

A probabilidade do direito está amparada em regra normativa (rol de procedimentos da ANS) de cobertura obrigatória de fisioterapia, psicoterapia, fonoaudiólogo e terapia ocupacional, com expressa previsão contratual, "respeitado o limite de uso estabelecido no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS e diretrizes de utilização vigentes à época do evento" (conforme item III, parágrafo terceiro, do contrato, a fls. 100, de origem).

Os relatórios médicos juntados a fls. 33/37, de origem, descrevem circunstanciadamente a proposta terapêutica (terapia ocupacional pelos métodos neuroevolutivo *bobath, cuevas medek exercises*, integração sensorial e terapia fonoaudiológica com abordagem em disfagia e linguagem), mas, aparentemente, os materiais indicados para uso diário (órtese de posicionamento ventral de punho e dedos bilateral, cadeira de rodas adaptada com bandeja, cadeira de banho, cantinho de posicionamento para uso escolar, órteses suropodálicas de posicionamento bilateral, talas extensoras para membros inferiores, equipamento que promove ortostatismo *parapodium*, medicamentos e materiais de uso e higiene pessoal) não têm cobertura obrigatória pelo plano de saúde.

Outrossim, a recusa de cobertura aos métodos de terapia ocupacional indicados (*botath* e *cuevas medek*) não se justifica, pois o caso se amolda ao disposto na súmula 102, deste E. Tribunal de Justiça: "Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.".

O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo também está presente, por conta do presumido prejuízo à integridade psíquica do paciente (menor de idade e portadora de encefalopatia hipôxico-isquêmica neonatal), em caso de se postergar para o fim do processo a entrega da tutela almejada e sem prejuízo da realização da perícia médica determinada pelo i. Julgador de piso (em fevereiro de 2018, fls. 558/560, de origem).

No tocante à dimensão da cobertura, impõe-se provisoriamente a adoção das diretrizes recentemente fixadas pelo C. STJ, isto é, o regime de coparticipação previsto no contrato, após as sessões de cobertura obrigatória:

"RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. TRANSTORNO MENTAL. DEPRESSÃO. TRATAMENTO PSICOTERÁPICO. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE CONSULTAS. ABUSIVIDADE. FATOR RESTRITIVO SEVERO. INTERRUPÇÃO ABRUPTA DE TERAPIA. CDC. INCIDÊNCIA. PRINCÍPIOS DE ATENÇÃO À SAÚDE MENTAL NA SAÚDE SUPLEMENTAR. VIOLAÇÃO. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. CUSTEIO INTEGRAL. QUANTIDADE MÍNIMA. SESSÕES EXCEDENTES. APLICAÇÃO DE COPARTICIPAÇÃO. INTERNAÇÃO EM CLÍNICA PSIQUIÁTRICA. ANALOGIA. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se é abusiva cláusula contratual de plano de saúde que limita a cobertura de tratamento psicoterápico a 12 (doze) sessões anuais. 2. Conforme prevê o art. 35-G da Lei nº 9.656/1998, a legislação consumerista incide subsidiariamente nos planos de saúde, devendo ambos os instrumentos normativos incidir de forma harmônica nesses contratos relacionais, sobretudo porque lidam com bens sensíveis, como a manutenção da vida. Incidência da Súmula nº 469/STJ. 3. Com o advento da Lei nº 9.656/1998, as doenças mentais passaram a ter cobertura obrigatória nos planos de saúde. Necessidade, ademais, de articulação dos modelos assistenciais público, privado e suplementar na área da Saúde Mental, especialmente após a edição da Lei nº 10.216/2001, a qual promoveu a reforma psiquiátrica no Brasil e instituiu os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais. 4. Para os distúrbios depressivos, a RN ANS nº 338/2013 estabeleceu a cobertura mínima obrigatória de 12 (doze) sessões de psicoterapia por ano de contrato. Posteriormente, a RN ANS nº 387/2015 majorou o número de consultas anuais para 18 (dezoito). 5. Os tratamentos psicoterápicos são contínuos e de longa duração. Assim, um número exíguo de sessões anuais não é capaz de remediar a maioria dos distúrbios mentais. A restrição severa de cobertura poderá provocar a interrupção da própria terapia, o que comprometerá o restabelecimento da higidez mental do usuário, a contrariar não só princípios consumeristas, mas também os de atenção integral à saúde na Saúde Suplementar (art. 3º da RN nº 338/2013, hoje art. 4º da RN nº 387/2015). 6. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que é o médico ou o profissional habilitado - e não o plano de saúde - quem estabelece, na busca da cura, a orientação terapêutica a ser dada ao usuário acometido de doença coberta. 7. Na psicoterapia, é de rigor que o profissional tenha autonomia para aferir o período de atendimento adequado segundo as necessidades de cada paciente, de forma que a operadora não pode limitar o número de sessões recomendadas para o tratamento integral de determinado transtorno mental, sob pena de esvaziar e prejudicar sua eficácia. 8. Há abusividade na cláusula contratual ou em ato da operadora de plano de saúde que importe em interrupção de tratamento psicoterápico por esgotamento do número de sessões anuais asseguradas no Rol de Procedimentos

Acesso ao Sumário

e Eventos em Saúde da ANS, visto que se revela incompatível com a equidade e a boa-fé, colocando o usuário (consumidor) em situação de desvantagem exagerada (art. 51, IV, da Lei nº 8.078/1990). 9. O número de consultas/sessões anuais de psicoterapia fixado pela ANS no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde deve ser considerado apenas como cobertura obrigatória mínima a ser custeada plenamente pela operadora de plano de saúde. 10. A quantidade de consultas psicoterápicas que ultrapassar as balizas de custeio mínimo obrigatório deverá ser suportada tanto pela operadora quanto pelo usuário, em regime de coparticipação, aplicando-se, por analogia, com adaptações, o que ocorre nas hipóteses de internação em clínica psiquiátrica, especialmente o percentual de contribuição do beneficiário (arts. 16, VIII, da Lei nº 9.656/1998; 2º, VII e VIII, e 4º, VII, da Resolução CONSU nº 8/1998 e 22, II, da RN ANS nº 387/2015). 11. A estipulação de coparticipação se revela necessária, porquanto, por um lado, impede a concessão de consultas indiscriminadas ou o prolongamento em demasia de tratamentos e, por outro, restabelece o equilíbrio contratual (art. 51, § 2º, do CDC), já que as sessões de psicoterapia acima do limite mínimo estipulado pela ANS não foram consideradas no cálculo atuarial do fundo mútuo do plano, o que evita a onerosidade excessiva para ambas as partes. 12. Recurso especial parcialmente provido." (REsp 1.679.190/SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 26.09.2017)

Em conclusão, acolhe-se em parte o inconformismo, para a preservação da tutela de urgência, com limitação de cobertura, exclusão de medicamentos e materiais, além de estipulação provisória de coparticipação, nos moldes retro indicados.

3 - Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2085598-58.2018.8.26.0000, da Comarca de Votorantim, em que são agravantes MARIA ZILDA RODRIGUES DOS SANTOS, MARILENE DE ALMEIDA, MARILENE MEGLIORINI, MARIOVALDO MARTINS SILVA e MAURICIO LUCHESI, é agravado SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.982)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS

SALETTI (Presidente), ELCIO TRUJILLO e COELHO MENDES.

São Paulo, 30 de maio de 2018.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: SEGURO HABITACIONAL - COMPETÊNCIA - Ação relativa a seguro habitacional - Entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça de que o ingresso da CEF e da União somente pode ser justificado em ações relativas a apólices públicas, Ramo 66 - Ausência de comprovação de que, no caso, seja essa a apólice - Advento da Lei 12.409, de 25 de maio de 2.011, e da Medida Provisória nº 633, de 28 de dezembro de 2.013, seguida da Lei 13.000/2014, que não modifica a legitimidade passiva da agravante - Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Pedido que não guarda qualquer pertinência com relação aos interesses da CEF - Inaplicabilidade da Súmula 150 do STJ - Decisão que declina da competência para a Justiça Federal, ao início do processo, sem o chamamento da seguradora ré ou o eventual ingresso da Caixa Econômica Federal - Decisão reformada. Agravo provido.

VOTO

Em "ação ordinária de responsabilidade obrigacional securitária", o Juízo determinou a remessa do feito à Justiça Federal (fls. 160/163 dos originais).

Insurgem-se os requerentes. Alegam: **a)** conforme assentado por decisão do Superior Tribunal de Justiça, a Caixa Econômica Federal só poderá intervir, cumulativamente, na condição de assistente simples; em contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009, vinculados a apólices do ramo 66 e se provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração do comprometimento do FCVS, com risco de exaurimento da reserva técnica do FESA; **b)** para contratos celebrados antes do início da vigência da Lei nº 7682/88 (02.12.1988), mesmo sendo pública a apólice, não há garantia do FCVS, porque é possível que contratos tenham apólices públicas sem que seu saldo devedor esteja diretamente garantido pelo fundo; **c)** a conversão da medida provisória em lei não tem o condão de afastar seu vício de inconstitucionalidade, pois houve apenas a mera inclusão de parágrafos e não há que falar em constitucionalidade superveniente e, conforme apontado pelo STJ, há vícios de inconstitucionalidade formal, que sequer são objeto de possível convalidação; **d)**

Acesso ao Sumário

a Caixa Econômica Federal manifestou-se no sentido de que todos os contratos dos autores estão vinculados ao ramo público (66), o que é corroborado por todos os documentos juntados, e está demonstrado que os contratos de mútuo foram firmados fora do período de interesse da empresa federal, em 01.03.1984; 16.12.1987 e 26.03.1985; **e)** mesmo cumpridos os requisitos mencionados, não basta a alegação genérica de danos hipotéticos, pois não se produziu prova de que a reserva técnica do FESA foi efetivamente exaurida, contrariamente, por informações fornecidas pela própria Caixa Econômica Federal, a reserva passou de R$ 4 bilhões em 2005, para R$ 5,57 bilhões em 2007 e para R$ 7,2 bilhões em 2010, sendo impossível concluir que os valores que aqui poderão eventualmente ser pagos poderão exaurir a reserva técnica do FESA e combalir o FCVS; **f)** a recente alteração da Lei n.º 12.409/2011, por meio da Lei n.º 13.000/2014 não altera o que já decidido, pois não modificada a questão sobre a demonstração do interesse da Caixa Econômica Federal para permitir seu ingresso no feito como representante do FCVS; **g)** apesar da previsão legal de que os recursos do FCVS podem ser utilizados, este fato não desloca a competência para a Justiça Federal, pois, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a Caixa Econômica Federal apenas terá interesse nas hipóteses em que restar cabalmente provado que o FCVS será afetado; **h)** a comprovação exigida da utilização dos recursos do FCVS não pode ser delegada a mera demonstração contábil unilateral, sendo exigido que a Caixa Econômica Federal demonstre a utilização no pagamento das indenizações provenientes de ações envolvendo seguro habitacional, o que não ocorreu no caso concreto, pois não demonstrado o esgotamento dos recursos do FESA; **i)** o ofício da Secretaria do Tesouro Nacional em nenhum momento comprova o exaurimento do FESA ou comprometimento do FCVS.

Requerem o provimento do recurso "*para reformar a decisão recorrida quanto a aplicação da Lei 12.409/11, alterada pela Lei 13.000/14, bem como seja declarado incidentalmente, por via do controle difuso a inconstitucionalidade de ambas, por ferir o princípio da irretroatividade da lei, bem como o ato jurídico perfeito, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Norma Constitucional, determinando o regular processamento e julgamento dos autos da ação principal pelo r. Juízo estadual competente*".

O efeito suspensivo foi deferido às fls. 34.

É o relatório.

1. O agravo é tirado contra a r. decisão que, logo ao início do processo, sem o chamamento da requerida, nem o eventual ingresso da Caixa Econômica Federal (que não é apontada parte na relação processual que se pretende seja estabelecida) reconheceu a incompetência da Justiça Estadual para julgar o feito, nos seguintes termos:

Acesso ao Sumário

"Tendo em vista o objeto da presente ação, englobado pela responsabilidade da Caixa Econômica Federal quanto a gerência dos contratos de seguro averbados na apólice SH/SFH, cuja administração do Fundo de Compensação de Variações Salariais FCVS apresenta-se como uma de suas atribuições, mostra-se de rigor a aplicação do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, com a consequente remessa dos à Justiça Federal.

"Ademais, é certo que, a Caixa Econômica Federal já se manifestou em ação idêntica, Processo nº 1005937-66.2016.8.26.0663, pelo seu ingresso no polo passivo diante de sua legitimidade para integrar a lide, ou em último caso, sua inclusão como assistente litisconsorcial ou assistente simples, pelo que forçoso reconhecer seu interesse no objeto posto em discussão, deslocando a competência para decisão da causa.

"Com efeito, no julgamento do REsp 1.091.393, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu as hipóteses em que há interesse jurídico da Caixa Econômica Federal, deslocando a competência para decisão desta demanda à Justiça Federal

"Oportuno ressaltar que, em reiterados recursos, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo tem confirmado a competência da Justiça Federal em casos semelhantes, reconhecendo sua competência para verificar se o pedido de intervenção da Caixa Econômica Federal se enquadra ou não nos parâmetros fixados no julgamento acima mencionado:

"COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. IMÓVEL ADQUIRIDO PELO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. ADVENTO DA LEI Nº 12.409/11 QUE EM PRINCÍPIO, NÃO RETIRA A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGAMENTO DA MATÉRIA. HIPÓTESE, TODAVIA, EM QUE DEMONSTRADO INTERESSE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NA DEMANDA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, INCLUSIVE PARA DECIDIR SOBRE A PRESENÇA DE INTERESSE DA UNIÃO NO FEITO. RECURSO NÃO CONHECIDO NO TOCANTE AO INGRESSO DA RECORRENTE NO FEITO, PORQUANTO É DA JUSTIÇA FEDERAL A COMPETÊNCIA PARA DECIDIR A RESPEITO. SÚMULA Nº 150 DO STJ. DECISÃO REFORMADA PARA DETERMINAR A REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2149390-20.2017.8.26.0000; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Cruz do Rio Pardo - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/11/2017; Data de Registro: 28/11/2017).

Acesso ao Sumário

"Agravo de instrumento - Indenização - Seguro habitacional - Competência - A CEF trouxe documentos que demonstram seu interesse e revelam o efetivo risco de comprometimento do FCVS - A particular interpretação dos agravados desses documentos deverá ser dirimida pela Justiça Federal, nos termos da Súmula 150 do E. STJ - Precedentes desta 7ª Câmara de Direito Privado - Dá-se provimento ao recurso. (TJSP; Agravo de Instrumento 2083275-17.2017.8.26.0000; Relator (a): Mary Grün; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Conchal - Vara Única; Data do Julgamento: 09/10/2017; Data de Registro: 09/10/2017)

"SEGURO HABITACIONAL. COMPETÊNCIA. Interesse da Caixa Econômica Federal. Julgamento dos EDcl nos EDcl no REsp 1.091.393 que não afasta a competência da Justiça Federal, inclusive para decidir sobre a presença do interesse da União no feito. Aplicação do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal e da Súmula nº 150 do C. STJ. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2157393-61.2017.8.26.0000; Relator (a): Paulo Alcides; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Macatuba - Vara Única; Data do Julgamento: 15/12/2017; Data de Registro: 15/12/2017)

"No mesmo sentido dispõe a Súmula nº 150 do C. Superior Tribunal de Justiça: 'Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas'.

"Ressalte-se ainda recentemente decisão do STJ nesse mesmo sentido

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO SFH. SEGURO HABITACIONAL. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE RECURSOS DO FCVS. COMPETÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. LEGITIMIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA EXAMINAR A EXISTÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO. SÚMULA 150/STJ. 1. O cerne da discussão é a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito, ante a possibilidade de utilização de recursos do Fundo de Compensação das Variações Salariais FCVS, razão pela qual há interesse jurídico da Caixa Econômica Federal na demanda. 2. Conforme a jurisprudência desta Corte, nas ações em que a controvérsia verse sobre contratos de seguro adjetos a mútuo habitacional, nos quais a Caixa Econômica Federal manifesta interesse na lide por eventual utilização de recursos do Fundo de Compensação das Variações Salariais FCVS, compete à Justiça Federal decidir a respeito do interesse jurídico da referida empresa pública no processo, nos termos da Súmula 150/STJ. Agravo regimental improvido.

Acesso ao Sumário

(AgRg no REsp n.º 1.406.218/SC Rel. Min. HUMBERTO MARTINS j. 01/03/2016)

"No referido julgado, constou a seguinte fundamentação:

"Note-se que, no caso, ao encaminhar o processo à Justiça Federal, não está sendo decidido que esta é competente para julgar o feito, mas, apenas, permitindo-lhe averiguar se, no caso concreto, a CEF deve figurar no polo passivo da demanda, a teor da Súmula 150/STJ".

"Anote-se, ainda, o disposto no artigo 3º da Lei nº 13.000/2014:

"Art. 3º. A Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º-A. Compete à Caixa Econômica Federal CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS.

"§ 1º A CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS.

"§ 2º Para fins do disposto no § 1º, deve ser considerada a totalidade das ações com fundamento em idêntica questão de direito que possam repercutir no FCVS sub contas.

"Ante o exposto, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição Federal e do art.64, § 1º do Código de Processo Civil, RECONHEÇO, NESTE MOMENTO, INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA deste Juízo. Ultrapassado o prazo recursal, REMETAM-SE os autos à Justiça Federal Seção Judiciária de Sorocaba, com as minhas homenagens e as cautelas de praxe"

2. A regra nova (art. 1º-A, §§ 1º e 2º da Lei nº 13.000/2014, que alterou a Lei nº 12.409/2011), invocada pelo Juízo, manda considerar a "*totalidade das ações com idêntica questão de direito que possam repercutir no FCVS ou em suas subcontas*". A condição imposta é vaga. É conhecer a totalidade das ações, não se sabendo se em número de demandas, ou no valor das condenações que delas possa resultar e o respectivo montante, de um lado, e, de outro, se tal expressão de valor é capaz de "*repercutir no fundo ou em suas subcontas*".

À falta de evidência de preenchimento da condição invocada para o reconhecimento da incompetência absoluta, caso não é de deslocamento da competência para a Justiça Federal. O advento desse diploma, por conseguinte, não tem o condão de modificar a legitimidade das partes e, em razão disso, alterar a competência para o julgamento da causa, tendo em vista que a ilegitimidade da CEF em ações similares já foi declarada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de **recurso repetitivo** (art. 543-C):

"Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro

Acesso ao Sumário

adjeto a contrato de mútuo, por envolver discussão entre seguradora e mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), inexiste interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento. Precedentes" (REsp 1.091.363- SC, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias, Segunda Seção, j. 11/03/2009).

No julgamento dos Embargos de Declaração opostos a esse v. acórdão, decidiu a Corte Superior que no regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil, nas ações relativas a apólices do Ramo 66, que cuidam das apólices públicas, há interesse da Caixa Econômica Federal. Diversamente, nas demandas envolventes de apólice privada, chamada Ramo 68, a competência é da Justiça Estadual:

"4. Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro privado, apólice de mercado, Ramo 68, adjeto a contrato de mútuo habitacional, por envolver discussão entre a seguradora e o mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), não existe interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento. Ao contrário, sendo a apólice pública, do Ramo 66, garantida pelo FCVS, existe interesse jurídico a amparar o pedido de intervenção da CEF, na forma do art. 50, do CPC, e remessa dos autos para a Justiça Federal." (Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 28.06.2011).

No mesmo sentido outros julgados da mesma Corte:

"Compete à justiça estadual julgar os processos em que a discussão é limitada a vícios de construção cobertos por contrato de seguro cuja relação jurídica restringe-se ao mutuário e não haja comprometimento dos recursos do Sistema Financeiro da Habitação" (AgRG no Ag n.º 1.295.984/PE, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 10.05.2011).

"Esta Corte firmou orientação no sentido de que nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro adjeto a contrato de mútuo, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais) inexiste interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento. Precedentes." (AgRg no Ag n.º 1.270.480/PE, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, j. 08.02.2011).

Acesso ao Sumário

Esta Câmara, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0299477-66.2010.8.26.0000 (990.10.299477-5), j. em 24.04.2012, interposto pela Caixa Econômica Federal - CEF, já decidiu a respeito dessa mesma questão. E assim vem sendo sistematicamente julgado.

Acresce que a mesma Corte Superior, por sua Segunda Turma, acolhendo em parte os Embargos de Declaração nº 1.091.393 - SC, conquanto sem efeito

infringente, decidiu o seguinte:

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SFH. SEGURO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INTERESSE. INTERVENÇÃO. LIMITES E CONDIÇÕES. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITITO. ART. 543-C DO CPC. 1. Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional - SFH, a Caixa Econômica Federal - CEF - detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 - período compreendido entre as edições da Lei nº 7.682/88 e da MP nº 478/09 - e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66). 2. Ainda que compreendido no mencionado lapso temporal, ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices privadas, ramo 68), a CEF carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide. 3. O ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior. 4. Evidenciada desídia ou conveniência na demonstração tardia do seu interesse jurídico de intervir na lide como assistente, não poderá a CEF se beneficiar da faculdade prevista no art. 55, I, do CPC. 5. Na hipótese específica dos autos, tendo sido reconhecida a ausência de vinculação dos contratos de seguro ao FCVS, inexiste interesse jurídico da CEF para integrar a lide. 6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes." (j. 10.10.2012, relatora para o acórdão a Ministra NANCY ANDRIGHI).

3. Assim, o reconhecimento da incompetência absoluta, que seria o corolário do reconhecimento do interesse da Caixa Econômica Federal para intervir no feito, de modo inequívoco, não pode prosperar, posto inexistirem certas condições que levem a esse entendimento.

Não há nos autos elementos que assegurem, cabalmente, sejam as apólices dos requerentes vinculadas ao Ramo 66. A apólice juntada com a petição inicial (fls. 105/140 do originais) não leva a essa conclusão, tendo em vista que sequer há prova cabal de que seja esta, efetivamente, a apólice relativa aos contratos de financiamento dos imóveis deles (fls. 76/94 dos originais), que tampouco demonstram a circunstância.

Outrossim, sequer houve manifestação da parte contrária - a seguradora - ou da própria Caixa, alegando o interesse, não sendo possível afirmar essa assertiva pelo fato de a CEF ter demonstrado o interesse em outro processo, pois

Acesso ao Sumário

aqui não restaram evidentes os requisitos afirmados pela Corte Superior (até que outra e eventualmente diversa seja a orientação daquele C. Tribunal). A falta de um deles, ou de ambos, inviabiliza o atendimento da pretensão recursal.

E, por demonstrado não estar sendo atingido o interesse da CEF, sequer é aplicável a Súmula 150 do Colendo Superior Tribunal de Justiça à hipótese dos autos, sendo desnecessária e inapropriada sequer a existência de discussão a respeito.

Enfim, não há justificativa para, desde logo, ao início do processo, deslocar a competência para a Justiça Federal, com o envio imediato dos autos, sem, aliás, o próprio ingresso da CAIXA na relação processual, substituindo a seguradora, ou como assistente desta. Para assim concluir, não é sequer necessário invocar eventual violação de preceitos constitucionais.

4. Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2216252-70.2017.8.26.0000, da Comarca de Penápolis, em que é agravante LEONARDO DOS SANTOS FIGUEIREDO, é agravado COMPANHIA AÇUCAREIRA DE PENÁPOLIS LTDA. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.545)**

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

São Paulo, 25 de abril de 2018.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Recuperação judicial - Decisão que indefere a habilitação retardatária de crédito trabalhista - Pretensão de reforma - Descabimento - Credor extraconcursal, cujo o ajuizamento do pedido de recuperação judicial é posterior ao pedido de recuperação e os créditos reconhecidos na r. sentença trabalhista são posteriores ao pedido - Decisão mantida

Acesso ao Sumário

- Reservado o direito de não somente promover a execução singular de seu crédito como, ainda, obter o levantamento da personalidade jurídica da devedora na esfera da Justiça do Trabalho para pleno ressarcimento de seus valores - Agravo desprovido.

Dispositivo: negam provimento.

VOTO

Agravo de instrumento interposto pelo **Sr. Leonardo dos Santos Figueiredo**, dirigido à r. decisão digitalizada em fl. 43, proferida pelo Dr. Marcelo Yukio Misaka, MM. Juiz de Direito da E. 1ª Vara Cível da Comarca de Penápolis que julgou improcedente o incidente de habilitação retardatária de crédito promovido pelo agravante, nos autos da recuperação judicial de **Companhia Açucareira de Penápolis**:

Vistos.

Nos termos da manifestação do Administrador Judicial e do Ministério Público, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, julgo improcedente a presente Habilitação de Crédito, uma vez que, o crédito postulado por Leonardo dos Santos Figueiredo corresponde ao período trabalhado de 01/06/2009 a 20/04/2010, sendo declarada a prescrição dos direitos anteriores a 12/11/2010 (fls. 17/30) e a Lei nº 11.101/2005 estabelece que os créditos constituídos depois do pedido de recuperação judicial não se sujeitam aos seus efeitos (art. 49), "in casu", 09/12/2009.

Assim, deverá o habilitante postular a cobrança do saldo remanescente devido, pelas vias ordinárias.

P.R.I.

Oportunamente arquivem-se.

Pretende-se a reforma da r. decisão com argumentos voltados à prevalência do Plano de Recuperação Judicial homologado e soberania assemblear. Defende-se no presente recurso que as premissas consideradas pelo Douto Magistrado são equivocadas e que, embora posterior ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial, seu crédito foi recepcionado pelo PRJ aprovado e homologado.

Recurso tempestivo (fl. 44).

Preparo ausente em razão da gratuidade da justiça.

Determinado o processamento em fl. 82-83, o administrador judicial manifestou-se pelo desprovimento (fl. 87-94).

Pelo Ministério Público, o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Carlos Alberto Amin Filho manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

A recuperação judicial foi ajuizada em 9 de dezembro de 2009 e concedida

Acesso ao Sumário

em 24 de junho de 2010.

É o relatório.

I - DOS CONTORNOS RECURSAIS:

Alega o agravante que, embora a improcedência do incidente de habilitação de crédito, os créditos trabalhistas, sejam eles concursais ou não, gozam de privilégios legais.

Defende que, diante da natureza do crédito e, especialmente, em razão da aprovação do PRJ pela AGC, revela-se dezarrazoada sua exclusão, especialmente diante da expressa previsão trazida no Plano aprovado e homologado.

O recorrente não colacionou o PRJ aos autos, limitando-se a colacionar a ata da AGC na qual se deliberou sobre o pagamento de determinados credores trabalhistas não concursais (fl. 9-32).

5) A primeira parcela de R$ 18.700.000,00 será destinada ao pagamento dos seguintes credores:

- R$ 9.350.000,00 destinados aos créditos trabalhistas e/ou empregados diretos contratados na forma de pessoa jurídica, oriundos de salários atrasados do ano de 2013 e mais os custos de demissões ocorridos em 2013, incluindo os valores devidos ao gestor judicial.

Ao decidir pela não contemplação do agravante, o Douto Magistrado não se afasta daquilo que restou decidido na AGC. Apenas assegura que o ajuste entre a devedora e credores sujeitos dê-se com transparência e atenda aos critérios legais e, neste sentido, anota-se didática decisão anterior prolatada pelo Juízo Recuperacional em caso análogo (conforme consulta SAJ):

22/4/2014:

[…]

Fls. 18575: pedido de habilitação de crédito de OVIEDO BORGES DE OLIVEIRA: Não é possível deferir-se a habilitação de crédito.

Nos termos do art. 49, da Lei 11.101/2005, apenas os créditos existentes na data do pedido de recuperação judicial é que se sujeitam a ela. Os demais créditos, por vontade da lei, não se sujeitam à recuperação judicial e suas cobranças devem ser perseguidas por ações autônomas.

De qualquer sorte, neste procedimento de recuperação judicial houve uma peculiaridade. Por mera liberalidade, a Assembleia Geral de Credores, por ocasião da aprovação do atual plano de recuperação (5/11/2013), aceitou a inclusão de alguns créditos extraconcursais, notadamente aqueles ligados à classe de trabalhadores e fornecedores de matéria-prima, conforme se infere do plano aprovado.

Então, tal inclusão, por se tratar de mera liberalidade, deve ser interpretada restritivamente. Ou seja, apenas créditos extraconcursais daquela

Acesso ao Sumário

natureza e constituídos até a data da referida assembleia (5/11/2013) é que poderiam ser pagos nesta recuperação judicial, com o produto da arrematação da UPI. Os demais créditos deverão ser perseguidos por ação autônoma contra a empresa em recuperação, conforme determina a Lei 11.101/2005. (grifou-se)

É a hipótese do requerente, uma vez que seu crédito é extraconcursal e não se insere dentre aqueles que a Assembleia deliberou serem pagos com o produto da UPI. Infere-se que a ação trabalhista que culminou com o reconhecimento do crédito foi proposta após a referida assembleia. Daí porque o crédito não pode ser habilitado nesta recuperação judicial.

É que os representantes da recuperanda, ao perceberem que após a nova assembleia não teriam nada mais a retirar da empresa, simplesmente abdicaram da sua defesa judicial. Daí porque inúmeras ações trabalhistas posteriores à assembleia foram julgadas à revelia da reclamada, dando ensejo a inclusão de valores prescritos e até quiçá de fraudes processuais, tudo em prejuízo dos credores já existentes.

É preciso, então, prestigiar a boa-fé daqueles que votaram na assembleia geral de credores. Nela levantou-se o passivo trabalhista existente até aquela data e por isso, por mera liberalidade, concordaram em inclui-lo no plano de futuros pagamentos.

Se agora o juízo optar por incluir créditos que naquela época não existia, além de violação do texto legal, haverá nítida violação da vontade geral dos credores.

Destarte, por tais fundamentos, de rigor a rejeição do pedido de habilitação de crédito, o que não impede o credor trabalhista de perseguir seu crédito pelas vias ordinárias, no bojo da própria ação trabalhista.

Diante do exposto, INDEFIRO o pedido de habilitação de crédito do requerente.

É inconteste que a r. decisão trabalhista ajuizada em 12 de novembro de 2015 reconheceu a prescrição de quaisquer créditos anteriores a 12 de novembro de 2010 (fl. 64). De tal sorte, as verbas que compõem o crédito trabalhista referem-se, exclusivamente, a período posterior ao ajuizamento da recuperação judicial.

Portanto, inexiste a sujeição do crédito trabalhista ostentado pelo recorrente à recuperação judicial, mantendo-se hígido o direito do credor extraconcursal trabalhista de não somente promover a execução singular de seu crédito como, ainda, obter o levantamento da personalidade jurídica da devedora na esfera da Justiça do Trabalho para pleno ressarcimento de seus valores.

Observa-se que essas ações legítimas permanecem ao alcance do recorrente.

Acesso ao Sumário

II - DISPOSITIVO

Pelos fundamentos expostos, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r. decisão por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2064660-42.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ADRIANA SOUSA DA SILVA e, é agravada, RODOVIÁRIO RAMOS LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29904)**

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

São Paulo, 27 de abril de 2018.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Habilitação de crédito - Recuperação judicial - Decisão que indeferiu a gratuidade à habilitante - Inconformismo - Acolhimento em parte - A situação financeira retratada nos autos é incompatível com a presunção relativa decorrente da declaração de hipossuficiência - Elementos de convicção que permitem o parcelamento da taxa judiciária inicial - Decisão reformada - Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

1 - Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em habilitação de crédito trabalhista, oferecida de forma incidental à recuperação judicial, indeferiu a concessão da gratuidade judiciária.

Inconformada, a habilitante discorre sobre sua situação financeira, afirmando ter renda mensal líquida de cerca de R$ 2.000,00 e arcar de maneira integral com as despesas relacionadas à filha menor, tendo contraído pequenos empréstimos para honrar tais compromissos. Pontua a presunção trazida pela declaração de pobreza, conforme art. 4º, da Lei 1.060/50, e colaciona julgados.

O recurso foi processado com o efeito suspensivo pretendido (fls. 54).

A r. decisão agravada, a prova da intimação e a procuração encontram-se a fls. 17/21, 22/23 e 16. Ausente o preparo, por ser a gratuidade o objeto recursal.

É o relatório do necessário.

2 - O r. *decisum* agravado indeferiu a gratuidade, sob o argumento de que "A documentação juntada às fls. 38/52 não foi capaz de demonstrar que a autora ostenta condição de pobreza, para fins de concessão de assistência judiciária".

O recurso comporta acolhida em parte.

Com efeito, não se olvida que o Julgador pode indeferir a gratuidade, na ausência de impugnação ou antes de seu oferecimento, caso verifique que a insuficiência de recursos não está demonstrada nos autos.

Acontece que, antes de fazê-lo, o Juízo deve oportunizar à parte a comprovação dos requisitos legais, conforme o art. 99, § 2º, do CPC: "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.".

Na hipótese, essa regra foi observada pelo i. Juízo de origem (fls. 29/33), tendo sido juntados: extrato bancário a fls. 39/46, fatura do cartão de crédito a fls. 51 e demonstrativos de pagamento dos últimos três meses de 2017 (fls. 48/50 - outubro, novembro e dezembro).

Inclusive, ao que se extrai dos últimos, a renda mensal da agravante gira em torno de R$ 3.000,00, tendo sido mencionada quantia a menor nas razões recursais.

Sob esse contexto, nada obstante a contratação de advogado particular não enseje, por si só, o indeferimento da benesse (art. 99, § 4º, do CPC) e de ter sido comprovada a contratação *ad exitum* do patrono (*vide* fls. 38), a situação financeira retratada nos autos é incompatível com a presunção relativa decorrente da declaração de pobreza.

Vale dizer, ainda, não ter a agravante comprovado os gastos e dívidas elencados, como empréstimos bancários, a demonstrar sua efetiva impossibilidade de custeio do processo, mormente diante da possibilidade do manejo das ferramentas para tanto trazidas pelo CPC.

Assim, considerando que a taxa judiciária inicial (1% do valor da causa = R$ 591,94) representa pouco mais de um quarto do salário da agravante (fls. 48/50), viável apenas que se conceda o direito ao parcelamento em quatro vezes, nos termos do art. 98, § 6º, do CPC.

Em conclusão e, sem prejuízo de a agravante pleitear a isenção para determinado ato processual (art. 98, § 5º, do CPC), acolhe-se em parte a irresignação, nos moldes retro indicados.

Acesso ao Sumário

3 - Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso. É o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2239501-50.2017.8.26.0000, da Comarca de Osasco, em que é agravante TELEFÔNICA BRASIL S/A, é agravado CASA DAS FÓRMULAS FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO (ACTIVA FÓRMULAS FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO LTDA. EPP).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30478)**

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

São Paulo, 2 de maio de 2018.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - RESTABELECIMENTO DE LINHAS TELEFÔNICAS UTILIZADAS POR PESSOA JURÍDICA - EXECUÇÃO DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL - REDUÇÃO - CABIMENTO (DE R$ 30.000,00 PARA R$ 10.000,00) - MEDIDA AMPARADA NO DISPOSTO NO §1º, DO ART. 537, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO QUE, DE FATO, SE TORNARA INVIÁVEL, SOB PENA DE ACARRETAR PREJUÍZO A TERCEIROS, ATUAIS TITULARES DA LINHA - OBRIGAÇÃO QUE, NOS TERMOS DO ART. 499, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, PODE SER CONVERTIDA EM PERDAS E DANOS, SEM PREJUÍZO DA EXECUÇÃO DA MULTA (ART. 500) - JUROS DE MORA SOBRE O VALOR DA MULTA - DESCABIMENTO - AMBOS REPRESENTAMACOMINAÇÃOPELORETARDO NO ADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO - *BIS*

Acesso ao Sumário

***IN IDEM* - PRECEDENTES DO STJ E DESTA COLENDA 23ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO - DECISÃO EM PARTE REFORMADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE, COM OBSERVAÇÃO.**

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por meio eletrônico contra decisão que, em cumprimento de sentença de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, rejeitou a impugnação ofertada pela agravante.

Pretensão recursal ao reconhecimento do excesso decorrente da multa cominatória arbitrada pelo descumprimento da obrigação, que chegara ao patamar de R$ 30.000,00, devendo ser reduzida, uma vez que a impossibilidade de cumprimento da obrigação era fato conhecido pela própria autora, e também pelo Juízo.

Pugna, por fim, pela exclusão dos juros moratórios incidentes sobre a multa.

O recurso foi processado com o deferimento da tutela recursal para obstar, até julgamento de mérito do recurso, o levantamento dos valores depositados em juízo, e respondido pela parte contrária.

É o relatório.

O inconformismo comporta acolhimento em parte.

A multa é meio de coerção cuja finalidade é pressionar o devedor a dar cumprimento à obrigação, ou seja, não tem caráter punitivo propriamente dito.

E por ser meio de coerção não pode se tornar fonte de enriquecimento sem causa, tanto que, deve o Juiz, ao verificar que decorrido tempo suficiente para cumprimento da obrigação, e mantendo-se renitente o devedor, dar por encerrada a multa e fazer uso de outros expedientes, ou mesmo converter em perdas e danos a obrigação.

Não é por outra razão que o §1º, do art. 537, do diploma processual, possibilita que o magistrado modifique ou até exclua a multa, em se configurando uma das hipóteses elencadas nos respectivos incisos.

E, de fato, na hipótese dos autos, conquanto não fosse esse o caso quando ajuizada a ação e deferida a liminar (daí porque descabida a total exclusão da multa), o cumprimento da obrigação tornara-se, com o passar o tempo, inviável, porque passara a esbarrar em direito de terceiros, aos quais as linhas em questão foram repassadas (ainda que por falha na prestação de serviços da agravante).

Se por um lado a agravada experimentara considerável prejuízo com o abrupto repasse de suas linhas telefônicas a terceiros por absoluta falha da prestadora de serviços, de outra parte estes terceiros, com o passar do tempo

Acesso ao Sumário

e tendo se consolidado a utilização das linhas que agora titularizam, também poderão sofrer prejuízo com a não menos repentina perda caso fosse cumprida, agora, a ordem judicial, circunstância que não pode ser prestigiada pelo Judiciário.

É certo que a demora é imputável justamente à agravante, que deveria, desde logo, ter reconhecido o impasse e solucionado a situação de seus clientes, ao invés de manter-se inerte e, *data venia*, até alheia à realidade, considerados os termos de sua contestação.

A circunstância, todavia, não autoriza que se utilize de mecanismo prévio de coação para punir o autor do ilícito, ou compensar os prejuízos da vítima, sobretudo porque o ordenamento processual confere meios para tal, como é o caso da possibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos (art. 499, do Código de Processo Civil), quando o cumprimento desta torna-se impossível, como é o caso, acrescentando-se que a execução das perdas e danos ocorrerão, se for este o caso, sem prejuízo da multa, nos exatos termos do art. 500, do citado diploma legal.

Considerada, portanto, a superveniente inviabilidade de cumprimento da ordem imposta (inciso II, do §1º, do art. 537, do Código de Processo Civil), revela-se, de fato, exagerada a execução da multa pelo limite fixado pelo Juízo *a quo* por ocasião do arbitramento (R$ 30.000,00), razão pela qual impõe-se a respectiva redução ao patamar de R$ 10.000,00.

Os juros de mora, ressalte-se, não podem incidir sobre o valor da multa, pois ambos representam a cominação pelo retardo no adimplemento de obrigação.

Nesse sentido, já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

"CIVIL E PROCESSO CIVIL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. ARTS. ANALISADOS: 461, § 4º, CPC; 395, CC/02; 1º, LEI 6.899/1981.

1. Ação de anulação e substituição de títulos, cujos autos foram restaurados em 1998, em fase de cumprimento de sentença, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 05/12/2011.

2. A controvérsia reside em definir se sobre a multa prevista no § 4º do art. 461 do CPC incidem juros de mora legais e correção monetária e, em caso positivo, o termo inicial para sua exigibilidade.

3. O poder de intimidação refletido no valor arbitrado pelo Juiz a título de multa diária, nos termos do § 4º do art. 461 do CPC, deve ser preservado ao longo do tempo - e, portanto, corrigido - a fim de que corresponda, desde então, à expectativa de ser o suficiente para a obtenção da tutela específica. Assim, a partir de sua fixação, o contexto apresentado para o devedor tem de revelar,

Acesso ao Sumário

sempre, que lhe é mais interessante cumprir a obrigação principal que pagar a multa.

4. O termo inicial de incidência da correção monetária sobre a multa do § 4º do art. 461 do CPC deve ser a data do respectivo arbitramento, como ocorre nas hipóteses de dano moral (Súm. 362/STJ).

5. Não incidem juros de mora sobre a multa imposta pelo descumprimento de obrigação de fazer, sob pena de configurar *bis in idem*.

6. Recursos especiais conhecidos; provido parcialmente o do primeiro recorrente e desprovido o do segundo." (REsp 1327199/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 22.04.2014)

Extrai-se daquele julgamento:

"(...) Nessa ordem de ideias, considerando-se que os juros de mora funcionam como uma sanção pelo adiamento culposo no pagamento de quantia certa, não há como fazê-los incidir, igualmente, sobre a multa prevista no §4º do art. 461 do CPC, porque ela própria representa como os juros de mora a cominação pelo retardo no adimplemento da obrigação de fazer ou não fazer (...)"

E por esta Colenda 23ª Câmara de Direito Privado:

"Cumprimento de sentença - Multa diária - Não incidência de juros moratórios sobre o valor das 'astreintes' - Incidência apenas de correção monetária - Caso em que, por se cuidar de cominação diária, implicitamente, já se encontra embutida a mora pelo descumprimento da obrigação - Não incidência dos juros moratórios que se destina a evitar a dupla cominação ou 'bis in idem' pela demora no cumprimento da obrigação - Admitida apenas a incidência de correção monetária a partir de novembro de 2014 até o efetivo pagamento - Cálculo da agravante que deve ser refeito, excluindo-se os juros moratórios - Agravo provido em parte." (Agravo de Instrumento 2141287-92.2015.8.26.0000, Rel. JOSÉ MARCOS MARRONE, j. 14.10.2015)

Nestas condições, reforma-se em parte a sentença para, acolhendo-se em parte a impugnação, determinar a redução da multa cominatória para o valor de R$ 10.000,00, a ser acrescido apenas da correção monetária, excluindo-se os juros de mora, ficando, desde já, ressalvada a possibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos, se for o caso.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2017461-24.2018.8.26.0000, da Comarca de São Joaquim da Barra, em que é agravante JULIANO MARCÍLIO COSTA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado UNIVERSIDADE DE FRANCA - UNIFRAN (ACEF S.A.).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32731)**

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

São Paulo, 2 de maio de 2018.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: TUTELA DE URGENCIA. Ação de obrigação de fazer. Pretensão recursal voltada à determinação de imediata expedição do diploma ou, alternativamente, autorização para apresentação do trabalho de conclusão do curso - TCC. Descabimento. Inexistência de prova que evidencie a probabilidade do direito invocado. Tutela de urgência indeferida. Consideração de que a concessão da tutela, na extensão postulada, importará em quase integral entrega da prestação jurisdicional, antes mesmo da sujeição do feito ao contraditório. Decisão mantida. Recurso improvido.

Dispositivo: negaram provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão de fls. 68/69, que, em ação de obrigação de fazer, indeferiu o pedido de concessão de tutela de urgência formulado pelo recorrente.

Sustenta o agravante, em síntese, que estão reunidos os pressupostos necessários à concessão da tutela de urgência postulada, asseverando que por falha exclusiva do serviço prestado pela instituição de ensino, não pôde apresentar seu trabalho de conclusão de curso, sendo certo que eventual inadimplemento do aluno não pode obstar seu acesso ao diploma de graduação do curso. Tece considerações sobre os fatos, postulando seja a entidade educacional compelida

a emitir o diploma ou, alternativamente, possibilitar a apresentação do TCC.

O recurso é tempestivo, está isento de preparo e foi respondido, processando-se sem a antecipação da tutela recursal postulada.

É o relatório.

Trata-se de ação de obrigação de fazer, em que postula o autor a imediata emissão do diploma do Curso de Direito ou, alternativamente, a designação de data para a apresentação do trabalho de conclusão do curso, ao fundamento de que, mesmo inadimplente, não pode ser obstado seu direito à obtenção do certificado de conclusão do curso.

O pedido de concessão da tutela de urgência foi indeferido e o recurso não comporta provimento.

E isto porque, pretende o agravante, em cognição sumária própria desta fase processual, a prematura composição da lide, com a aceleração da entrega de prestação jurisdicional consubstanciada em integral acolhimento de significativa parcela da demanda proposta, já em seu limiar, desconsiderada até mesmo a sujeição do feito ao contraditório.

Cumpre destacar, neste passo, que, como bem salientou o magistrado, inexiste nos autos nem mesmo começo de prova da probabilidade do direito invocado pelo autor, por isso que imprescindível que se aguarde a regular dilação probatória, facultando-se-lhe a demonstração do alegado defeito do serviço prestado pela instituição de ensino.

Assim, faz-se prudente no caso que se aguarde a dilação probatória para a completa elucidação da questão posta em juízo, ausente assim pressuposto mínimo imprescindível à concessão da tutela de urgência voltada à imediata ordem de emissão do diploma ou, mesmo, de designação de data para a apresentação do trabalho da conclusão de curso, valendo destacar que, em sua contraminuta, mencionou a instituição de ensino a eventual necessidade de adequação do aluno à atual grade curricular.

Em suma, a decisão agravada cumpre ser integralmente preservada, por seus próprios fundamentos e pelos ora delineados.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2069495-73.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SEQUÓIA PARTICIPAÇÕES LTDA., são agravados DAY BRASIL S/A e AROEIRA PARTICIPAÇÕES LTDA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De ofício, julgaram extinto o feito, nos termos do art. 487, II, NCPC, em razão da prescrição, prejudicado o agravo da autora. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Marcio de Souza Polto", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21533)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente), AZUMA NISHI e FORTES BARBOSA.

São Paulo, 9 de maio de 2018.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA. SOCIEDADE ANÔNIMA. AQUISIÇÃO DE AÇÕES PELA CORRÉ. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA À REGRAS DO ESTATUTO SOCIAL E À LEI Nº 6.404/76. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. ASSEMBLEIA REALIZADA EM 14/05/2015. REGISTRO NA JUCESP EM 01/06/2015. AÇÃO PROPOSTA SOMENTE EM 26/02/2018. DECURSO DO PRAZO DE 2 ANOS PREVISTO NO ART. 286, DA LEI Nº 6.404/76. NATUREZA DECADENCIAL. PRECEDENTES. PRAZO QUE NÃO SE SUSPENDE, NEM SE INTERROMPE. AUSÊNCIA DE HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. ARTS. 207 E 208, CC. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. EXTINÇÃO DO FEITO, DE OFÍCIO, NOS TERMOS DO ART. 487, II, NCPC. RECURSO DA AUTORA PREJUDICADO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão copiada às fls. 24/27 (fls. 362/365 dos originais), que, nos autos da "ação anulatória de deliberação social c/c pedido indenizatório" movida por "Sequóia Participações S/A." em face de "Day Brasil S/A." e "Aroeira Participações Ltda.", indeferiu o pedido de tutela antecipada, para:

- suspensão da deliberação assemblear da corré "Day Brasil S/A." de 14/05/2015, registrada na JUCESP em 01/06/2015;

- anotação, na JUCESP, da impossibilidade de alienação ou imposição

de gravame sobre as ações da "Day Brasil S/A." representativas de 20,9% do capital social, adquiridas pela corré "Aroeira", e

- que a corré "Aroeira" seja impedida de exercer o voto nas deliberações assembleares, no que diz respeito a tais ações, e de receber dividendos, com depósito em conta judicial ou depósito em conta de reserva da sociedade.

De acordo com o MM. Juiz de origem:

"Não está presente o risco de dano necessário à concessão da tutela de urgência.

Isso porque a deliberação que se discute nos autos aconteceu em junho de 2015, ou seja, há quase três anos, o que, por si, já afasta qualquer ideia de iminente prejuízo.

Ainda, a alegação de desequilíbrio também não é suficiente a ponto de se suspender um ato há tanto praticado, pois inexistem provas de que a tomada do controle acionário está a prejudicar sobremaneira a sociedade autora. Tampouco é suficiente o argumento de gestão temerária da administradora nomeada, pois desacompanhado de provas concretas nesse sentido.

Ante o exposto, INDEFIRO as medidas de urgência postuladas."

Insurge-se a autora/agravante, insistindo nos pedidos de tutela antecipada acima descritos. E acrescenta que, em havendo dividendos a serem distribuídos, devem ser mantidos em conta reserva da sociedade, bem como devem ser nomeados dois Diretores da "Day Brasil", com igual participação pela "Aroeira" e pela "Sequóia", de modo que cada um indique um gestor de sua confiança.

Sustenta, em síntese, que pretende anular a deliberação assemblear da corré "Day Brasil S/A.", registrada na JUCESP em sessão de 01/06/2015, na qual a corré "Aroeira" comprou 20,9% das ações, que estavam em tesouraria, em flagrante descumprimento do Estatuto Social e da Lei de Sociedades Anônimas.

Alega que era necessário um quórum qualificado de 100% do capital social para qualquer negócio jurídico de compra ou venda das ações da companhia (art. 8º, §2º, "b", do Estatuto Social); bem como era necessário respeitar o direito de preferência a ser outorgado aos acionistas por carta escrita, com antecedência mínima de 30 dias (art. 4º, §3º, do Estatuto Social).

Ressalta que o prazo foi de apenas 15 dias, e que a intimação foi feita através de editais; que houve desrespeito à regra do art. 117, §1º, "a", "c" e "f", da Lei das Sociedades Anônimas (LSA), uma vez que a controladora "Aroeira" agiu de forma abusiva para diluir a participação da autora na "Day Brasil S/A."; e que os sócios da "Aroeira" são os administradores estatutários da "Day Brasil", e usarão prerrogativas para desrespeitar a LSA e o Estatuto Social.

Afirma, também, que manteve sua participação em 39,55%, ao passo que

Acesso ao Sumário

a agravada "Aroeira" passou a deter 60,45%; que antes da aquisição de 20,90% das ações, a autora e a corré "Aroeira" tinham idêntica participação acionária; que, em virtude da compra dessas ações, a recorrida passou a ter direito de nomear dois diretores, em desrespeito ao sistema que existia desde a fundação da companhia; e que foi vetada a sua tentativa de indicar um gestor na AGO de 17/10/2016.

No mais, destaca que a controladora "Aroeira" tem realizado mútuos e sacado recursos da companhia de maneira indevida; que, há pelo menos 3 exercícios sob a gestão de diretores indicados somente pela corré, a companhia está experimentando aumento de prejuízos e não há distribuição de dividendos; e que, recentemente, os dois gestores nomeados pela "Aroeira" alteraram o estatuto social e mudaram o objeto social, matéria que é privativa de assembleia geral com quórum de maioria qualificada.

O pedido de tutela recursal foi indeferido (fls. 811).

As corrés/agravadas apresentaram contraminuta às fls. 793/810, alegando o decurso do prazo decadencial de 2 anos previsto no art. 286, da Lei nº 6.404/76, prazo este que não se suspende, nem interrompe.

Também afirmam que a alienação das ações em tesouraria não se enquadra em nenhuma das hipóteses que exigem a aprovação da totalidade de acionistas; que essa totalidade é exigida para alienação de "instrumentos de débitos", nos quais não se enquadram as ações; que o envio de proposta escrita, com antecedência mínima de 30 dias para exercício de direito de preferência, somente é obrigatória para subscrição de ações emitidas em decorrência de aumento do capital social; que foram atendidas as regras do art. 124, da Lei nº 6.404/76; que a corré "Aroeira" comprou regularmente as ações após a autora não ter exercido seu direito de preferência; e que, embora tenha a maioria do capital social, a "Aroeira" tem uma série de limitações e restrições para observar, já que muitas matérias dependem de aprovação unânime em assembleia.

Ademais, sustentam que a propositura da demanda quase 3 anos depois da realização da assembleia, sem nunca participar de qualquer deliberação societária, configura violação ao princípio da boa-fé objetiva pela autora; que a agravada sempre teve conhecimento dos contratos de mútuo, e se beneficiou com tal prática, recebendo mais de 3 milhões de reais a tal título; que nos últimos exercícios não houve distribuição de dividendos, pois não houve lucro; e que a composição da diretoria é a mesma há mais de 4 anos.

É o relatório.

I) Através da ação proposta em 26/02/2018, a ora agravante "Sequóia Participações S/A.", acionista da corré "Day Brasil S/A.", pretende anular deliberação tomada na assembleia geral extraordinária realizada em 14/05/2015, e registrada na JUCESP em sessão de 01/06/2015 (fls. 176/177 dos originais),

Acesso ao Sumário

pela qual a corré "Aroeira" adquiriu 20,9% do capital social da "Day Brasil S/A.".

II) Ocorre que, nos termos do art. 286, da Lei nº 6.404/76, "*a ação para anular as deliberações tomadas em assembleia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação* ***prescreve em 2 (dois) anos****, contados da deliberação.*" (g.n).

E embora a lei refira-se à natureza prescricional do prazo, trata-se, na verdade, de prazo decadencial, pois diz respeito ao exercício de direito potestativo de promover a anulação das deliberações assembleares viciadas.

Logo, salvo as hipóteses dos arts. 195 e 198, I, CC (não configuradas no caso concreto, pois não há envolvimento de incapaz), referido prazo não se suspende, nem interrompe, conforme dispõem os arts. 207 e 208, CC.

Destaca-se, a respeito da natureza decadencial do prazo previsto no art. 286, da LSA, a lição de José Edwaldo Tavares Borba:

> "A Lei nº 6.404/1976 (arts. 285 a 288) trata dos prazos especiais de prescrição aplicáveis às sociedades anônimas. Saliente-se, no entanto, que embora se aluda a prazos prescricionais, esses, na verdade, afiguram-se mais propriamente prazos decadenciais, tanto que a ação e o direito de impugnação surgem concomitantemente, verificando-se a decadência pelo decurso de um prazo extintivo que nasce com o direito e com ele se encerra. Na prescrição, um direito preexistente é violado, e dessa violação é que desaponta o direito de ação (*actio nata*).
>
> Atentando-se, por exemplo, para o art. 286, observa-se que a ação não se destina a proteger um direito anterior violado, sendo, ao invés disso, uma manifestação do próprio direito que decorre das irregularidades viciadoras das deliberações da assembleia.
>
> (...)
>
> Tratando-se de decadência, os prazos serão contínuos, não se lhes aplicando os preceitos sobre interrupção e suspensão. Evita-se, assim, que as causas interruptivas e suspensivas, pertinentes a alguns acionistas, propaguem por longo tempo o risco de impugnação. Para a estabilidade social, torna-se relevante a certeza que resulta de um prazo cujo curso independe de contigências pessoais relativas a cada acionista." (**Direito Societário**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 555/556)

No mesmo sentido, é a lição de José Waldecy Lucena, quando comenta o art. 286, da Lei nº 6.404/76:

> "E é isso que ocorre com a Lei n. 6.404/1976, uma lei especial, cujos artigos 285 e 286, por exemplo, disciplinam casos de extinção de direitos como *prescrição*, enquanto a maioria doutrinária, à qual aderimos,

Acesso ao Sumário

os qualifica como *decadência*. De fato, se o Diploma de 1940 não ensejava dúvidas a respeito de ter o legislador optado pela *prescrição*, em face do disposto em seu artigo 161, ao dispor sobre a *interrupção da prescrição*, e o art. 162, ao referir-se à existência, no Decreto-Lei, de *prazos de decadência*, a Lei atual, embora copiasse, quase *ipsis litteris*, os artigos 155 e 156, do Decreto-Lei de 1940, nos artigos 285 e 286, não reproduziu as disposições dos artigos 161 e 162, do Decreto-Lei. E mais: dizem os elaboradores da Lei n. 6.404/1976, em sua Exposição Justificativa, que 'o Projeto procurou, nessa matéria, observar a orientação adotada no Projeto do Código Civil, não existindo maiores alterações a ressaltar'. Ora, o Código Civil estabelece expressamente o prazo trienal de *decadência*, não de *prescrição*, para a anulação de constituição das pessoas jurídicas de direito privado (art. 45, pár. único), e para a anulação de deliberações (decisões - *sic*.) sociais (art. 48, pár. único). Essa, claro, a orientação correta, já que a brevidade dos prazos para declaração de invalidade de atos societários, de adoção pelas mais modernas legislações em face das particularidades que cercam o direito societário, não se coaduna com a interrupção de prazos prescricionais, assim prolongando desmesuradamente a possibilidade de ataques a situações que se querem consolidadas o mais rapidamente possível." (**Das Sociedades Anônimas - Comentários à Lei. Vol. III**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 1147 - destaques no original)

A mesma conclusão também é apresentada por Guilherme Setoguti J. Pereira, segundo o qual "*parece ser evidente que o prazo firmado no art. 286 da LSA é decadencial, pois o direito à impugnação da deliberação só surge a partir do momento em que ela própria surge, isto é, a partir do momento em que o ato é praticado, e, portanto, o prazo para o exercício do direito de ação começa a ocorrer no mesmo momento em que surgiu o direito que vai embasar o pedido de tutela jurisdicional*" (**Impugnação de Deliberações de Assembleia das S/A**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 56/57).

Acesso ao Sumário

Esse mesmo entendimento, quanto à natureza decadencial do prazo de 2 anos previsto no art. 286, da LSA, também já foi adotado por este Tribunal de Justiça, nos seguintes precedentes:

"Apelação. Sociedade anônima. Ação anulatória de assembleia geral extraordinária (AGE). Decadência reconhecida. Incidência da norma prevista no art. 286 da LSA. Impossibilidade de aplicação do prazo geral (art. 205 do CC). Recurso improvido." (Apelação nº 1011064-58.2015.8.26.0068, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Hamid Bdine, j. em 08/02/2017)

"DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DELIBERAÇÃO SOCIAL CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. Deliberação de

exclusão de sócio de sociedade limitada e apuração de haveres. Ação improcedente, por entender o MM. Juiz que a exclusão estava amparada em justa causa. **Insistência dos réus na preliminar de decadência. Acolhimento da preliminar. Decurso do prazo bienal para anulação de deliberações violadoras da lei ou do estatuto. Art. 286 da Lei das Sociedades Anônimas, aplicável supletivamente às sociedades limitadas, no regime do Código Civil de 1.916**. Configuração, ademais, da justa causa para exclusão do sócio. Prisão em flagrante por tráfico de grande quantidade de insumos para produção de droga ilícita. Exclusão da sociedade posterior ao Acórdão que manteve a sentença penal condenatória. Circunstância que abala a confiança dos demais sócios naquele que praticou o delito e afeta a credibilidade da sociedade perante o mercado. Desnecessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória para que a justa causa se configure. Validade da apuração de haveres. Ausência de prova de recusa dos réus a fornecer ao sócio excluído acesso às contas da empresa. Cálculos da apuração de haveres devidamente fornecido ao sócio excluído. Recurso adesivo dos réus não conhecido por falta de interesse e recurso dos autores improvido." (Apelação nº 0005001-73.2010.8.26.0629, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. em 09/11/2016 - g.n.)

"Caso em que se aplica o art. 286, da Lei 6404/76, para reconhecer e declarar a decadência na ação que versa sobre anulação de reunião de sócios da ré, sociedade limitada. Analogia possível diante da lacuna contida no art. 1078, § 3º, do CC. Decorridos mais de dois anos da reunião dos quotistas, correta a extinção, sem resolução de mérito. Não provimento." (Apelação nº 0074733-77.2013.8.26.0002, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Enio Zuliani, j. em 19/10/2016).

"**DECADÊNCIA. Anulação de decisão assemblear. Incidência do art. 286 da LSA. Natureza decadencial, pois referente a direito potestativo. Prazo decadencial não interrompido pela sustação cautelar dos efeitos da decisão assemblear (CC, art. 207). Prazo decadencial iniciado na data da AGO (13 de junho de 2008). Biênio transcorrido *in albis*** - Decadência reconhecida Apelação improvida. ILEGITIMIDADE 'AD CAUSAM'. Indenização por dano moral e material decorrente de abuso do direito de voto por inventariante dativa do sócio falecido. Demanda ajuizada em face da pessoa física da inventariante. Ilegitimidade passiva reconhecida. Atuação da corré em nome do espólio (...). Apelação improvida Dispositivo: negam provimento." (Apelação nº 0003884-44.2011.8.26.0457, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. em 25/07/2014 - g.n.)

Acesso ao Sumário

"AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DECISÕES ASSEMBLEARES. Improcedência, com fundamento no artigo 269, inciso IV, do CPC/1973. Matéria de natureza societária. Direito potestativo. Prazo decadencial reconhecido. Aplicação da regra prevista no artigo 286 da Lei nº 6.404/1976. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO." (Apelação nº 0264023-21.2007.8.26.0100, 14ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Alcides, j. em 31/08/2017)

III) Verifica-se, assim, que o "protesto judicial para interrupção de prescrição" distribuído pela autora/agravante em 08/05/2017 (fls. 36/54 dos originais), mencionado na exordial, não teve o condão de interromper o prazo do art. 286, da LSA, cuja natureza, repita-se, é de decadência.

Logo, uma vez que a assembleia geral extraordinária impugnada pela autora foi realizada em 14/05/2015, com registro na JUCESP em 01/06/2015, e que a presente ação anulatória foi proposta somente em 26/02/2018, mais de 2 anos depois, impõe-se a extinção do feito, nos termos do art. 487, II, NCPC, em razão da decadência.

Anota-se, por fim, que a decadência constitui matéria de ordem pública, cognoscível de ofício por este Tribunal, e a respeito da qual as partes tiveram oportunidade de se manifestar (a autora, na própria inicial, e as rés em sua contraminuta ao agravo).

E o reconhecimento da decadência quanto ao pedido principal de anulação de assembleia, implica na extinção do feito para as demais pretensões dele decorrentes.

IV) Concluindo, de ofício, deve ser extinta a ação anulatória, nos termos do art. 487, II, NCPC, em razão da decadência (fls. 286, da Lei nº 6.404/76). Por consequência, resta prejudicado o agravo da autora.

A autora deverá arcar com as custas e despesas processuais, e tendo em vista que as rés já foram citadas e apresentaram contestação, representadas pelos mesmos patronos, os honorários de sucumbência ficam arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa (valor da causa sem atualização: R$ 100.000,00 - fls. 29 dos originais), nos termos do art. 85, §2º, NCPC.

Isso posto, **de ofício, julga-se extinto o feito, nos termos do art. 487, II, NCPC, em razão da prescrição, prejudicado o agravo da autora**.

ACÓRDÃO

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

2033988-51.2018.8.26.0000, da Comarca de Mirassol, em que é agravante SOCIEDADE MANTENEDORA DE ENSINO SUPERIOR DE MIRASSOL - SOMESMI, é agravado LEON FAGIANI CAMPOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30511)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente) e PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR.

São Paulo, 2 de maio de 2018.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: "AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. DANOS MORAIS - FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO PELO ALUNO - I - Tutela provisória de urgência deferida para impor a corré, ora agravante, a obrigação de honrar o financiamento estudantil até ulterior deliberação - II - Agravado que concluiu o curso superior no ano de 2016, e somente após a conclusão obteve negativa de pagamento por parte da corré, o que inclusive gerou a negativação de seu nome - Provas dos autos que revelam que o aluno/autor cumpriu com todas as suas obrigações contratuais - Suposto descumprimento das cláusulas contratuais pelo agravado que não restou comprovado - Contrato de financiamento estudantil, ademais, que prevê expressamente a responsabilidade pelo pagamento às faculdades do Grupo Estudantil - Aplicação dos arts. 39 do CDC e 427 do NCCB - III - Presentes elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano, ressaltado o caráter de reversibilidade da medida - Inteligência do art. 300, do NCPC - IV - Pedido para prestação de caução que não comporta provimento - Decisão mantida - Agravo improvido".

VOTO

Agravo de instrumento interposto em 28.02.2018, tirado de ação de

obrigação de fazer c.c. pedido de indenização por danos morais e tutela provisória de urgência, em face da r. decisão proferida em 08.01.2018 e cujo AR citatório do réu, ora agravante, foi juntado 07.02.2018, que deferiu em tutela de urgência pleiteada pelo autor, ora agravado, para determinar que a instituição de ensino assuma o financiamento estudantil da autora, até ulterior deliberação do juízo.

Sustenta, preliminarmente, a tempestividade do recurso. No mérito, alega que o agravado não cumpriu com os principais requisitos do programa 'UNIESP paga', tal como a excelência acadêmica. A recusa da agravante foi justificada, vez que o agravado descumpriu com a cláusula 3.2 do contrato. Também não comprovou o pagamento tempestivo das parcelas trimestrais do contrato de financiamento. Não estão presentes os requisitos necessários à concessão da tutela. Deve ser observado o art. 476 do CC. O agravado não pode exigir o cumprimento contratual por parte da agravante sem que tenha cumprido a sua. Há risco de irreversibilidade da medida. É necessário prestar caução nos termos do art. 300, §1º do NCPC. Requer o provimento do recurso com a concessão de efeito suspensivo, e, ao final, a reforma da r. decisão agravada.

Recurso processado sem suspensividade (fls. 173/175).

Contraminuta do agravado às fls. 178/184, pugnando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Fica reconhecida a tempestividade recursal.

Trata-se de agravo de instrumento tirado ação de obrigação de fazer c.c. pedido de indenização por danos morais e tutela provisória de urgência, ajuizada por Leon Fagiani Campos, ora agravado, em face Sociedade Mantenedora de Ensono Superior de Mirassol - SOMESMI, ora agravante, e Banco do Brasil S/A, por meio da qual se busca obrigar a instituição de ensino a efetuar o pagamento atualizado do débito de financiamento estudantil para a instituição financeira, também requerida, condenando ambas ao pagamento de indenização por danos morais (fls. 47/59).

Acesso ao Sumário

Pleiteou o autor, a título de tutela de urgência "*1) determinar que a instituição bancária requerida remova as inscrições do nome do autor feitas perante os órgãos de proteção crédito; e, 2) suspenda a exigibilidade do débito de financiamento estudantil*" (fl. 57, letra "a").

O MM. Juiz "a quo" deferiu os pedidos de tutela provisória, sob os seguintes fundamentos (fl. 158):

> "*(...) A tutela interina deve ser deferida, já que os documentos que assessoram a inicial, notadamente o 'Termo de Garantia de Pagamento' (fls. 20/21), demonstram a existência da contratação noticiada na inicial.*
>
> *Posto isso, havendo elementos que, em sede de cognição sumária, evidenciam a probabilidade do direito alegado, defiro a antecipação de*

tutela requerida, a fim de determinar que a instituição de ensino assuma o financiamento estudantil da autora, até ulterior deliberação do Juízo, bem como para determinar a instituição financeira a exclusão dos apontamentos nos cadastros restritivos, relativos aos débito sub judice, até ulterior deliberação Juízo. Intimem-se os réus para que cumpram a tutela interina, no prazo de quinze dias.(...)".

Contra esta r. decisão insurge-se a corré, ora agravante.

A tutela provisória de urgência, antecipada, está fundada no artigo 300 do NCPC, com correspondência no art. 273 do ACPC, que assim dispõe:

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

No caso dos autos, verifica-se que o "Contrato de Garantia de Pagamento das Prestações do FIES", firmada entre a UNIESP e o aluno Leon Fagiani Campos, prevê expressamente que a responsabilidade pelo pagamento do financiamento estudantil é da instituição de ensino (fl. 66, item 2.4).

Consta, também, que o aluno concluiu o curso superior de Educação Física em 21.12.2015, obtendo o grau de licenciado em 28.01.2016 (fls. 63/64).

E o "cronograma de amortização" juntado às fls. 68/79, celebrado entre o FIES e o Banco do Brasil S/A, prevê os detalhes do pagamento do financiamento, tal como o número de semestres a serem financiados, o prazo de carência, e o percentual de financiamento que é igual a 100%.

Feita esta exposição, entende-se que a controvérsia *sub judice* vem disciplinada nos arts. 30, do CDC, e 427, do NCCB, que assim dispõe:

"**Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado**".

"**Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso**".

Não obstante referida documentação, verifica-se que após o término do curso superior o aluno obteve recusa por parte da agravante, relativamente a sua obrigação de pagamento do financiamento estudantil, sob o argumento de que o mesmo não teria cumprido com suas obrigações contratuais, o que, inclusive, gerou a negativação de seu nome (fls. 156/157).

Contrariamente às alegações da agravante, no sentido de que o agravado não teria cumprido com a exigência contratual de excelência acadêmica (fls. 66/67, cláusula 3.2), consta dos autos o histórico escolar do aluno/agravado (fls.

152/154), o qual revela que o mesmo foi aprovado em todas as matérias com notas médias entre 8,0 e 9,0.

E os extratos de conta corrente juntados às fls. 87/151, demonstram que o agravado realizou os pagamentos trimestrais no valor de R$50,00, com início em 2013 e término em 2017, conforme lhe competia nos termos do contrato firmado entre as partes (fl. 67, item 3.5).

Tais documentos afastam as teses alegadas pela agravante no sentido de que o agravado não teria cumprido com suas obrigações previstas em contrato, ou que não teria concluído o curso com excelência acadêmica.

Não há que se invocar, portanto, o disposto no art. 476 do CC.

Também inocorre o perigo de irreversibilidade da medida, vez que, se ao final da lide restar comprovada eventual obrigação do autor relativamente ao adimplemento do financiamento estudantil, os valores poderão ser restituídos àquele que desembolsou anteriormente.

Desta forma, ausente qualquer comprovação nos autos de que o agravado teria descumprido com suas obrigações contratuais, e diante da expressa previsão de que a responsabilidade pelo pagamento do financiamento estudantil é das faculdades do Grupo Estudantil (fl. 66, item 2.4), reputam-se presentes a probabilidade do direito bem como o perigo de dano, já que o agravado encontra-se com seu nome negativado em razão do financiamento estudantil não honrado, conforme exposto alhures.

Presente, portanto, os requisitos do art. 300 do NCPC, correta a r. decisão agravada ao deferir a tutela provisória de urgência para "*determinar que a instituição de ensino assuma o financiamento estudantil da autora, até ulterior deliberação do Juízo*".

Os demais pedidos formulados, para que o agravado preste caução nos autos, não comportam guarida.

Na hipótese *sub judice* não se faz exigível a caução em face da hipossuficiência econômica do consumidor, que é beneficiário da justiça gratuita, ficando o mesmo dispensado, nos termos do §1º do art. 300 do NCPC.

Postas estas premissas, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2005971-05.2018.8.26.0000, da Comarca de Piraju, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada IRENE DA SILVA VALVERDE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 55905)**

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

São Paulo, 4 de junho de 2018.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

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

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - 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 - LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - ILEGITIMIDADE ATIVA - Filiação ao IDEC - Descabimento - Possibilidade de ajuizamento de ação executiva

Acesso ao Sumário

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 - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA - Alegação de que seriam a União Federal e o BACEN os exclusivos responsáveis pelo quanto se está a exigir do agravante - Descabimento - Agravante que mantém com o agravado contrato que envolve conta poupança em relação a qual, sobre o respectivo saldo depositado em fev/89, não foi aplicada a devida correção monetária - Entendimento jurisprudencial do STJ - Legitimidade do agravante confirmada.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - 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.

Acesso ao Sumário

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EXECUÇÃO INDIVIDUAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Falta de interesse recursal - Não conhecimento.

Agravo conhecido em parte e, na parte conhecida, desprovido.

VOTO

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

Alega o agravante, em síntese: cancelamento da distribuição; o feito deve ser suspenso em decorrência de decisão do STF que determinou a suspensão do tramitar dos processos que envolvam expurgos inflacionários; ilegitimidade ativa; ilegitimidade passiva; ocorrência de prescrição; incompetência territorial para o julgamento da lide; correção monetária a ser realizada tendo como base os índices de poupança; marco inicial dos juros de mora como sendo a data da citação do banco na fase de liquidação de sentença; não cabimento dos juros remuneratórios; não cabimento de honorários advocatícios.

É O RELATÓRIO.

De plano, anote-se que foram concedidos ao agravado os benefícios da gratuidade processual, não havendo, pois, o que se falar em **cancelamento da distribuição** por falta de recolhimento de custas.

Não é o caso de **suspensão do julgamento do recurso** por envolver expurgos inflacionários decorrentes de planos econômicos cuja análise estaria a ser feita no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em diversos recursos extraordinários aludidos no corpo do agravo.

Isto se afirma na medida em que, claramente, em indicados recursos extraordinários, a suspensão naqueles ditada atinge tão somente os processos em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença, situação que não se ajusta ao presente caso, onde de há muito transitada em julgado a sentença que constitui o título sob execução.

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

Assim sendo, é necessária a adoção das seguintes providências:

a) Omissis

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

Acesso ao Sumário

julgado) e as que se encontrem em fase instrutória.

c) Omissis.

Pois bem.

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

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

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

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

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

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

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp

Acesso ao Sumário

nº 1243887-PR, Corte Especial, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19/10/2011).

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

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

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

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

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

No caso dos autos, foi o pedido de cumprimento de sentença deduzido em 19 de outubro de 2015, enquanto o trânsito em julgado da ação coletiva foi certificado aos 09 de março de 2011, não estando, portanto, operada a prescrição.

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

Acesso ao Sumário

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

Conferir, a propósito:

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

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

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

Quanto **à ilegitimidade de parte passiva** arguida, igualmente sem razão

Acesso ao Sumário

o agravante.

A apontada ilegitimidade vem fulcrada no argumento de que seria a União Federal e o Banco Central do Brasil seriam os exclusivos responsáveis pelo quanto do agravante se está a exigir na demanda em juízo proposta, destacando-se que a situação estaria a envolver fato do príncipe.

Ora, com todo respeito, não há nenhum nexo entre a responsabilidade apontada e o fato do príncipe, uma vez que aqui se trata de expurgos inflacionários, operados em virtude do denominado "Plano Verão", este que em nada alterou o contrato existente entre o agravante e o agravado, o qual permaneceu vigorante em todos os seus termos.

Naquela realidade, afetou-se a aplicação do indexador da correção monetária a ser aplicada aos depósitos existentes em contas poupança, causando o problema discutido nos autos, mas, substancialmente, nada modificando o vínculo havido entre as partes e os seus efeitos.

Neste contexto, não se identifica onde estaria o alegado fato do príncipe, este que não se pode ver ocorrente na mera publicação feita de índices de correção monetária equivocados.

Estivesse aqui a se tratar do quanto decorreu da implantação do conhecido "Plano Collor", particularmente, no quanto tornou indisponíveis ativos financeiros e os transferiu para o Banco Central do Brasil, com o que se atingiu a integridade dos depósitos existentes, poder-se-ia, então, identificar, no ato praticado para concretização da indisponibilidade decorrente daquele famigerado plano, o tratado fato do príncipe, e somente em tal diferente cenário não haveria porque responder o agravante pelas decorrências emanadas da comentada prática, na medida em que, a contar da transferência dos depósitos teria perdido a administração destes últimos, o que, em tese, realmente, poderia levar a uma exclusão de responsabilidade.

Entretanto, como já se deixou perceber, na espécie dos autos, não há fato do príncipe, e o contrato existente entre as partes permaneceu ativo, e responsável o agravante pela aplicação aos montantes depositados dos corretos índices de correção monetária.

Aliás, esta questão é antiga, e de há muito é de conhecimento geral, sobremaneira das instituições financeiras, que houve engano na edição dos índices de correção monetária para aplicação, no caso, aos depósitos existentes em contas poupança, e, exatamente por isto, igualmente, de há muito poderiam, como era de se esperar, que tivessem, indicadas instituições financeiras, voluntariamente feito aplicar apenas e tão somente aquilo que é o certo, o que seja, a correção monetária na forma da lei, dentro do seu exclusivo propósito de impedir a indevida corrosão da moeda pela inflação.

Deste modo, resta claro que a responsabilidade pelo quanto é do agravante

Acesso ao Sumário

exigido pelo agravado não é do Banco Central do Brasil ou da União, e sim do próprio agravante, pela circunstância de manter com o agravado contrato que envolve conta poupança em relação a qual sobre o respectivo saldo depositado em fevereiro de 1989, não foi aplicada a correção monetária devida, responsabilidade esta assim definida que não pode ser desviada para quem quer que seja, com o que, se confirma a legitimidade passiva do agravante.

No sentido do quanto aqui se decide formou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, esta que sempre reconheceu a legitimidade passiva das instituições financeiras em casos como o ora analisado, como se pode verificar dos seguintes julgados:

> "*PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. CADERNETAS DE POUPANÇA. PLANOS ECONÔMICOS. DIFERENÇAS DE CORREÇÃO MONETÁRIA.*
>
> *As diferenças de correção monetária não creditadas em cadernetas de poupança podem ser diretamente reclamadas das instituições financeiras, se o prejuízo resultou do 'Plano Verão', na medida em que este - só afetando o indexador - manteve o contrato sem outras alterações.*
>
> *Já o 'Plano Collor', tornando indisponíveis os ativos financeiros, e transferindo-os para o Banco Central do Brasil, atingiu a integridade dos depósitos; deles despojados por 'fato do príncipe', as instituições financeiras não respondem pelas obrigações contratuais durante o período em que deixaram de administrar esses depósitos.*
>
> *Embargos de declaração rejeitados"* (ED em EEDREsp nº 158.837-SP, Terceira Turma, rel. Min. Ari Pargendler, j. 16/03/2000).
>
> "*DIREITOS ECONÔMICO E PROCESSUAL. CADERNETA DE POUPANÇA. 'PLANO VERÃO' (JANEIRO/1989). MODIFICAÇÃO DO CRITÉRIO DE REAJUSTE. IMPOSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE 'AD CAUSAM' PASSIVA DO BANCO CAPTADOR DA POUPANÇA. 'PLANO COLLOR' (MARÇO, ABRIL E MAIO/1990). ILEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM' DO BANCO COM O QUAL FOI FIRMADA A AVENÇA PARA RESPONDER PELA REMUNERAÇÃO DOS CRUZADOS NOVOS BLOQUEADOS. RECURSOS DESACOLHIDOS.*
>
> *I - Eventuais alterações na politica econômica, decorrentes de planos governamentais, não afastam, por si, a legitimidade 'ad causam' das partes envolvidas em contratos de direito privado, inclusive as instituições financeiras que atuam como agentes captadores em torno de cadernetas de poupança.*
>
> *II - Em se tratando, contudo, de pedido de incidência do índice de março/1990, decorrente do 'Plano Collor', arreda-se a legitimidade do banco com o qual foi contratada a aplicação, uma vez que houve a*

Acesso ao Sumário

*ruptura do contrato **ex vi legis**.*

III - Segundo a jurisprudência do Tribunal, o critério de remuneração estabelecido no art. 17, I, da MP 32/1989 (Lei 7.730/1989) não se aplica às cadernetas de poupança abertas ou renovadas antes de 16/01/1989.

IV - Creditado reajuste a menor, assiste ao poupador o direito de obter a diferença, correspondente a incidência do percentual sobre as importâncias depositadas" (REsp nº 111.223-RJ, Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18/02/1997).

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

Acesso ao Sumário

confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.

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

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

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

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

No que concerne à pretendida aplicação dos índices da caderneta de poupança para fins de **correção monetária**, ao invés da **Tabela Prática do Tribunal de Justiça** estabelecida na decisão agravada, não tem razão o agravante porque esta última é a que se revela adequada para atualizar monetariamente, para fins de cobrança judicial, os débitos decorrentes das diferenças de expurgos inflacionários, não pagas aos poupadores, como no caso dos autos.

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

***Ementa**: Agravo de instrumento.* **Ação civil pública**. *Expurgos Inflacionários. Liquidação de sentença transitada em julgado. Prevenção desta c. Câmara para apreciação dos recursos oriundos do processo nº 0403263-60.1993.8.26.0053, que tramitou perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Adoção do índice de 42,72% para cálculo da diferença não creditada quando da edição do Plano Verão em relação às cadernetas com aniversário na primeira quinzena de janeiro de 1989. Com direito o poupador, deduzido o índice efetivamente aplicado à época, ao recebimento da diferença de 20,3609%. Suspensão do andamento da execução. Ordem supedaneada nos Recursos Especiais nºs. 1.391.198-RS e 1.370.899-SP, assim também no Extraordinário nº*

Acesso ao Sumário

573232. Inviabilidade - regular prosseguimento na origem. Alcance do "decisum" e foro da ação - o poupador pode habilitar-se para o cumprimento da r. sentença, que tem efeito "erga omnes", no foro de seu domicílio. Filiação ao IDEC/Legitimidade ativa. Desnecessidade da comprovação de filiação do poupador ao IDEC. Precedentes do STJ e desta Corte. Custas iniciais. Necessidade de recolhimento. Possibilidade de diferimento, nos termos do artigo 5º da Lei Estadual nº 11.608/2003, que não conta rol taxativo. Tese majoritária desta c. Câmara. Prescrição da execução individual - o prazo prescricional para execução individual em ação civil pública é de cinco (cinco) anos contados do trânsito em julgado da r. sentença. Título executivo judicial. Execução lastreada em sentença condenatória genérica proferida em autos de ação civil pública transitada em julgado. Desnecessidade da liquidação por artigos ou arbitramento, bastando a apresentação de simples cálculos para a apuração do valor devido, nos termos do art. 475-B do CPC. Juros remuneratórios. Cabimento. Necessidade de plena recomposição do saldo em caderneta de poupança. Cômputo à razão de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, a partir de fevereiro de 1989 até a data do efetivo pagamento. Correção monetária. Atualização devida para preservação do valor intrínseco da moeda. Utilização dos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde fevereiro de 1989 até o efetivo pagamento. Juros moratórios devidos, em postura adotada por este e. Câmara a partir de então, da citação na fase de conhecimento, e não da executória, até o efetivo pagamento, em cômputo simples. Cumulação entre juros remuneratórios, moratórios e correção monetária. Possibilidade - jurisprudência dominante desta c. Corte. Honorários advocatícios - verba devida em sede de execução de sentença nas hipóteses de não pagamento espontâneo do débito pelo Banco. Oferta de impugnação a caracterizar contraditório; cumpre, ainda que parcialmente acolhida, arbitrar-se verba honorária em favor do poupador, no importe equivalente a 10% sobre o proveito econômico por ele obtido. Valor incontroverso da condenação. Cabe ao preclaro juízo "a quo", oportunamente, a pedido do poupador, determinar seu levantamento. Recurso improvido. (Apel. nº 2200474-31.2015.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Tércio Pires, j. 30/03/2016).

***Ementa**: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação civil pública. Expurgos Inflacionários. Liquidação de sentença transitada em julgado. Prevenção desta C. Câmara para apreciação dos recursos oriundos do processo nº 0403263-60.1993.8.26.0053, que tramitou perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Adoção do índice de 42,72% para cálculo da diferença não creditada quando da edição do Plano Verão em*

Acesso ao Sumário

relação às cadernetas com aniversário na primeira quinzena de janeiro de 1989. Após a dedução do índice efetivamente aplicado à época, o poupador faz jus ao recebimento da diferença de 20,3609%. Suspensão do andamento da execução. Determinação com fulcro nos Recursos Especiais nº 1.391.198-RS, e nº 1.370.899-SP, e Recurso Extraordinário nº 573232. Irrazoabilidade. Feito que deve prosseguir na origem. Efeitos da sentença e foro da ação. O poupador pode habilitar-se para o cumprimento da r. sentença, que tem efeito "erga omnes", no foro de seu domicílio. Filiação ao IDEC/Legitimidade ativa. Desnecessidade de comprovação de filiação do poupador ao IDEC. Precedentes do STJ e desta Corte. Custas iniciais. Necessidade de recolhimento. Possibilidade de diferimento nos termos do artigo 5º da Lei Estadual nº 11.608/2003, que não possui rol taxativo. Entendimento majoritário desta Câmara. Prescrição da execução individual. O prazo prescricional para execução individual em Ação civil pública é de 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da r. sentença. Título executivo judicial. Execução lastreada em sentença condenatória genérica proferida em Ação Civil Pública que transitou em julgado. Desnecessidade de liquidação por artigos ou arbitramento. Juros remuneratórios. Cabimento. Necessidade de plena recomposição do saldo em caderneta de poupança. Cômputo à razão de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, a partir de fevereiro de 1989 até a data do efetivo pagamento. Correção monetária. Atualização devida para preservação do valor intrínseco da moeda. Utilização dos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde fevereiro de 1989 até efetivo pagamento. Juros moratórios. Decisão que fixou o termo inicial dos juros moratórios a partir da intimação na execução. Cumulação entre juros remuneratórios, moratórios e correção monetária. Possibilidade. A jurisprudência dominante desta Corte permite a cumulação de juros remuneratórios, moratórios e correção monetária pela Tabela Prática. Liquidação do débito. Desnecessidade de liquidação por artigos ou arbitramento. Mero cálculo aritmético, nos termos do art. 475-B do CPC, cujo rito garante celeridade ao trâmite desta fase processual. Inexistência de complexidade na apuração do débito. Perícia. Determinada realização de perícia contábil, para a verificação do valor real do débito, considerados os critérios estabelecidos na inicial e na sentença coletiva. É do devedor o ônus de antecipar o pagamento dos honorários periciais. REsp 1.274.466-SC, julgado pelo rito dos recursos repetitivos. Honorários advocatícios. Verba devida em sede de execução de sentença nas hipóteses de não pagamento espontâneo do débito pelo Banco. Apresentação de impugnação que caracteriza verdadeiro contraditório. Ainda que a impugnação seja parcialmente acolhida, a

Acesso ao Sumário

verba honorária deve ser arbitrada em favor do poupador, no importe de 10% sobre o proveito econômico por ele obtido. Valor incontroverso da condenação. Caberá ao MM. Juízo a quo determinar o levantamento do valor incontroverso, a pedido do poupador, oportunamente. Recurso não provido. (Apel. nº 2201188-25.2014.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Ramon Mateo Junior, j. 26/01/2016).

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

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

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

Logo, a incidência dos juros remuneratórios deve persistir computada no cálculo do débito, mês a mês, decorrente da condenação externada na sentença em questão.

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

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

1. O Tribunal de origem, mantendo a decisão proferida em primeira instância, concluiu que houve condenação expressa do agravante, nos autos da ação civil pública, com relação ao pagamento de juros remuneratórios, razão pela qual se afigura correta a inclusão do mencionado encargo nos cálculos apresentados pela parte exequente. 2. Agravo regimental não provido". (AgRg nos EDcl no AREsp nº 678.314-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araujo, j. em 03.12.2015)

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

"*EXECUÇÃO - ação civil pública - caderneta de poupança - expurgo inflacionário - incidente a diferença sobre o saldo em janeiro de 1989*

Acesso ao Sumário

- inclusão nos cálculos dos demais expurgos decorrentes dos planos econômicos - admissibilidade - Precedentes do STJ - Recurso do embargado provido"

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

No que toca à **verba honorária**, falta ao agravante interesse recursal na medida em que na decisão agravada restou estabelecido que não há incidência de honorários.

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

Nesses termos, **CONHEÇO EM PARTE** do recurso, e, na parte conhecida, ao mesmo **NEGO PROVIMENTO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2027871-44.2018.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante MANOEL SANDES DE OLIVEIRA NETO, é agravado BANCO ITAUCARD 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.473)**

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

São Paulo, 7 de junho de 2018.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - suspensão ou impedimento da negativação de cadastro junto a órgãos de proteção ao crédito - manutenção do bem na posse - depósito do valor incontroverso - tutela antecipada indeferida - verossimilhança da alegação não configurada - decisão mantida - agravo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc..

Trata-se de agravo de instrumento buscando a reforma de decisão que, em ação de obrigação de fazer com pedido de depósito incidental, indeferiu o pedido de tutela antecipada que visa a obstar a inscrição do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito, bem como manter o veículo em sua posse e admitir o depósito das parcelas no valor incontroverso.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento no julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530-RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, sob os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil então vigente, no sentido de que "***a abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz***".

Na espécie, o autor sustenta haver cobrança de taxa interna de retorno em percentual diverso do efetivamente contratado.

Todavia, neste juízo de cognição sumária, a agravante não logrou êxito em demonstrar os fatos alegados, não havendo como se aferir as abusividades alegadas neste juízo de cognição sumária.

Conclui-se, assim, que o caso vertente não preenche os requisitos dispostos no Recurso Especial nº 1061.530-RS, não havendo que se falar em concessão de tutela antecipada para sobrestar a inscrição do nome do agravante nos órgãos de inadimplentes.

Nesse trilho, não se mostra cabível, também, a concessão de medida para mantê-lo na posse do bem móvel.

Ainda por essa razão, o depósito, mesmo que no valor integral, não teria o efeito liberatório pretendido pelo recorrente, em detrimento do direito do credor de receber a prestação na forma e modo contratados.

Com efeito, o art. 330, §3º do Código de Processo Civil dispõe que "***o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratado***", razão pela qual o depósito judicial não satisfaz, "a priori", a obrigação nos termos em que avençada.

Destarte, é de rigor o decreto de não acolhida das razões recursais, impondo-se a manutenção da r. decisão agravada.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2006080-19.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TIBERIO CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S/A, é agravado VINICIUS GUERRA PAES.

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 41.525)**

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

São Paulo, 9 de abril de 2018.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE VIZINHANÇA. INDENIZATÓRIA POR PERDAS E DANOS C.C. LUCROS CESSANTES. TUTELA DE URGÊNCIA. Demonstrado pela agravante que a questão da responsabilidade pelos danos é controvertida, está ausente a probabilidade do direito alegado pelo autor, sendo de rigor a revogação da tutela antecipada. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra a r. decisão de fls. 69 dos autos originários, que em ação indenizatória por perdas e danos cumulada com lucros cessantes, deferiu a tutela de urgência, determinando à agravante que inicie o reparo do imóvel no prazo de 15 dias.

Pleiteia a agravante a reforma da decisão alegando, em síntese, que a ação fora proposta pelo ora agravado, que é locatário do imóvel de propriedade da interessada, localizado ao lado de uma obra de construção de empreendimento residencial pela agravante. Aduz que o agravado mantém no imóvel um estúdio de tatuagem e, em sua exordial, alega que a agravante iniciou as escavações da obra no início de 2017, sem tomar precauções com as casas vizinhas. Ainda na petição inicial, o agravado afirma que em pouco tempo após o início das escavações, o teto de uma das salas do imóvel apresentou rachaduras, tendo o agravado entrado em contato com a agravante, todavia no dia seguinte o teto

Acesso ao Sumário

de uma das salas do imóvel veio a desabar, destruindo os bens materiais que ali se encontravam. Assim, o agravado requereu a tutela de urgência para que a agravante proceda a imediata reparação e estruturação do imóvel, sendo acolhida pelo douto magistrado. Argumenta que o agravado baseia suas alegações em fotografias e e-mails contemporâneos ao ajuizamento da demanda, que apesar de demonstrar os danos ocorridos no imóvel, não esclarecem com exatidão a culpa da agravante. Entende que é prematura a determinação jurisdicional de reparar o imóvel. Discorre sobre o fato de que o imóvel não é limítrofe à construção, sendo que não se constatou qualquer outros danos nos imóveis vizinhos, sobretudo com o de n.º 2.353, que faz divisa com o terreno da construção. Relata que realizou vistoria no imóvel em 24 de outubro de 2017, após a reclamação do agravado via SAC, sendo que foi constatado pelo perito engenheiro civil que o deslocamento das telhas permitia a entrada de água de chuva, fragilizando a sustentação do forro de estuque de madeira e tela metálica. Dita que no laudo foram tiradas fotos do forro onde se observava sinais de umidade e fungos, concluindo que o desabamento se deu pela entrada de água de chuva que deteriorou tanto os elementos da argamassa do forro quanto a madeira de sustentação. Ressalta que o agravado ocupa o imóvel aparentemente desde março de 2006, não apresentando a realização de manutenções ocorridas no imóvel no período. Afirma que o próprio agravado assevera na exordial que o filho da proprietária estivera no local e garantiu-lhe que o teto não cairia. Pugna pela necessidade de uma perícia imparcial para a verificação da situação do imóvel, para só então analisar o pedido de reparo. Alega que a situação incorre em cerceamento de defesa com a antecipação da resolução do mérito. Tece comentários acerca da inexistência dos requisitos mínimos para a concessão da tutela de urgência. Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso.

Deferido o efeito suspensivo conforme decisão de fls. 46, e apresentada contraminuta encontra-se o recurso em termos de julgamento.

É o relatório.

Respeitado o entendimento do douto magistrado de primeiro grau, o recurso merece prosperar.

O Código de Processo Civil de 2015 rege a matéria objeto deste recurso por meio das disposições contidas no art. 300, sendo e expresso ao estabelecer que:

> ***"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo."***

A probabilidade do direito para a concessão da tutela antecipada é aquela que, em virtude das provas apresentadas, traz elementos para que o juiz se

convença da possibilidade daquele direito somado ao perigo de dano ou ao risco ao resultado útil do processo para que não torne a espera prejudicada ou imprestável.

Neste sentido nos ensina o professor Daniel Amorim Assumpção Neves (*in* Novo Código de Processo Civil Comentado, ed. JusPodivm, 2016) o seguinte:

> ***"A concessão da tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito existia. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz da concessão dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção, sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência - ou probabilidade - do direito existir." (Fls. 461).***
>
> ***"(...) Segundo o art. 300, caput, do Novo CPC, tanto para a tutela cautelar como para a tutela antecipada exige-se o convencimento do juiz da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito. A norma encerra qualquer dúvida a respeito do tema, sendo a mesma probabilidade de o direito existir suficiente para a concessão de tutela cautelar e de tutela antecipada."***
>
> ***"O legislador não especificou que elementos são esses capazes de convencer o juiz, ainda que mediante uma cognição sumária, a conceder a tutela de urgência pretendida. É natural que o convencimento do juiz para a concessão da tutela de urgência passa pela parte fática da demanda, já que o juiz só aplicará o direito ao caso concreto em favor da parte se estiver convencido, ainda que em juízo de probabilidade, da veracidade das alegações de fato da parte." (Fls. 476).***

Analisando detidamente os autos, verifica-se que na inicial o autor afirma que houve a queda do forro de uma sala do imóvel que aluga, apontando como responsável a construtora que está edificando um prédio em um terreno próximo ao imóvel.

Evidentemente que se comprovada a responsabilidade pelos danos causados, a ora agravante terá o dever de repará-lo, entretanto, conforme se verifica da minuta do presente agravo e da contestação apresentada pela construtora em primeiro grau (fls. 75/99), a requerida aponta a elaboração de um laudo técnico em que se constatara a existência de falhas no próprio imóvel que levaram à queda do forro.

Dessa forma sendo evidente a controvérsia acerca da responsabilidade pelos danos, temerário que em tutela antecipada se determine o reparo do teto, inclusive para fins de necessária perícia judicial.

Assim, havendo dúvidas sobre a quem cabe o cumprimento da obrigação, bem como para preservar o local para a perícia judicial, de rigor a revogação da

Acesso ao Sumário

medida concedida.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para revogar a antecipação da tutela concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2242245-18.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que é agravante JOSÉ VALDOMIRO DA SILVA, é agravado TRANSPORTADORA TEM TEM CARGAS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 9446)**

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

São Paulo, 10 de abril de 2018.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PENHORA DA APÓLICE DE SEGURO - POSSIBILIDADE - GARANTIA DA INDENIZABILIDADE PLENA DO DANO SOFRIDO E FORMA MENOS GRAVOSA AO DEVEDOR DA AÇÃO PRINCIPAL - ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ - PREJUDICADO O PEDIDO DE PENHORA DO TÍTULO JUDICIAL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto contra a r. decisão copiada a fls. 120 que, nos autos da ação de reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito, em fase de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de penhora de título judicial e determinou que o agravante indicasse bens passíveis de penhora, no prazo de 05

dias, sob pena de arquivamento.

O agravante sustenta que deu início ao cumprimento de sentença, para recebimento do seu crédito, contudo após diversas diligências para localização de bens da empresa ré, os resultados foram negativos.

Aduz que tendo em vista não haver bens de propriedade da agravada e de seus sócios, que sejam passíveis de constrição, é devida a penhora do crédito da lide secundária, ou ainda a penhora da apólice de seguro.

O recurso foi processado com a concessão do efeito suspensivo (fls. 150).

Ausente contraminuta.

É o relatório.

Ab initio, deixo consignado que o recurso comporta parcial provimento.

Com efeito, observo que o autor deu início à execução de seu crédito em 2009 (fls. 84) e até o presente momento não obteve êxito, pois mesmo após pesquisa de ativos financeiros via Bacenjud, em nome da ré e dos sócios (fls. 137/139 e 143/145), assim como consulta na Receita Federal (fls. 146), não localizou qualquer bem passível de constrição.

Consta inclusive do documento de fls. 148, a baixa da inscrição da executada TRANSPORTADORA TEM TEM CARGAS LTDA. no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica.

Ora, se a executada não tem condições de suportar a execução da ação principal e é vencedora na lide secundária, ou seja, tem o direito de regresso das quantias despendidas até o limite da apólice, não vejo óbice à penhora da apólice de seguro, como pretende o autor.

Isso porque tal providência inclusive assegura a continuidade da execução da forma menos gravosa ao devedor e atende aos princípios da celeridade e da economia processual.

Ademais, não se pode admitir que o exequente seja prejudicado em receber o que lhe é devido, pelo simples fato de se exigir que a executada primeiro efetue o pagamento do débito, o qual inclusive lhe será ressarcido posteriormente pela seguradora denunciada.

Acesso ao Sumário

Aproveito para transcrever trecho do Acórdão proferido pelo Ilustre Relator Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp 925.130-SP, para fins do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, que bem esclarece o assunto:

> **"Com amparo na função pública do processo, rejeitam-se tecnicismos processuais, no mais das vezes servis exclusivamente a interesses privados postos em juízo, em obséquio a propósito maior, que é a pacificação social, a efetividade da tutela judicial prestada, a duração razoável do processo e, em hipóteses como a tratada nos autos, a**

indenizabilidade plena do dano sofrido. No caso da controvérsia ora examinada, é de se ter em vista que, se é verdade que a denunciação da lide busca solução mais expedita relativamente à situação jurídica existente entre denunciante (segurado) e denunciado (seguradora), dispensando ação regressiva autônoma, não é menos verdadeira a afirmação de que a fórmula que permite a condenação direta da litisdenunciada possui os mesmos princípios inspiradores desse benfazejo instrumento processual. E ainda mais, com a vantagem de não se beneficiar exclusivamente o segurado, exatamente o causador do dano injusto, mas também o autor, a vítima do dano causado injustamente pelo denunciante. Essa solução satisfaz, a um só tempo, os anseios de um processo justo e célere e o direito da parte contrária (seguradora) ao devido processo legal, uma vez que, a par de conceder praticidade ao comando judicial, possibilita o exercício do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes". Sic

A respeito do assunto, destaco também os Informativos nº 0490 e 0062, do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO REPETITIVO. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DE SEGURADORA DENUNCIADA À LIDE. A Seção firmou o entendimento de que, em ação de reparação de danos movida em face do segurado, a seguradora denunciada e a ele litisconsorciada pode ser condenada, direta e solidariamente, junto com este, a pagar a indenização devida à vítima nos limites contratados na apólice. Na hipótese, a seguradora compareceu em juízo aceitando a denunciação da lide feita pelo réu e contestou o pedido, assumindo a condição de litisconsorte passiva. Assim, discutiu-se se a seguradora poderia ser condenada solidariamente com o autor do dano por ela segurado. Reconhecida a discussão doutrinária sobre a posição assumida pela denunciada (se assistente simples ou litisconsorte passivo), o colegiado entendeu como melhor solução a flexibilização do sistema, de modo a permitir a condenação direta e solidária da seguradora litisdenunciada, atendendo ao escopo social do processo de real pacificação social. Esse posicionamento privilegia o propósito maior do processo, que é a pacificação social, a efetividade da tutela judicial prestada, a duração razoável do processo e a indenizabilidade plena do plenamente o dano sofrido. Isso porque a vítima não será obrigada a perseguir seu direito somente contra o autor do dano, o qual poderia não ter condições de arcar com a condenação. Além disso, impossibilitando a cobrança direta da seguradora, poderia o autor do dano ser beneficiado pelo pagamento do valor segurado

Acesso ao Sumário

sem o devido repasse a quem sofreu o prejuízo. A solução adotada garante, também, a celeridade processual e possibilita à seguradora denunciada o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos disponíveis. REsp 925.130-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 8/2/2012". Sic (grifo nosso)

"A ação indenizatória promovida contra a segurada foi julgada procedente e a seguradora, que fora denunciada à lide, foi condenada a ressarcir o que a ré desembolsaria com a indenização, até o limite do contrato de seguro. Na execução, a ré ofereceu à penhora os créditos relativos à apólice de seguro, que foram depositados em juízo pela seguradora. A Turma entendeu possível a aludida penhora como forma rápida e eficaz de dar efetividade ao processo, visto que até se admite a execução imediata da ré denunciante contra a seguradora denunciada, com o intuito de satisfazer o crédito do autor, escopo da sentença condenatória. Note-se que não houve o chamamento ao processo, nos moldes do art. 101, II, CDC, passível de condenação solidária. Precedentes citados: REsp 97.590-RS, DJ 18/11/1996; AgRg no Ag 247.761-DF, DJ 20/3/2000, e REsp 115.056-MG, DJ 20/6/1997. REsp 251.053-SP, Rel. Min. Ruy Rosado, julgado em 20/6/2000". Sic

Nesse contexto, de rigor a penhora da apólice securitária em questão, a fim de que a seguradora denunciada efetue o pagamento do crédito devido ao autor, observados os limites contratuais.

No mais, deixo de deliberar sobre o pedido de penhora do título judicial, uma vez deferida a constrição da apólice nos termos supramencionados.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2199355-64.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOSÉ DE CASTRO PADILHA, é agravada SILVANA DE CASSIA MACHIETTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 04205)**

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

São Paulo, 20 de abril de 2018.

MARCOS GOZZO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação de despejo por falta de pagamento em fase de cumprimento de sentença - Impugnação ao cumprimento de sentença - Ausência de procuração - Determinação para a regularização processual do impugnante - Inércia - Desentranhamento da peça oferecida - Manutenção. Agravo não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **JOSÉ DE CASTRO PADILHA** nos autos da ação de despejo, em fase de cumprimento de sentença, proposta por **SILVANA DE CASSIA MACHIETTO**, contra a decisão proferida naqueles autos, que determinou o desentranhamento da impugnação oferecida, ante a inércia perante a determinação para juntada de procuração nos autos para a regularização processual do impugnante.

Inconformado, recorre o agravante, argumentando que a procuração poderia ter sido extraviada em Cartório. Ademais, sustenta que a ação de despejo já havia sido extinta por acordo entre as partes. No mais, aduz que pretensão para o recebimento de eventuais alugueres estaria prescrita.

Foi oferecida contraminuta a fls. 53/56, aduzindo que houve a concessão de dois prazos sucessivos para a regularização processual, que transcorreram sem a manifestação do agravante. Assim, entende que diante do não cumprimento da determinação a decisão agravada merece ser mantida. Por fim, sustenta a impossibilidade de análise dos demais pedidos do agravo, já que não foram objetos de apreciação no primeiro grau.

É o relatório.

Recorre o agravante, irresignado com deliberação proferida pelo MM. Juízo de primeiro grau, que determinou o desentranhamento da impugnação oferecida, diante do não cumprimento da determinação de regularização processual.

É o seguinte o teor da decisão guerreada: "*Vistos. Fls. 421/422: mantenho a decisão de fl. 417, uma vez que não houve a juntada do instrumento de procuração juntamente com a petição de fls. 401/408. Destarte, regularize o coexecutado José Castro Padilha, em 05 (cinco) dias, sua representação processual, devendo ser juntada a via original do instrumento de mandato de fl. 423. No mesmo prazo, deverá a aludida parte retirar a petição desentranhada. Com a regularização supra determinada, intime-se a exequente para que se manifeste acerca da petição de fls. 421/422, no prazo de 05 (cinco) dias. Int.*"

Acesso ao Sumário

(fls. 9).

O agravo não merece provimento.

Dispõe o artigo 104 do Código de Processo Civil vigente que "*o advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente*". Elenca o §1º que "*Nas hipóteses previstas no 'caput', o advogado deverá, independentemente de caução, exibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz.*".

Nota-se, assim, que é imprescindível a procuração regularizada nos autos, nos temos do supradito artigo, para que a parte tenha capacidade postulatória. O magistrado *a quo* determinou a regularização processual do agravante em decisão publicada na data de 23/01/2017 (fls. 59). Ante a inércia do agravante foi publicada decisão, em 21/08/2017, determinando o desentranhamento da impugnação. Por fim, em 13/09/2017, manifestou-se o agravante requerendo a reconsideração da decisão, que foi mantida, nos termos da decisão agravada.

Na hipótese dos autos, foi concedido prazo razoável para a regularização processual do agravante, sendo inclusive intimado para tanto, nos termos do Art. 76 do CPC/15. Todavia, quando instado a manifestar-se, inclusive para alegar eventual extravio conforme sustenta no presente agravo, quedou-se inerte.

Ressalte-se, ainda, em que pese a possibilidade de regularização posterior, conforme intentado pelo juízo *a quo*, não houve qualquer manifestação do agravante, caracterizando sua desídia e dando o ato por ineficaz. Em informação, assim manifestou-se a MM. Juíza, *in verbis*: "*(...) Decorrido o prazo para cumprimento da determinação, sem regularização (fls. 416), foi determinado o desentranhamento da petição (fls. 417). Contra essa decisão insurge-se o executado. A petição desentranhada permanece na contracapa do 2º volume dos autos, aguardando sua retirada pela Patrona e contata-se que, efetivamente, não se fez acompanhar da procuração. (...)*".

Nesse sentido, destacamos a jurisprudência do C. STJ, bem como deste E. Tribunal:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOIS RECURSOS INTERPOSTOS CONTRA A MESMA DECISÃO. PRECLUSÃO.*
>
> *UNIRRECORRIBILIDADE.* ***FALTA DE INSTRUMENTO PROCURATÓRIO. INTIMAÇÃO PARA SANAR O VÍCIO. INEXISTÊNCIA DE REGULARIZAÇÃO. RECURSO INEFICAZ.***
>
> ***INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 104, § 2º, 76 § 2º, I E 932, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC DE 2015.*** *1. Revela-se defeso a interposição simultânea de dois agravos internos contra o mesmo ato judicial, ante o princípio da unirrecorribilidade e a ocorrência da preclusão consumativa, o que*

Acesso ao Sumário

reclama o não conhecimento da segunda insurgência. 2. ***Diante da não regularização do vício da representação processual no prazo legal, após a parte ser intimada, o recurso subscrito por advogado sem procuração nos autos é considerado ineficaz, por força da norma do art. 104, § 2º, do CPC/2015, não merecendo ser conhecido (art. 76, § 2º, I, do CPC/2015)****.*

3. Agravo interno de fls. 272-286 não conhecido e agravo interno de fls. 247-270 não provido.

(AgInt no AREsp 1084864/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017)

AÇÃO DE COBRANÇA. Rateio condominial vencido nos meses de novembro de 2014 e de junho a setembro de 2015. ***Condômino que é citado e apresenta Contestação sem juntar o mandato. Determinação de regularização que não foi atendida. Aplicação dos efeitos da revelia.*** *SENTENÇA de procedência para condenar o requerido a pagar para o Condomínio autor o rateio condominial indicado na inicial, além daquele vencido no curso do processo, com correção monetária e juros de mora pela taxa de um por cento (1%) ao mês, a contar dos vencimentos, além da multa moratória de dois por cento (2%), arcando o vencido com o pagamento das custas e despesas processuais além dos honorários advocatícios, que foram arbitrados em dez por cento (10%) do valor da condenação. APELAÇÃO do requerido, que pede a concessão do benefício da "gratuidade" e pugna pela anulação da sentença sob a alegação de ofensa ao devido processo legal ante a revelia, com à remessa dos autos à Vara de origem ou, subsidiariamente, a reforma da sentença para a improcedência da Ação. ACOLHIMENTO PARCIAL, apenas para o deferimento do pedido de "gratuidade" formulado pelo autor, somente para esse ato processual. Aplicação do artigo 98, § 5º, do CPC de 2015. Ausência de ofensa ao devido processo legal. Revelia bem decretada. Impugnação genérica que não se presta a afastar o débito do rateio condominial pendente de pagamento. Obrigação de pagamento que é positiva e líquida. Mora "ex re" ("dies interpellat pro homine"). Correção monetária e juros moratórios que devem ter incidência a contar de cada vencimento, sem prejuízo da multa moratória pela taxa de dois por cento (2%). Inteligência dos artigos 394 e 397 do Código Civil. Sentença mantida, mas com a concessão do benefício da "gratuidade" para o Recurso. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*

(TJSP; Apelação 1030236-90.2015.8.26.0001; Relator(a): Daise Fajardo Nogueira Jacot; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/09/2017; Data de Registro: 27/09/2017)

Acesso ao Sumário

PROCESSUAL CIVIL - IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA JULGADA PROCEDENTE - ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO - NÃO REGULARIZAÇÃO DO MANDATO - ATOS INEXISTENTES - RECONHECIMENTO - AUTORA QUE NÃO COMPLEMENTA O VALOR DAS CUSTAS - INEXIGIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. ***I- Não possuindo o necessário mandato a subscritora da contestação e do incidente de impugnação ao valor da causa, não sendo a falta suprida no prazo a que alude o art. 37 do CPC, nos termos do parágrafo único deste, devem ser tidos por inexistentes os atos praticados, razão pela qual não surtem efeitos.*** *II- Inexigível a quantia da complementação das custas em razão do valor da causa fixado na decisão proferida no incidente de impugnação ao valor da causa inexistente.*

(TJSP; Apelação 9148316-21.2008.8.26.0000; Relator (a): Paulo Ayrosa; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Bárbara D'Oeste - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 14/12/2010; Data de Registro: 15/12/2010)

Forçoso reconhecer, pois, que se está aqui diante de evidente hipótese de ausência de capacidade postulatória por parte do agravante, a desaguar na inarredável impossibilidade de permanência da peça desentranhada nos autos.

Por fim, quanto ao aditamento realizado (fls. 75/77), o mesmo não possui forma nem figura de juízo, mostrando-se francamente incabível, já que busca reformar nova decisão no presente recurso. Ademais, já houve apresentação de contraminuta por parte do agravado, o que impediria a fixação de novos pedidos no presente agravo.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso para manter a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2062803-58.2018.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é agravante INDIANARA CAMILO FERREIRA DA SILVA, é agravado JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.254)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVIA ROCHA (Presidente sem voto), CARLOS DIAS MOTTA E NETO BARBOSA FERREIRA.

São Paulo, 9 de maio de 2018.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Compra de pacote de absorventes - Constatação da existência de larvas - Ação de indenização por danos morais proposta contra a fabricante - Decisão de primeiro grau que indefere pedido de inversão do ônus da prova - Agravo interposto pela autora - Relação de consumo que não enseja a automática inversão do ônus da prova - Hipossuficiência técnica da autora não constatada - Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a decisão trasladada a fls. 8/9 que, nos autos da ação de indenização por danos morais proposta pela agravante (fls. 11/19), indeferiu pedido de inversão do ônus da prova "*porque há meios idôneos para apuração dos fatos controvertidos*", deferindo a produção de prova pericial no produto e na sua linha de produção.

A autora pede a reforma da decisão alegando, em apertada síntese, que ela "*nega vigência a direito plenamente reconhecido pela Jurisprudência pátria e consagrado em legislação infraconstitucional protegida pela Constituição Federal*" e que é indiscutível a relação de consumo, destacando que a decisão de primeiro grau põe em dúvida o ônus no tocante à informação de endereço e distribuição da carta precatória, não informando sobre quem recairá o risco da preclusão em razão da sua não produção. Pede seja reconhecida a inversão do ônus da prova.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fl. 221).

A agravada apresentou resposta a fls. 223/232.

É o relatório.

A agravante propôs ação de indenização por danos morais alegando que adquiriu, em 22 de abril de 2016, uma caixa de absorventes internos da marca "O.B.", fabricados pela ré, tendo utilizado uma das unidades na mesma data.

Após 23 (vinte e três) dias da data da compra, ao desembalar a segunda unidade do pacote, foi surpreendida com a presença de duas larvas, motivo pelo qual propôs a presente ação voltada a obter indenização por danos morais no

Acesso ao Sumário

valor de R$ 88.000,00 (oitenta e oito mil reais).

Esclarece a autora que antes de propor a ação entrou em contato com o Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) da ré, por meio do qual ficou ajustada a retirada do produto para análise no dia 24 de maio de 2016, mas que, contudo, "*a empresa Requerida quedou-se inerte, não retornando o contato até mesmo para esclarecimentos à Requerente*".

Em contestação (fls. 74/110), sustentou a agravada, em resumo, que houve recusa da autora em entregar o produto para análise e que a caixa do produto ficou aberta por 23 (vinte e três) dias sem acondicionamento adequado, motivo pelo qual pediu a exclusão de responsabilidade, por culpa exclusiva da consumidora. Afirmou também que todos os seus produtos passam por rigorosos testes de qualidade e que há vários equipamentos para evitar o aparecimento de pragas, de modo que não está comprovado o defeito alegado e nem a existência de danos morais passíveis de indenização.

Inicialmente, a ação foi julgada improcedente, com posterior anulação da sentença por esta Câmara em julgamento realizado em 17 de novembro de 2017, no qual se reconheceu a existência de nulidade por cerceamento de prova.

A decisão agravada deferiu a produção de prova pericial no absorvente e na linha de sua produção, esclarecendo, no entanto, não ser caso de inversão do ônus da prova "*porque há meios idôneos para apuração dos fatos controvertidos*" e atribuindo à ré o dever de informar o endereço da linha de produção e de distribuir a carta precatória sob pena de preclusão da prova pretendida.

Inicialmente cabe esclarecer que ambas as partes pleitearam a produção da prova pericial (fls. 203/205 e 207/213), de modo que a advertência acerca de eventual prejuízo pelo não fornecimento de endereço da fábrica para perícia ou o não encaminhamento da carta precatória no prazo estipulado na decisão será suportado pela ré, conforme lá determinado.

É incontroverso que a relação entre as partes é de consumo, o que não leva, automaticamente, à aplicação da inversão do ônus da prova conforme pretendido pela autora, mesmo porque o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor ("*São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, **for verossímil a alegação** ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*)" deixa a cargo do magistrado avaliar sua eventual aplicação ao caso concreto, sendo imprescindível a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência.

Somente nas hipóteses do artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor (correção da informação ou comunicação publicitária) é que a inversão é automática.

Acesso ao Sumário

Do mesmo modo, o § 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil permite que "*diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada (...)*".

A inversão do ônus da prova não se dá de maneira absoluta, sobretudo no caso concreto, no qual a natureza da controvérsia entre as partes permite verificar que a ré não dispõe com exclusividade dos meios disponíveis e necessários à elucidação da matéria de fato.

Nesse sentido os julgados deste Egrégio Tribunal:

COMPRA E VENDA DE VEÍCULO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Veículo com mais de 10 anos de uso - A responsabilidade pelos vícios apontados não pode ser atribuída à ré, uma vez que decorrem do seu desgaste natural - Deveria a parte autora ter agido com maior cautela, efetuando a vistoria antes da conclusão do negócio - A inversão do ônus da prova não se dá de maneira automática, podendo ocorrer quando verossímeis as alegações do consumidor ou quando for ele hipossuficiente - Inexistências de verossimilhança nas alegações do autor - Ainda, no caso concreto, não se verifica hipossuficiência probatória da parte autora, certo que a existência ou não de vício do produto apto a ensejar o desfazimento do negócio jurídico deveria ser objeto de perícia judicial - Instado a especificar as provas que pretendia produzir, o autor quedou-se inerte - Não há, portanto, como afirmar a ocorrência de conduta dolosa ou culposa do réu - RECURSO IMPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. (Apelação 1034566-33.2015.8.26.0001, 32ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Luis Fernando Nishi, 05.04.2018)

BEM MÓVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. FUNDAMENTAÇÃO DA R. SENTENÇA. JULGADO QUE OBEDECE AOS ARTS. 93, INC. IX, DA CF E 489, §1.º, DO CPC. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 6.º DO CDC). INAPLICABILIDADE DE FORMA AUTOMÁTICA. NECESSIDADE DE VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO DO CONSUMIDOR. INCUMBE AO AUTOR O ÔNUS DE PROVAR OS FATOS CONSTITUTIVOS DE SEU DIREITO (ART. 373, INC. I, DO CPC). Encontra-se fundamentada a r. sentença que regularmente cita trechos do laudo pericial e das informações prestadas pelas testemunhas para corroborar suas razões de decidir. A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º do CDC não tem aplicação automática, ficando a observância do dispositivo condicionada à existência de verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência. O inc. VIII do art. 6º do CDC não retira a obrigação do autor em provar o fato constitutivo

Acesso ao Sumário

do seu direito. Autora que não se desincumbe de tal ônus, o que afasta o acolhimento da pretensão inicial. Recurso desprovido. (Apelação 0230583-63.2009.8.26.0100, Relator Desembargador Gilberto Leme, 19.02.2018)

Não se verifica a hipótese de hipossuficiência técnica da autora (que não se confunde com a econômica) quanto à produção de provas e tampouco a verossimilhança em suas alegações.

Como observa Cláudia Lima Marques, "*a partícula 'ou' bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso. Não há qualquer outra exigência no CDC, sendo assim facultado ao juiz inverter o ônus da prova inclusive quando esta prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e expert na relação, pois o espírito do CDC é justamente facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário, impondo provar o que é em verdade o 'risco profissional' ao - vulnerável e leigo - consumidor*".

A ré não se apresenta em condições mais favoráveis para a produção da prova envolvendo o ponto controvertido - apuração da existência de larvas no produto adquirido e, em caso positivo, se a contaminação ocorreu no processo de produção -, de modo que não era mesmo caso de se determinar a inversão do ônus da prova.

Ante o exposto, o voto é no sentido de se negar provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2054029-39.2018.8.26.0000, da Comarca de São Carlos, em que é agravante DOM EQUIPAMENTOS E SUPRIMENTOS S/A, é agravado EPSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13618)**

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

São Paulo, 8 de maio de 2018.

PEDRO KODAMA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Título extrajudicial. Embargos à execução. Desconsideração da personalidade jurídica rejeitada. Pedido de fixação de verba honorária de sucumbência. Mero incidente processual. Exegese do artigo 85 e seu parágrafo 1º do CPC/2015. Rol taxativo. A decisão de rejeição de incidente de desconsideração de personalidade jurídica não enseja o pagamento de honorários advocatícios, por ausência de previsão legal. Decisão mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão copiada a fls. 334/336 que, em incidente de desconsideração da personalidade jurídica instaurado pela agravada contra a agravante, rejeitado (fls. 302/304), indeferiu o pedido de condenação nas verbas de sucumbência, por ausência de previsão legal.

Sustenta a agravante que não se está diante de um clássico pedido de desconsideração da personalidade jurídica, onde a exequente busca atingir o patrimônio dos sócios da empresa executada, mas de caso onde a agravada buscou atingir patrimônio de outra empresa e, também, de seus Diretores, em razão de uma suposta sucessão empresarial. Defende a aplicação do princípio da causalidade eis que não se trata de rol taxativo das hipóteses de cabimento de condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios ao advogado do vencedor, mas de rol meramente exemplificativo, a exemplo do que se estabelece no parágrafo único do artigo 129 ao tratar da denunciação da lide. Requer a condenação da agravada ao pagamento da verba honorária de sucumbência, custas e despesas processuais. Não houve pedido de efeito ativo/suspensivo ao agravo de instrumento. Pugna pelo provimento do recurso (fls. 01/09).

O recurso foi recebido apenas em seu efeito devolutivo.

A exequente/agravada apresentou resposta pleiteando a manutenção da decisão (fls.343/346).

É o relatório.

Versa o feito de origem sobre execução proposta por Epson do Brasil Indústria e Comércio Ltda. contra NFA Comércio Importação e Exportação de Produtos de Informática Ltda.

A agravante pretende recebimento de honorários advocatícios em incidente de desconsideração da personalidade jurídica instaurado pela agravada contra a agravante, rejeitado.

Acesso ao Sumário

Depreende-se dos autos que a execução foi proposta contra NFA Comércio Importação e Exportação de Produtos de Informática Ltda., a qual foi citada em setembro de 2016 (fls. 38). O pedido de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica foi requerido pela exequente contra Guilherme Fontana, Karina Santos da Costa Fontana, Dom Equipamentos e Suprimentos S.A., Ana Paola Chaves Malaman, Gabriel Silva Loschiavo dos Santos, Wagner Teixeira dos Santos Junior e Luciana Venceslau Lacerda, uma vez que a empresa não estava mais em operação como NFA, mas por meio de outra empresa, a Dom Equipamentos e Suprimentos (fls. 39/43). A inclusão dos sócios da Dom Equipamentos e Suprimentos S.A. foi indeferida (fls. 91). A Dom apresentou resposta ao incidente (fls. 123/134).

O magistrado de primeiro grau rejeitou o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, considerando que embora o oficial de justiça tenha certificado que a executada não estava mais em operação, os outros elementos probatórios constantes nos autos indicam que a referida empresa está instalada em outro endereço e em plena atividade lucrativa (fls. 836, 839/843 dos autos da execução) (fls. 302/304).

Quanto ao pagamento dos honorários advocatícios, o parágrafo 1º do artigo 85 do Código de Processo Civil dispõe:

"*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."

Trata-se de rol taxativo, onde o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não foi incluído. Outrossim, referido incidente de desconsideração é resolvido por decisão interlocutória (art. 136, *caput*, do CPC/2015), portanto não incidem as hipóteses previstas para a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Nesse sentido, julgados deste E. Tribunal de Justiça:

"*Execução de título extrajudicial - Incidente de desconsideração da personalidade jurídica - Acolhimento do pleito de exclusão da representante legal indicada do polo passivo, com a condenação da credora no pagamento de honorários advocatícios - Descabimento - Ausência de previsão legal - Agravo provido.*" (Agravo de Instrumento nº 2226303-43.2017.8.26.0000, Relator GIL COELHO, 11ª Câmara de Direito Privado, j. 22/03/2018).

"*RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTO - AÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL CUMULADA COM DEVOLUÇÃO DE VALORES*

- FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - HONORÁRIOS DE SUCUMBENCIA. Insurgência contra a respeitável decisão que julgou improcedente o incidente e deixou de condenar a exequente (agravada) em honorários de sucumbência. Honorários advocatícios de sucumbência não são cabíveis em incidente de desconsideração da personalidade jurídica, por falta previsão no rol taxativo do artigo 85 do Código de Processo Civil e por se tratar de mero incidente, que não autoriza a fixação de honorários sucumbenciais (artigo 136 do Código de Processo Civil). Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. Decisão mantida. Recurso de agravo de instrumento não provido." (Agravo de Instrumento nº 2001995-87.2018.8.26.0000, Relator MARCONDES D'ANGELO, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 15/03/2018).

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - REJEIÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA - AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA DE SUCUMBÊNCIA - MERO INCIDENTE PROCESSUAL - EXEGESE DO ART. 85 E DE SEU § 1º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A decisão de rejeição de incidente de desconsideração de personalidade jurídica não enseja o pagamento de honorários advocatícios, por ausência de previsão legal. - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.*" (Agravo de Instrumento nº 2210091-44.2017.8.26.0000, Relator EDUARDO SIQUEIRA, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 07/02/2018).

"*Agravo de instrumento - Decisão interlocutória que rejeitou incidente de desconsideração de personalidade jurídica, mas sem a condenação do vencido ao pagamento de honorários de advogado - Descabimento da fixação de verba honorária em incidente processual - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - Recurso não provido.*" (Agravo de Instrumento nº 2196581-61.2017.8.26.0000, Relator CÉSAR PEIXOTO, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 19/12/2017).

"*AGRAVO DE INSTRUMENTO - INCIDENTE PROCESSUAL DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - Rejeição - Condenação da agravante ao pagamento de honorários advocatícios - Descabimento - Ausência de previsão legal - O art. 85, § 1º, do Código de Processo Civil, é taxativo, não incluindo entre as hipóteses de fixação de honorários o incidente de desconsideração da personalidade jurídica - Precedentes deste Tribunal - Recurso provido.*" (Agravo de Instrumento nº 2200879-96.2017.8.26.0000, Relator HUGO CREPALDI, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 07/12/2017).

"*INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE*

Acesso ao Sumário

JURÍDICA - Pretensão do exequente indeferida - Ausência de arbitramento de honorários advocatícios - Adequação - Inexistência de previsão legal - Inteligência do § 1º do art. 85 do novo CPC - Recurso não provido." (Agravo de Instrumento nº 2028374-02.2017.8.26.0000, Relator PAULO PASTORE FILHO, 17ª Câmara de Direito Privado, j. 20/07/2017).

Destarte, fica mantida a decisão agravada.

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2048272-64.2018.8.26.0000, da Comarca de Socorro, em que é agravante CELSO ZUPIROLI, é agravado BENEDITO ROCHA LEAL.

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.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.070)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente), CELSO PIMENTEL E BERENICE MARCONDES CESAR.

São Paulo, 11 de maio de 2018.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDATO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL E MORAL. Pleito de assistência judiciária deduzido por pessoa física. A contratação de advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça ao postulante. Dicção do § 4º do art. 99 do CPC/2015. Demonstração, *quantum satis*, da efetiva necessidade ao benefício. Deferimento que se impõe. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **CELSO ZUPIROLI** contra a r. decisão proferida nos autos da ação de indenização por danos material e moral que move contra **BENEDITO ROCHA LEAL**, que indeferiu o benefício da justiça gratuita ao agravante.

Sustentou, em síntese, que faz jus à gratuidade por não ter condições de arcar com as despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio e da sua família; que o fato de ter sido proprietário do imóvel desapropriado e ter contratado advogado, não significa que possua recursos suficientes, até porque não recebeu a indenização por inércia do agravado; que o documento de fl. 91 é desistência de benefício e não recebimento; na eventualidade, deve ser permitido o pagamento das custas ao final do processo.

Não houve pedido de efeito suspensivo.

O agravado, embora intimado, não apresentou contraminuta.

É o relatório.

O presente recurso preenche os requisitos de admissibilidade, eis que o tema se ajusta à hipótese prevista no inciso V do art. 1.015[1] do Código de Processo Civil/2015.

Insurge-se o agravante contra a r. decisão que indeferiu o benefício da justiça gratuita, aduzindo que preencheu os requisitos previstos para tanto.

Em havendo dúvida, necessário se estabelecer um critério lógico para o deferimento do pedido.

Dispõe o art. 98 do CPC/2015, *in verbis*: "*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*".

No caso em análise, observa-se que não se tem, ao menos por ora, elementos que comprovem que o agravante reúne condições financeiras para suportar as despesas do processo, inexistindo provas que afastem a presunção que milita em seu favor. Muito pelo contrário.

Conforme se verifica da declaração de imposto de renda do exercício de 2017, ano-calendário 2016 (fls. 74/80), o agravante é odontólogo e teve renda mensal inferior a R$2.000,00 (dois mil reais) naquele período, não existindo informação sobre outras fontes de renda.

Ademais, o documento de fl. 91 indica que o agravante desistiu do recebimento de aposentadoria por idade.

Ressalte-se que a contratação de advogado particular não impede a

1 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação.

Acesso ao Sumário

concessão de gratuidade da justiça ao postulante, conforme dispõe o § 4º[2] do art. 99 do Código de Processo Civil.

Assim, há presunção de que o agravante não tem condições de arcar com as despesas do processo, sem prejuízo do seu próprio sustento e da sua família, circunstância que autoriza a concessão do benefício, até eventual comprovação em contrário.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para deferir ao agravante o benefício da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2206830-71.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante IVANI FAVERO, são agravados TEXDESIGN INDÚSTRIA E DISTRIBUIDORA DE TECIDOS LTDA. - FALIDA, EDUARDO MARCELO STRUMPF, REGINA VICTORIA VAN ERVEN DE FIGUEIREDO STRUMPF e LEA DANEMANIS STRUMPF.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo por maioria absoluta. Proferirá voto divergente o 2º Desembargador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34915)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), L. G. COSTA WAGNER, NESTOR DUARTE e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 8 de maio de 2018.

SOARES LEVADA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Diligências realizadas para tentativa de penhora de patrimônio do devedor que restaram infrutíferas. Apesar de ainda não estarem esgotados todos os meios ainda previstos para constrição de bens, os credores pedem a realização de meios excepcionais de coerção sobre o devedor, tais como suspensão de CNH, passaporte e bloqueio de cartões de crédito/ débito do devedor. Indeferimento fundamentado

2 § 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

com base em direitos constitucionais (direito de ir e vir; de desproporcionalidade e desarrazoabilidade das medidas). Decisão de primeiro grau ratificada. Pretensão que, para casos ordinários, apenas evidencia espírito emulativo do credor e inconformismo com o mau negócio feito com o devedor. Agravo improvido.

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que indeferiu os pedidos de suspensão de CNH, de passaporte e de cartões de crédito e débito dos devedores como medidas excepcionais de coerção para forçar o cumprimento da obrigação pecuniária. Em suma, insistem a recorrente na admissibilidade de tais medidas. O recurso é tempestivo e o preparo está regular.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. Com a devida vênia da agravante, a r. decisão desafiada neste recurso, da lavra da MMª. Juíza de Direito Daniela Dejuste de Paula, é irreparável.

Compulsando-se os autos, vê-se que as tentativas de constrição de patrimônio do devedor por meio dos sistemas Bacenjud (recursos financeiros), Renajud (veículos automotores) e Infojud restaram infrutíferas.

Porém, ainda que a realização de todos os procedimentos voltados à penhora de bens tenham sido insatisfatórios, mesmo assim a pretensão da agravante não merece guarida.

A agravante não indicou nenhum comportamento ímprobo dos devedores. Não há indicação de que os agravados tenham se desfeito de seu patrimônio antes ou depois de iniciada a ação de despejo. Não há um único indício de que, na hipótese, os devedores tenham "blindado" seu patrimônio e dele estejam desfrutando mediante comportamento nababesco.

Note-se que a credora nem sequer sabe se os devedores tem CNH, passaporte e cartões de crédito, se soubesse já os teriam apontado ao juízo. O pedido formulado, portanto, é condicional ("Se meu devedor tiver CNH, não quero que ele dirija; se ele tiver passaporte, não quero que ele viaje para o exterior; se ele faz compras para sua subsistência com cartão de crédito, quero que ele fique à mingua"), buscando assim transferir para o Judiciário todo o dever de investigação que compete ao credor.

O que se evidencia com a medida pretendida é o espírito emulativo do credor que não se conforma em ter escolhido mal a quem alugar seu imóvel. Não teve o cuidado de exigir boas garantias ao negócio e depois não se resigna com a incapacidade de pagamento do seu devedor.

Acesso ao Sumário

A pretensão à retenção/suspensão de CNH e passaporte é mesmo violadora do direito de ir e vir do cidadão, como bem o disse a digna magistrada prolatora da decisão recorrida, e o deferimento dessa medida em situações ordinárias de cobrança, como é o presente caso, resvalaria em princípios constitucionais caros ao estado democrático de direito.

O deferimento do bloqueio de cartões de crédito/débito também seria medida desproporcional e desarrazoada. Violaria a expressa disposição do art. 8° do CPC, mas também, a Constituição Federal que tem os princípios da proporcionalidade e razoabilidade implicitamente acolhidos no seu texto.

Portanto, a r. decisão monocrática ora recorrida fica mantida pelo seus próprios fundamentos e os que ora lhe são acrescidos.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 4.132)

Após análise dos autos, com a devida vênia do eminente relator, ouso divergir de seu entendimento vez que, a meu sentir, a leitura do artigo 139, IV do Código de Processo Civil, que trata dos poderes do juiz, permite a adoção das medidas colocadas em discussão no presente caso, como, por exemplo, a retenção do passaporte, a proibição de dirigir (utilização da CNH) e a utilização de cartão de crédito.

E assim penso vez que entendo que o dispositivo legal em comento deve receber interpretação de maneira conjunta com outros princípios norteadores do Processo Civil, como, por exemplo, o da Eficiência, máxime insculpido no artigo 8º do Diploma legal em comento.

O caso em tela trata de agravo de instrumento tirado contra decisão que indeferiu o pedido de adoção de medidas coercitivas e mandamentais requeridas pelo agravante consistentes em a retenção do passaporte, a proibição de dirigir (utilização da CNH) e a utilização de cartão de crédito, pleiteadas em razão do insucesso no recebimento de crédito há mais de 10 (dez) anos perseguido.

Acesso ao Sumário

Tenho para mim que a recurso deve ser provido em nome de louvável esforço de harmonização da proteção de garantia de condições mínimas de subsistências para o devedor com o direito do credor de ver satisfeito seu crédito.

Registre-se que, no caso em tela, o devedor ainda que devidamente intimado para apresentar bens, insiste em permanecer inerte, não possibilitando que o Juízo possa direcionar a execução para rumo que lhe seja menos oneroso.

É cômoda a posição do devedor. Não paga. Não apresenta bens e quando retirado ameaçado de ser retirado de sua zona de conforto, mediante a

aplicação das medidas constritivas ora em discussão, esperneia protegendo-se na legislação.

É importante que seja recordado ao devedor contumaz que a legislação garante no artigo 797 que a execução realiza-se no interesse do credor, de forma que o magistrado, quando esgotadas as outras alternativas para viabilizar o cumprimento da obrigação pelo devedor, terá a sua disposição, consoante lhe faculta o artigo 139, IV do CPC, a possibilidade de se servir de "medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária".

Como muito bem observado pelo Prof. Luiz Rodrigues Wambier, "contribui sensivelmente para o descrédito do processo de execução e, portanto, para o incremento de sua crise, o saudável (e imprescindível, para o Estado de Direito) crescimento de mecanismos de defesa dos direitos fundamentais. Talvez de modo desequilibrado, muito provavelmente em razão da grande novidade que ainda representa entre nós (vitimados por sucessivas quebras de estabilidade institucional, ao longo do século XX), a defesa dos direitos fundamentais trouxe 'efeitos colaterais', como, por exemplo, o da intangibilidade cada vez mais acentuada (e, a nosso ver, exagerada) do patrimônio do devedor".

De fato, é preciso que se atinja um ponto de real equilíbrio entre a satisfação do crédito e a garantia dos direitos fundamentais do devedor. Se é verdade que os direitos fundamentais são prestigiados em nossa legislação, não é menos verdade que também a lei pretendeu garantir aos jurisdicionados a eficiência das decisões judiciais condenatórias, de forma a tornar efetivo o cumprimento de sentença.

Nesse sentido, nunca é demais lembrar a promessa contida no artigo 8º do CPC/15 no sentido de que "ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência".

Não é sem razão que o Novo CPC brada, logo em seu artigo 1º, que "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Dito em outras palavras, o fenômeno da "Constitucionalização do Processo" exige que se faça a interpretação sistêmica do CPC a partir dos princípios constitucionais que balizam o processo civil moderno.

Para situações extremas, como visualizamos nesse caso, em que, repita-se, se está há mais de 10 (dez) anos buscando o recebimento de um crédito, tempo por demais suficiente para que o devedor organizasse um plano de pagamento,

Acesso ao Sumário

mostrando, com isso, sua boa vontade em honrar aquilo que é devido, a inércia do executado autoriza que o juiz se sirva de medias outras como a retenção do passaporte, a proibição de dirigir (utilização da CNH) e a utilização de cartão de crédito para compelir o cumprimento da obrigação, sob pena de descrédito do Poder Judiciário.

Pelo exposto, peço vênia ao eminente relator para dar provimento ao recurso nos termos do voto.

L. G. COSTA WAGNER, 2º Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2161365-39.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ALICE LAZARA NAHIME, é agravado CORTEZ E FILHOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.574)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente) e LUIZ EURICO.

São Paulo, 21 de maio de 2018.

EROS PICELI, Relator

Ementa: Ação execução de título extrajudicial - contrato de locação - penhora em conta poupança - impenhorabilidade até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos reconhecida por lei - artigo 833 inciso X do CPC 2015 - liberação determinada - agravo de instrumento provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Agravo de instrumento contra decisão que, em ação de execução de título extrajudicial decorrente de contrato de locação, acolheu parcialmente a impugnação da agravante somente para liberar as quantias relativas ao benefício previdenciário, mantendo-se os demais valores depositados em conta.

Argumenta com a impenhorabilidade dos valores depositados em conta

poupança, conforme o disposto no artigo 833 inciso X do CPC 2015.

Recurso processado com efeito suspensivo e respondido.

É o relatório.

A decisão agravada manteve o bloqueio de valores depositados em conta poupança por entender que a norma do artigo 833 inciso X "é de manifesta inconstitucionalidade".

No entanto, conforme fundamentado na decisão proferida a fls. 45/46 deste recurso: "A afirmação de inconstitucionalidade do art. 833 inciso X do CPC 2015 não é razoável, com todo o respeito. A opção legislativa foi a de carregar de impenhorabilidade a conta poupança até 40 salários mínimos. Não compete ao juiz dizer se a norma está certa ou errada."

Do exposto, dá-se provimento ao recurso para determinar a liberação dos valores depositados na conta poupança referida na decisão agravada, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2052693-97.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LAZIO ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., Interessados JOSÉ CARLOS GARIANI, VONANE MARCELO RODRIGUES PEDRO e NOVO PLANO ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA., são agravados MORETTO E GARIANI COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE CASAS DE MADEIRA LTDA., JOSÉ LEONIO CORREIA PEDRO e JURACI MARA MORETTO PEDRO.

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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.935)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARANTES THEODORO (Presidente), PEDRO BACCARAT e WALTER CESAR EXNER.

São Paulo, 22 de maio de 2018.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Execução. Pesquisa junto à Receita Federal com o fim de obter informes sobre bens. (Declarações de Operações Imobiliárias) Cabimento ante o resultado negativo de inúmeras diligências

Acesso ao Sumário

anteriormente empreendidas. Informações que, ademais, que dependiam de intervenção judicial. Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado de despacho que, em autos de ação de despejo por falta de pagamento com pedido cumulado de cobrança ora em fase de cumprimento de sentença, indeferiu pedido da credora de pesquisa de bens da devedora pelo sistema INFOJUD.

A recorrente insiste naquela medida ao argumento de que foram infrutíferas as diligências que empreendeu na tentativa de localizar bens passíveis de penhora, sendo que a pesquisa por meio daquele sistema não pode ser obtida sem a intervenção do Judiciário.

Recurso processado sob o efeito suspensivo e não respondido.

É o relatório.

O cumprimento de sentença se iniciou em junho de 2007 e desde então foram inúmeras as tentativas de localizar bens da devedora (fls. 40/81).

À vista deste quadro a credora requereu pesquisa por meio do Sistema INFOJUD acerca de Declarações de Operações Imobiliárias, pleito que foi indeferido sob o argumento de que as informações poderiam ser obtidas pela própria litigante junto à Delegacia da Receita Federal (aqui fls. 86).

No entanto, respeitada a convicção da douta Juíza, motivo a Corte não tem para abonar aquela decisão.

O fato de ser ônus da credora diligenciar na busca de bens passíveis de penhora não lhe eliminava o direito de contar com o concurso do juízo no tocante às diligências que dependiam de requisição judicial, como no caso da obtenção de informações junto à Receita Federal.

Como sabido, o banco de dados da Receita Federal não é acessível ao público e, assim, só mesmo mediante concurso judicial podem ser dela obtidas as informações reclamadas pelo litigante.

Essa intervenção está autorizada na lei, seja porque "*ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade*" (artigo 378 do CPC), seja porque "*Incumbe ao terceiro*", dentre outras medidas, "*informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento*" (artigo 380 inciso I).

Aliás, em caso semelhante assim tem decidido essa Corte de Justiça:

"*Agravo de instrumento - Execução de título extrajudicial - Pretensão do credor de expedição ofícios para fins de obter informações junto aos sistemas INFOJUD-DOI e BACENJUD-CCS - Indeferimento - A consulta ao Cadastro de*

Acesso ao Sumário

Clientes do Sistema Financeiro Nacional-CCS objetiva facilitar a investigação de ilícitos penais e tem sua utilização restrita a um fim específico - Descabido, assim, seu emprego na espécie, uma vez que não indica a existência de saldos de contas ou aplicações financeiras em nome do devedor. Requisição de ofício à Delegacia da Receita Federal acerca das Declarações sobre Operações Imobiliárias - DOI - Possibilidade - Necessidade de intervenção do Poder Judiciário para a obtenção de informações sigilosas - Recurso parcialmente provido." (Agravo de Instrumento nº 2206814-20.2017.8.26.0000, 37ª Câmara de Direito Privado. Relator Sérgio Gomes, j. 22.11.2017).

Caso era, em suma, de se autorizar a pesquisa requerida pela exequente.

Para tal fim dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2018286-65.2018.8.26.0000, da Comarca de Jacupiranga, em que é agravante CAPEMISA SEGURADORA DE VIDA E PREVIDÊNCIA S/A, é agravada IGNACIA LIMA MOREIRA DE LIMA.

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo, com reconhecimento de prática de litigância de má-fé. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.477)**

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

São Paulo, 6 de junho de 2018.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Previdência privada - Ação declaratória, com pleito condenatório - Cumprimento de sentença - Decisão que entendeu pela possibilidade de requerimento de aposentadoria proporcional, eis que se trata de opção dada à autora, a qual já se manifestou reiteradamente nesse sentido - Manutenção - Questão já analisada e mantida por esta Colenda Câmara -Esclarecimentos, ademais, realizados em sede de embargos de declaração - Propósito manifestamente protelatório - Reconhecimento - Imposição de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, nos termos

Acesso ao Sumário

dos arts. 80, I, IV e VII e 81, do NCPC - Cabimento. Agravo desprovido, com reconhecimento de prática de litigância de má-fé.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de agravo de instrumento interposto em razão da r. decisão copiada às fls. 497/498, proferida nos autos da ação declaratória com pedido condenatório, fundada em plano de previdência privada, em fase de cumprimento de sentença, ajuizada por Ignácia Lima Moreira de Lima em face de "Capemisa Seguradora de Vida e Previdência S/A", que entendeu pela possibilidade de requerimento de aposentadoria proporcional, eis que se trata de opção outorgada à autora, a qual já se manifestou reiteradamente nesse sentido.

Aduz a seguradora executada, em síntese, que a pretensão da autora, para implantação do benefício proporcional, foi rejeitada por sentença e mantida pelo V. Acórdão, ao que de rigor a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão recorrida.

Recebido o recurso, no efeito suspensivo.

A agravada apresentou contraminuta - fls. 541/545.

É o relatório.

O recurso não comporta acolhimento.

Sem necessidade de maiores elucidações, verifica-se que a questão restou suficientemente resolvida por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, cujo V. Acórdão foi proferido nos seguintes termos:

"***... Passo, agora, à análise dos embargos de declaração opostos pela autora, que adianto, comportam acolhimento tão somente para melhor esclarecer os efeitos e implicações jurídicas do resultado do julgado.***

Esta Colenda Câmara decidiu por bem confirmar a r. sentença prolatada e, por consequência, determinar a manutenção do plano originalmente entabulado entre as partes, sob condição de a autora quitar as parcelas que deixaram de ser pagas a partir da concessão da liminar, corrigidas e sem qualquer tipo de penalização, prosseguindo-se no plano até que atinja aos 25 anos de contribuição e faça jus ao recebimento da suplementação integral da aposentadoria, prejudicados os pedidos subsidiários.

Entretanto, informa a autora que não há interesse na continuidade do pacto, haja vista contar com avançada idade, dando-se por satisfeita com a concessão proporcional do benefício, direito que não lhe restou suficientemente conferido, por omissão.

A questão é demasiadamente simples e não demanda maiores elucidações.

Acesso ao Sumário

Segundo estabelece o art. 8º, do regulamento de assistência aos sócios e beneficiários da requerida (fls. 13), as pensões são pagas mensalmente aos beneficiários após 25 anos de contribuição consecutiva e ininterrupta, para o valor integral, ou mais de 10 anos para o valor fracionário previsto na respectiva tabela (pensão de aposentadoria).

No mesmo sentido é o art. 32, do aludido regulamento, que assim estabelece:

'CAPÍTULO III

DA PENSÃO DE APOSENTADORIA

Art. 32 - O sócio, após 10 anos de contribuição consecutiva e ininterrupta, poderá optar pelo recebimento de pensão de aposentadoria, cujo valor será relacionado ao do pecúlio ou da pensão de montepio, segundo a tabela de benefícios, aprovada pelo Conselho Técnico e Homologada pelo Conselho Diretor.

§1º - A pensão de aposentadoria será vitalícia, quando o sócio optar pela mesma e contar 65 anos ou mais de idade. Nos demais casos, vigorará até 20 anos.' (grifou-se)

Postulou a autora, em sua exordial, pela declaração do vínculo contratual estabelecido entre as partes de forma ininterrupta e permanente, com reconhecimento de período de contribuição apto a viabilizar seu pedido de concessão de suplementação de aposentadoria.

A r. sentença prolatada julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida para declarar vigente o contrato original firmado entre as partes, de forma ininterrupta, condicionada tal manutenção ao pagamento das parcelas faltantes, desde a data da concessão da liminar que suspendeu os descontos.

A decisão monocrática restou mantida por esta Colenda Câmara.

Considerando que ficou reconhecido o direito da autora em manter vigentes as cláusulas e demais disposições estabelecidas no pacto inicialmente firmado entre as partes, por consequência, não há óbice quanto ao pleito de recebimento do benefício de suplementação de aposentadoria com valor proporcional ao período de contribuição.

Em outras palavras, o recebimento da pensão proporcional de aposentadoria é mera decorrência lógica do direito de manutenção da vigência dos termos do pacto originalmente celebrado e deve ser observado, haja vista que ocorreu contribuição superior ao período contratual exigido, de 10 anos. (grifo não original)

Todavia, caso haja interesse na continuidade do pacto e no recebimento da suplementação integral da aposentadoria, como já dito, deverá a autora quitar as parcelas que deixaram de ser pagas a partir da concessão da liminar, corrigidas e sem qualquer tipo de penalização, prosseguindo-se no plano

Acesso ao Sumário

até que atinja aos 25 anos de contribuição, condição bem lançada pelo d. Magistrado da causa quando da prolação da sentença guerreada.

Registro, por oportuno, que a questão somente não restou suficientemente esclarecida em sentença em razão da falta de objetividade do pedido da autora. Ou seja, o pedido formulado em inicial não deixou claro se a autora pretendida a concessão do benefício de forma proporcional ou integral.

Entretanto, uma vez que se postulou pelo reconhecimento de período de contribuição apto a viabilizar seu pedido de concessão de suplementação de aposentadoria, não há como negar que a autora faz jus ao recebimento proporcional de aposentadoria, ou integral, caso opte em continuar realizando o recolhimento correspondente. (grifo não original)

Ante o exposto, rejeito os embargos opostos pela requerida e acolho os embargos de declaração opostos pela requerente, para os fins acima."

Considerando que a questão restou satisfatória e definitivamente decidida e, portanto, ante ao nítido propósito protelatório do presente recurso, em que se deduz pretensão contra idêntica matéria, de maneira a constituir resistência injustificada ao andamento do processo, fica reconhecida a prática de litigância de má-fé, com a consequente imposição de multa à agravante, no valor de 1% sobre o valor da causa, devidamente atualizado, nos termos dos arts. 80, incisos I, IV e VII, e 81, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2088515-50.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de Botucatu, em que é agravante BV FINANCEIRA S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, é agravada CELIA PEREIRA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso e fixaram verba honorária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33713)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores THIAGO

DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), TAVARES DE ALMEIDA e MELO COLOMBI.

São Paulo, 23 de maio de 2018.

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO - RETRATAÇÃO DENEGADA - PROCESSO JULGADO EXTINTO NA FASE DE EXECUÇÃO - CABIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO - ERRO CRASSO - RECURSO NÃO PROVIDO, FIXADA VERBA HONORÁRIA.

VOTO

Cuida-se de agravo interno tirado contra a r. decisão monocrática de fls. 50/53, aguarda provimento (fls. 01/04).

Recurso tempestivo, comporta conhecimento.

Denego retratação, porquanto extinto o feito da etapa de execução, o recurso previsto pelo legislador é de apelação.

É O RELATÓRIO.

Desprovejo o recurso, fixada verba honorária.

Eis a decisão atacada:

"*VISTOS.*

1- Cuida-se de agravo tirado contra r. decisão consubstanciada na sentença que julgou extinta a execução, rejeitando a impugnação, arbitrando verba honorária de R$ 400,00 (fls. 21 dos autos originais). Não se conforma a instituição financeira, proclama compensação autorizada pela decisão colegiada, aguarda efeito suspensivo para fins de acolhimento da impugnação, bate-se pelo provimento (fls. 01/04).

2- Recurso tempestivo, encontra-se preparado (fls. 24/25).

3- Peças essenciais acostadas (fls. 05/48).

4- DECIDO.

O recurso não comporta conhecimento.

A decisão hostilizada se traduz em sentença prolatada que extinguiu a execução, não podendo a impugnante-agravante interpor, mediante erro crasso, recurso inadmissível. Com razão, no caso telado, evidentemente o legislador previu a apelação para diagnosticar a devolução da matéria para o Órgão Colegiado. Aqui não cabe aplicar o princípio da fungibilidade, em razão do processamento do apelo e do valor conferido a título de preparo.

A instituição financeira deve assumir o risco de sua incúria ao interpor agravo contra sentença que julgou extinta execução em regular liquidação

do julgado. Sem sombra de dúvida, a decisão de fls. 46 do instrumento tem natureza sentencial, até porque aplicou o artigo 924, inciso II, do vigente Código de Processo Civil, para a extinção do processo.

Em síntese, não é hipótese de acolhimento do recurso, ficando prejudicado o prequestionamento.

Isto posto, monocraticamente, NÃO CONHEÇO e nego seguimento ao recurso, nos termos do artigo 932 do CPC e da Súmula 568 do STJ.

Comunique-se imediatamente o inteiro teor desta decisão ao Douto Juízo, por via eletrônica.

Certificado o trânsito, tornem os autos à origem.

Int."

Nenhuma razão assiste à casa bancária quando tenta, por analogia, evidenciar o cabimento do agravo de instrumento.

No caso específico, a impugnação fora rejeitada e julgado extinto o processo, consoante se depreende de fls. 46. Nessa toada, com a extinção da execução, à luz do artigo 924, inciso II do Código de Processo Civil, admitir-se-ia, feito o preparo, recurso de apelação. Inviável, portanto, emprestar fungibilidade quando sucede crasso erro a não permitir qualquer alteração do resultado do não conhecimento.

Cabível ainda a fixação de verba honorária recursal, em função da insistência desabrida da instituição financeira e do caráter profilático para sua conscientização. Fica advertida que, na hipótese de novos recursos infundados ou manifestamente incabíveis, poderá sofrer outras sanções.

Isto posto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, fixando verba honorária recursal à soma de R$ 300,00, corrigida desta data, juros de mora de 1% a.m. do trânsito em julgado.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 1003945-40.2016.8.26.0576/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante FÁBIO PEREIRA LINHARES DE CASTRO (JUSTIÇA GRATUITA), são agravados JALEMI RIO PRETO SHOPPING CENTER LTDA. e MSA EMPRESA CINEMATOGRAFICA LTDA.

ACORDAM, em 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36260)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente) e PEDRO KODAMA.

São Paulo, 22 de maio de 2018.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

Ementa: DANO MORAL - Inocorrência - Vedação de ingresso em sala de cinema com alimento não comercializado internamente - Caso em que nada impede que haja algum grau de restrição quanto ao tipo de alimento permitido - Inaplicabilidade do disposto no inciso I do art. 39 do CDC - Jurisprudência do STJ - Decisão que negou provimento à apelação mantida - Agravo regimental improvido.

VOTO

Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a apelação tirada de r. sentença que julgou improcedente ação dita "de indenização por danos morais..." referente à vedação de ingresso em sala de cinema com alimento não comercializado internamente.

Sustenta a agravante que são devidos danos morais, pois não era dado às agravadas impedir o ingresso na sala de cinema com alimento adquirido alhures ante a vedação da "venda casada", sustenta que foi tratado com agressividade pelos prepostos das agravadas.

É o relatório.

O inconformismo não vinga.

Com efeito, não há falar em dano moral, ante a ausência daquela lesão a direito de personalidade que deve restar caracterizada no caso concreto.

É fundamento da decisão agravada que nada impede que haja algum grau de restrição quanto ao tipo de alimento permitido dentro da sala de cinema, sendo inaplicável o disposto no inciso I do art. 39 do CDC em relação à vedação da "venda casada", estando em conformidade com jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça.

Ressalte-se, por fim, que os vídeos apresentados nos autos não evidenciam nenhum excesso por parte dos prepostos das agravadas que possa caracterizar agressão física.

Acesso ao Sumário

Mantem-se, pois, a decisão regimentalmente agravada, aqui integrada e adotada pela C. Turma Julgadora, uma vez se tendo reportado ao disposto no art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal, do seguinte teor:

"**Apelação interposta contra r. sentença - proferida pelo MM. Juiz de Direito Dr. Paulo Marcos Vieira - que julgou improcedente ação dita 'de indenização por danos morais...' referente à vedação de ingresso em sala de cinema com alimento não comercializado internamente.**

Insiste o apelante em que a conduta das apeladas é abusiva, representando 'venda casada', o que é vedado pelo ordenamento na linha da jurisprudência que indica, razão pela qual deve ser indenizado; sustenta, ainda, que sofreu agressão de funcionários das apeladas, os quais foram 'truculentos', 'inclusive tentando tirar de suas mãos o celular em que ele filmava toda a ação'.

As apeladas, em resposta, batem-se pela manutenção da r. decisão.

Recurso, no mais, bem processado.

É o relatório.

O inconformismo pode e deve ser analisado e resolvido desde logo.

Não vinga, todavia.

Anote-se, de pronto, que realmente não se pode considerar a conduta das apeladas como ilícitas.

Com efeito, de acordo com os precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça trazidos pelo próprio apelante, 'a prática abusiva revela-se patente se a empresa cinematográfica permite a entrada de produtos adquiridos na suas dependências e interdita o adquirido alhures, engendrando por via oblíqua a cognominada 'venda casada', interdição inextensível ao estabelecimento cuja venda de produtos alimentícios constituiu a essência da sua atividade comercial como, *verbi gratia*, os bares e restaurantes" (REsp 744.602/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2007, DJ 15/03/2007, p. 264, REPDJ 22/03/2007, p. 286), isto é, impede-se que o consumidor escolha entre diversos estabelecimentos produtos semelhantes.

No mesmo sentido é outro julgado mais recente dessa C. Corte, segundo o qual 'A venda casada ocorre em virtude do condicionamento a uma única escolha, a apenas uma alternativa, já que não é conferido ao consumidor usufruir de outro produto senão aquele alienado pelo fornecedor' (REsp 1331948/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 05/09/2016).

Não pode o estabelecimento, portanto, vedar o ingresso do consumidor que porta alimentos que são comercializados internamente, isto é, impedir

Acesso ao Sumário

o consumidor de livremente escolher produtos cujo consumo é permitido no interior do estabelecimento.

Nada impede, todavia, que haja algum grau de restrição quanto ao tipo do alimento, tendo em vista a preservação do conforto e higiene do próprio estabelecimento, que, lembre-se, destina-se à exibição cinematográfica e não à prática de refeições.

Como bem observou o MM. Juízo de Primeiro Grau, no caso, o apelante foi impedido de entrar na sala de cinema com um 'milk shake', produto cuja comercialização não é feita pela co-apelada MSA EMPRESA CINEMATOGRAFICA LTDA.

Mais ainda, não comprovou o apelante que ela comercializasse outros similares, com o que se tem por razoável a justificativa apresentada de que a vedação se funda na manutenção adequada da higiene e limpeza das salas.

No que toca à alegação de agressão por funcionários das apeladas, a verdade é que, como anotou o culto Magistrado, os vídeos trazidos pelo apelante não indicam 'qualquer excesso nas atitudes dos seguranças que pudessem caracterizar agressão física, uso de força ou ameaça' (fls. 175), anotado que, proibido seu ingresso pelas apeladas, cabia ao apelante buscar a via adequada para pleitear seus direitos e não simplesmente forçar sua entrada.

Feitas essas considerações, mantem-se, no mais, a r. sentença tanto pelos seus próprios fundamentos (art. 252 do Regimento Interno deste C. Tribunal de Justiça: 'nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la') como, ainda, pelos aqui adicionados.

Diante do exposto, e com base no art. 932 do Cód. de Proc. Civil, desde logo SE NEGA PROVIMENTO a esta APELAÇÃO, que é manifestamente improcedente".

Em face do exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002655-49.2017.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante F.C.S.S. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado D.A.S.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, vencido o 2º Juiz, que declara. M.V.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.504)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente), PERCIVAL NOGUEIRA, EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE e JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA.

São Paulo, 16 de abril de 2018.

VITO GUGLIELMI, Relator

Ementa: DIVÓRCIO. PEDIDO DE DESISTÊNCIA FORMULADO APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE DE HOMOLOGAÇÃO. REQUERIMENTO DE DESISTÊNCIA DA AÇÃO FORMULADO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA. INTELIGÊNCIA DO §5º DO ART. 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RENÚNCIA À PRETENSÃO DA AÇÃO. INADMISSIBILIDADE. DIREITO AO DIVÓRCIO CONSUBSTANCIADO EM DIREITO POTESTATIVO, PESSOAL E IRRENUNCIÁVEL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. VOTO VENCIDO.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação de divórcio cumulada com pedido de afastamento do lar, guarda e alimentos, proposta por F.C.S.S. em face de D.A.S.

Com fulcro no artigo 487, I do Código de Processo Civil, em 05 de dezembro de 2017 resolveu o juízo *a quo* o mérito da lide vertente, decretando o divórcio do casal, o retorno do nome de solteira da autora, divisão de bens e, bem, alimentos aos filhos (fls. 99/102).

Em 27 de janeiro de 2018, juntou-se aos autos pedido de desistência da ação, afirmando que embora a dissolução da sociedade conjugal de fato tenha sido formalmente sentenciada, não houve o trânsito em julgado, assim como não sobreveio averbação em cartório; requerendo-se, assim, a desistência da ação nos termos do art. 200, parágrafo único do CPC.

Ato contínuo, apela a autora requerendo seja homologada a desistência

Acesso ao Sumário

da ação sem resolução meritória, nos termos do art. 485, VIII do CPC ou, subsidiariamente, o reconhecimento da renúncia à pretensão da ação, por efeito do art. 487, III do CPC. Para a hipótese de remissão do recurso ao tribunal competente, esclarece ser "*altamente recomendável a reforma do julgado, homologando a desistência da ação, mesmo após a sentença de decretação do divórcio, desde que o pedido seja formulado de forma consensual antes do trânsito em julgado da decisão e esteja fulcrado em fato superveniente - neste caso, a reconciliação dos interessados*". Assevera que o pedido de desistência foi formulado em petição conjunta, inexistindo prejuízos a terceiros, pois como a sentença não transitou em julgado, não houve averbação. Ademais, aduz que manter uma sentença apenas por questões processuais foge ao escopo teleológico do Processo Civil, dado que disso adviriam novos conflitos. Assim, pugna pela reforma do julgado, para que seja acolhido e homologado o pedido de desistência da ação, feita pela autora com a devida anuência do requerido e; subsidiariamente, na hipótese de não provimento, consigna a renúncia da ação, nos termos supramencionados (fls. 113/117).

Diante da sentença de fls. 99/102 anteriormente proferida, com a qual se findou sua competência, deixou o juízo *a quo* de conhecer os pedidos (fls. 118), remetendo os autos a este E. Tribunal (fl. 127).

Manifestação do Ministério Público às fls. 125/126, opinando pela extinção do feito sem resolução do mérito, mediante acolhimento da pretensão recursal.

Processado o apelo (fl. 127), não houve contrariedade.

A Douta Procuradoria de Justiça (fls. 137/139), opina pelo provimento do recurso.

É o relatório.

2. Pois bem. Respeitado o entendimento em sentido diverso, tenho que o recurso não comporta provimento.

Quanto ao pedido principal, qual seja a homologação da desistência da ação sem resolução de mérito, entendo ser de incabível acolhimento, porquanto a lei é absolutamente clara ao estabelecer que "***a desistência da ação pode ser apresentada até a sentença***" (§5º do art. 485 do Código de Processo Civil).

Nesse sentido, é assente na doutrina que:

> "***O mesmo princípio que veda a mutatio libeli após o saneamento impede, também, que haja desistência da ação após a decisão definitiva do juiz [...] em hipótese alguma lhes é lícito desprezar a sentença, como se nada tivesse acontecido, de sorte a permitir, após a desistência da ação que potencialmente outra ação seja reproposta***" (Luiz Fux, Curso de Direito Processual Civil, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, pg. 438).

Acesso ao Sumário

Aliás, conforme entendimento do STJ, "*a desistência da ação é faculdade processual conferida à parte que abdica, momentaneamente, do monopólio da jurisdição, exonerando o Judiciário de pronunciar-se sobre o mérito da causa, por isso que não pode se dar após a sentença de mérito*" (REsp 1115161/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 22/03/2010).

É justamente por isso que se consolidou o entendimento no sentido de ser "*inaceitável que, após a movimentação da máquina judiciária e a obtenção de decisão, permita-se a parte desistir da ação, uma vez que assim, se permitiria o ajuizamento futuro de lide idêntica, ante a ausência de coisa julgada material no ponto*". (AREsp 007.774, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe 06/10/2011).

Por outro lado, e já tangenciando o mérito do pedido subsidiário, preleciona Humberto Theodoro Jr. que:

> "***O limite temporal do direito de desistir da ação é a sentença, de sorte que não é cabível desistência da causa em grau de apelação ou outro recurso posterior [...] Depois da sentença de mérito, o que poderá haver é a renuncia ao direito material sobre que se funda a ação (art. 269, V), que não depende de anuência do réu, mas que, uma vez homologada provoca solução de mérito contrário ao pedido do autor, equivalente a sua improcedência, com eficácia de coisa julgada material***". (*in* "Curso de Direito Processual Civil", Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 347).

Como se percebe, ainda que a desistência e a renúncia apresentem certa semelhança, no sentido técnico-jurídico processual os termos são deveras distintos, pois:

> "***A renúncia ao direito é o ato unilateral com que o autor dispõe do direito subjetivo material que afirmara ter, importando a extinção da própria relação de direito material que dava causa à execução forçada, consubstanciando instituto bem mais amplo que a desistência da ação, que opera tão-somente a extinção do processo sem resolução do mérito, permanecendo íntegro o direito material, que poderá ser objeto de nova ação a posteriori***". (Luiz Fux, "Curso de Direito Processual Civil" Forense 4ª ed./2008 pág. 438).

Assim, certo é que à renúncia da pretensão formulada na ação não se aplicam as mesmas disposições a que se sujeita a desistência, prescindindo da anuência do réu e podendo mesmo ser formulada após a prolação da sentença. Contudo, não se pode perder de vista que a renúncia atinge a própria pretensão e o próprio direito material que lhe serve de base. Dito de outro modo, a parte que renuncia à pretensão, em termos práticos, renuncia ao próprio direito material de que era titular.

Nada obstante, tem-se que o direito ao divórcio, sem consentimento de um

dos cônjuges, ou mesmo por mútuo consentimento, é um **direito potestativo, pessoal e irrenunciável**. Explica-se:

> "***Irrenunciável porque a lei quer que o cônjuge a quem pertença esse direito tenha, sempre, a faculdade de decidir, com inteira liberdade e em face das circunstâncias atuais, sobre a oportunidade do divórcio [...] Note- se que a lei não se contradiz quando, por um lado, proíbe renunciar ao divórcio e, por outro, admite expressamente nas ações de divórcio a possibilidade de desistência do pedido [...] São coisas diferentes, a renúncia e a desistência. Na primeira o sujeito renuncia a um direito existente, a um direito que tem; ao passo que na segunda o sujeito reconhece a improcedência da ação e, portanto, a inexistência do direito que fez valer, reconhece que não tinha esse direito***". (Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, volume I, 5ª edição, Coimbra Editora, 2016 pág. 693).

De rigor, portanto, o não provimento do recurso, porquanto vedada a homologação de requerimento de desistência formulado após a prolação da sentença (art. 485, §5º do Código de Processo Civil) e, bem, porque o direito ao divórcio se consubstancia em direito protestativo e irrenunciável por parte de seu titular.

3. Nestes termos, por maioria de votos, nega-se provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 30.050)

Ouso divergir do d. Relator, por entender que antes de se apreciar o mérito, o feito deve ser convertido em diligência (ressalvada a convicção do i. prolator da sentença e do i. Relator).

Esclareço que a princípio, depois da análise dos autos, tendia pelo puro e simples provimento do apelo, nos termos dos pareceres ministeriais tanto em primeiro quanto em segundo grau, por entender que não se pode obrigar a se divorciar quem quer se manter casado, mormente se a sentença que decretou o divórcio não transitou em julgado e, por isso, não houve ainda averbação no registro civil (inexistindo, assim, prejuízo aparente para terceiros).

Mas, numa segunda leitura mais detalhada do feito, vislumbrei circunstância altamente relevante que me convenceu da necessidade da supra aludida conversão.

É que apenas alguns poucos meses depois da última manifestação da requerente virago (dia 11.10.17), insistindo no decreto de divórcio (cf. fls. 72/74), e da prolação da sentença, atendendo tal requerimento (dia 5.12.17),

Acesso ao Sumário

a autora se arrependeu e desistiu da ação (fls. 108/111), depois de **outorgar procuração ao mesmo advogado do réu**, seu marido (no dia 15.01.18 - vide fls. 112).

Causa certa estranheza que a dita desistência não tenha sido feita em petição conjunta por sua advogada (pelo convênio Defensoria Pública/OAB - fls.09) e pelo advogado do réu, mas sim por petição só dela, assinada pelo novo advogado (que também representa o réu), a quem ela outorgou procuração, sem nem ao menos revogar a anterior representação (cf. fls. 112).

Considerando os graves episódios de violência verbal e até física (inclusive na presença da filha menor de 11anos) imputados ao varão na inicial, que fundamentaram o pedido cautelar de afastamento imediato do varão do lar conjugal e a respectiva decisão concessiva do juiz de piso, sem nem ao menos precisar fazer audiência de justificação (fls. 48), é de se ter a **cautela de ouvir antes a mulher**, ***em primeiro grau***, para se ***avaliar se a outorga da procuração e a interposição do pedido de desistência e do apelo, com a consequente reconciliação do casal, foram fruto de livre e espontânea manifestação da vontade dela e isentos de qualquer tipo de coação exercida pelo varão***.

Para tal fim, entendo necessária a conversão do julgamento em diligência, para que o i. juiz prolator da sentença ouça a mulher, em audiência na presença física dele, a fim de fazer a avaliação acima descrita e ela ratificar (ou não) os atos acima apontados.

Pelo exposto, voto por se **converter o julgamento em diligência, nos termos e para os fins indicados acima**.

JOSÉ PERCIVAL ALBANO NOGUEIRA JÚNIOR, Desembargador, Segundo Julgador Divergente

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011631-03.2015.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante PAU BRASIL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., são apelados ANTÔNIO FERREIRA e DELCI GOMES FERREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41697)**

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

NICOLAU.

São Paulo, 24 de abril de 2018.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: Apelação. Recurso. Ação de resolução de compromisso particular de compra e venda com pedido de reintegração de posse cumulada com indenização por perdas e danos. Inadimplemento dos compradores. Demonstração, nos autos de causa suficiente ao rompimento da avença. Contudo, conquanto tenham dado causa ao desfazimento do contrato, os compromissários compradores têm o direito de receber, em uma só parcela, parte das quantias pagas - servindo a outra parte como compensação da promitente vendedora quanto à ocupação do imóvel. Direito consequente dos réus receberem em retorno 10% das quantias pagas, com correção monetária e juros de mora. Precedentes desta Corte e Súmulas 2 e 3, TJ/SP. IPTU e demais taxas de conversão são de responsabilidade dos compradores do imóvel desde a data da imissão na posse até a desocupação. Posse de boa-fé dos autores comprovada por justo título que autoriza a retenção da casa e das benfeitorias realizadas no terreno, nos termos do artigo 1.255 do Código Civil. Inexistência de violação ao artigo 34 da Lei nº 6.766/79. Direito dos requeridos a indenização pelas benfeitorias necessárias. Indenização devida, ainda que a posse seja de má-fé. Nos termos do disposto no artigo 517 do Código Civil de 1916. Arras, valor que não pode ser retido, não previsto em contrato. Artigo 85, §11 do CPC. Majoração dos honorários advocatícios para 12% do valor da atualizado da causa. Sentença mantida. RECURSO PROVIDO, com majoração dos honorários.

VOTO

Trata-se de ação de resolução de compromisso particular de compra e venda com pedido de reintegração de posse cumulada com indenização por perdas e danos, julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. da lavra

Acesso ao Sumário

do i. Magistrado Dr. Roberto Soares Leite, de relatório adotado.

Apela a autora, alegando que os apelados são responsáveis pelo pagamento de todas as taxas públicas, impostos e demais ônus incidentes sobre os imóveis a partir da data em que fora efetuada a venda. A r. sentença deixou de determinar que fossem descontados dos valores a serem pagos pelos apelantes os impostos e taxas municipais, ao contrário imputou à apelada o dever de comprovar o seu pagamento. Da mesma forma com relação à fixação de indenização por perdas e danos. Os apelados estão usufruindo do imóvel sem pagar nada. A apelante ficou privada da posse do referido imóvel por todo esse tempo sem nada receber por ele desde dezembro de 2008.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Cuida-se de ação de resolução de compromisso particular de compra e venda com pedido de reintegração de posse c.c. indenização por perdas e danos, proposta por Paul Brasil Empreendimentos Imobiliários Ltda. em face de Antônio Ferreira e outra, objetivando a rescisão do contrato celebrado entre as partes; a perda da arras dada em favor da autora no valor equivalente às quatro primeiras parcelas; ao pagamento da multa contratual no valor de 10% sobre o valor do débito; ao pagamento de indenização por perdas e danos, consistente em alugueres, no valor correspondente às parcelas pagas, vencidas e vincendas enquanto estiver na posse do imóvel; ao pagamento do valor devido a título de IPTU e taxas de serviço bombeiro, água e esgoto incidentes sobre o imóvel, pelo período que esteve na posse do imóvel, bem como o valor dispendido para a regular notificação; seja a autora autorizada a reter todos os valores a que os réus serão condenados a pagar, a serem apurados em sede de execução de sentença, acrescidos de juros e correção monetária, descontando-os de eventual saldo remanescente a lhe ser restituído em igual número de parcelas efetivamente pagas e finalmente sejam condenados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Constou da r. sentença de fls.238/241 que: "Ante o exposto, julgo parcialmente a presente ação movida por PAUL BRASIL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS contra ANTÔNIO FERREIRA e DELCI GOMES FERREIRA, para declarar rescindido o contrato particular de promessa de compra e venda entabulado entre as partes, bem como para determinar a reintegração da autora na posse do imóvel indicado na inicial. Fica ressalvado que os requeridos têm direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis, que deverão ser apuradas em liquidação de sentença, ficando condicionada a reintegração de posse ao prévio pagamento de indenização pelas benfeitorias. Do valor das benfeitorias, poderá o autor descontar a multa de 10% do valor das parcelas em atraso, e os valores de IPTU, taxas incidentes sobre o imóvel e água, desde que

Acesso ao Sumário

demonstre referidos pagamentos. Pelo princípio da causalidade, condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado".

O recurso merece acolhimento.

Pelos documentos acostados aos autos observa-se, que a apelante formalizou com os apelados o instrumento de composição amigável, em 29 de maio de 2002, constando do referido documento que seria referente ao imóvel lote 013 da quadra U do loteamento residencial Agua Branca, pelo preço de R$ 5.600,00 (cinco mil e seiscentos reais).

Os réus deixaram de pagar as prestações vencidas do imóvel desde 25 de dezembro de 2008, tornando-se inadimplentes.

Como é sabido, o inadimplemento contratual confere à parte prejudicada o direito de pleitear a rescisão da avença, juntamente com perdas e danos.

O inadimplemento dos requeridos está configurado. Foram constituídos em mora e não refutaram sua condição de inadimplentes. Desse modo, a rescisão do contrato, por culpa dos réus, realmente se impunha.

Mister anotar, neste ponto, que tal desfazimento contratual deve conduzir as partes ao *status quo ante*, de modo que nenhuma delas experimente enriquecimento indevido em detrimento da outra.

Nesse contexto inserem-se os seguintes enunciados sumulares desta Corte:

Súmula nº 1: "*O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem*".

Súmula nº 3: "*Reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção*".

No mesmo sentido, a uníssona jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça: REsp 302.520/MG, REsp 109.331/SP (JBCC 181/96), REsp 200.019/SP, REsp 132903/SP (RSTJ 106/334, LEXSTJ 106/220), REsp 265.338/SP, REsp 74.448/SP, REsp 358.444/PR, REsp 186.009/SP (RSTJ 129/270, RT 776/187, LEXSTJ 127/182), REsp 156.321/SP (RTJE 181/199), REsp 171.951/DF (RT 762/205), REsp 114.447/DF.

Pois bem. Adaptando-se esses enunciados ao caso vertente - em que os compromissários compradores limitaram-se a pagar as prestações até 2008, permanecendo desde então, no uso do bem, sem o pagamento de parcelas neste período -, observa-se que a rescisão do contrato, ao mesmo tempo em que mantém

Acesso ao Sumário

concentradas a propriedade e a posse do imóvel nas mãos da autora, traz a esta parte a obrigação de devolver aos requeridos as quantias por eles despendidas para pagamento parcial do preço, atualizadas desde cada desembolso (segundo os índices da Tabela Prática desta Corte).

Entretanto, também se torna imperiosa a declaração de que, com a restituição do imóvel em favor da apelante, os apelados devem perder parte do valor pago, como ressarcimento pela ocupação do bem. E referido montante variará caso a caso, dependendo do lapso temporal por que se estender essa ocupação.

Na espécie, observa-se que a posse dos réus estende-se desde 2002 até este instante.

No caso dos autos o inadimplemento já se estende há quase 10 (dez) anos, recomenda-se a perda de 90% dos valores pagos, como justa indenização a apelante pelo uso do bem por parte dos apelados.

Isso porque, simultaneamente ao reconhecimento do direito da autora ora apelante em reter 90% das quantias pagas, por decorrência lógica, declara-se sua obrigação de restituir, à parte adversa, os 10% restantes, sob pena de enriquecimento sem causa.

Sobre o tema, merece destaque decisão do Colendo STJ: "*A ocupação do imóvel pelo promissário comprador pode ser levada em conta pelo juiz quando trata de definir a quantia a ser restituída pela construtora. Para decidir sobre a restituição, o julgador não depende de pedido expresso das partes* (...)" (*REsp 471358/DF, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, j. 15/05/2003*).

Nesse sentido: (*RESP 302520 / MG, STJ - RESP 109331-SP (JBCC 181/96), RESP 200019-SP, RESP 132903-SP (RSTJ 106/334, LEXSTJ 106/220), RESP 265338-SP, RESP 74448-SP, STJ RESP 358444-PR, RESP 186009-SP (RSTJ 129/270, RT 776/187, LEXSTJ 127/182), RESP 156321-SP (RTJE 181/199), RESP 171951-DF (RT 762/205), RESP 114447-DF*).

No concernente à devolução, impõe-se ainda a observância à ***Súmula nº 2*** desta Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*: "*A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição*".

A atualização monetária é devida a partir dos respectivos desembolsos, pois não representa acréscimo, mas mera reposição da moeda trazendo o valor de ontem ao preço de hoje. Tratando-se de responsabilidade contratual, a mora constitui-se a partir da citação e os juros respectivos devem ser regulados, até a data da entrada em vigor do novo Código, pelo artigo 1.062 do diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo artigo 406 do atual Código Civil (STJ - RESP 576173-MS, RESP 327378-RJ, RESP 99928-MG, RESP 181151-SP).

Acesso ao Sumário

Por derradeiro, frisa-se que todas as quantias envolvidas no caso comportarão devida atualização monetária, desde cada desembolso, segundo o parâmetro de correção monetária definido na relação contratual ora desfeita (ou, na falta de convenção particular, pela Tabela Prática desta Corte).

Os juros moratórios, a seu turno, incidirão a partir da citação. Isso porque, cuidando-se de responsabilidade contratual, a mora constitui-se a partir da citação, e os juros respectivos, no importe mensal de 1% (um por cento), fundamentam-se no artigo 405 do atual Código Civil (STJ - REsp nº 576.173/MS, REsp nº 327.378/RJ, REsp nº 99.928/MG, REsp nº 136.599/SP, REsp nº 181.151/SP).

A posse dos autores tem supedâneo no compromisso de compra e venda pactuado (fls. 32/37), sendo exercida de boa-fé, nos termos do parágrafo único do artigo 1.201 do Código Civil, e em nenhum momento foi injusta, clandestina ou precária.

O artigo 34 *caput* da Lei nº 6.766/79 garante ao adquirente a indenização por benfeitorias úteis e necessárias. O adquirente só não teria direito à indenização das benfeitorias se feita em desconformidade com a lei ou com o contrato (parágrafo único do artigo 34), não sendo este o caso dos autos, pois nada neste sentido provou a ré, sendo certo que o ônus da prova era seu.

Assim tem os requerentes apelados direito a indenização pelas benfeitorias que eventualmente tenha realizado no imóvel, sejam necessárias, úteis ou voluptuárias (ou mesmo sendo considerada acessão), porque efetuadas de boa-fé, apurando-se o valor em liquidação (Apel. 354.412.4/2-00, de São Paulo e 442.809.4/0-00, Sumaré, da 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Beretta da Silveira).

Importa anotar, nesse particular, que, igualmente por força de lei (artigo 1.219, CC) e considerada a boa-fé dos autores, relativamente às possíveis benfeitorias úteis e necessárias, reconhece-se seu direito de retenção enquanto não indenizadas; no concernente às voluptuárias, o requerente poderá levantá-las, desde que não importem destruição, total ou parcial, do imóvel.

Ademais, há que se distinguir as acessões das benfeitorias, sendo aquelas construções (ou plantações) que passam a integrar o imóvel e devem ser indenizadas se introduzidas de boa-fé, como de resto ordinariamente acontece nas promessas de compra e venda.

Nesta quadra, oportuna a lição de Arnaldo Rizzardo: "Considerado um possuidor o promitente comprador, não há como negar-lhe o direito à indenização. Não procedeu de má-fé ao construir o prédio. Quando prometeu comprar o imóvel, naturalmente presumiu-se que ele pretendia pagar e saldar as prestações na integralidade. A superveniência de um motivo de força maior, como impossibilidade financeira, desemprego, doença, etc., tolheu a capacidade

Acesso ao Sumário

de prosseguir nos pagamentos. Compelido a resilir o negócio, não seria justo tirar-lhe o direito à indenização, em benefício do vendedor. E sempre são indenizáveis as acessões e benfeitorias úteis e necessárias feitas sobre o imóvel, por constituírem uma causa debendi autônoma, decorrente do princípio de que a ninguém é dado locupletar-se com a fortuna alheia" ("Promessa de Compra e Venda e Parcelamento do Solo Urbano", Ed. RT, 1996, pp. 174-175).

Ressalte-se ainda que eventuais irregularidades da construção não impede o pagamento de indenização ao promitente comprador. Caso não fosse determinada a indenização, a construção, ainda que irregular, seria adquirida pela vendedora a título gratuito, em manifesto enriquecimento sem causa.

Como já decidido anteriormente por esta Colenda Câmara, a irregularidade administrativa não anula para fins indenizatórios, em caso de resolução contratual, o valor das acessões e benfeitorias realizadas:

"COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. REINTEGRAÇÃO DE POSSE - 1 - Inadimplemento do compromissário-adquirente - Revelia - Presunção de veracidade dos fatos alegados - Rescisão e reintegração corretamente decretadas - 2- Indenização por benfeitorias introduzidas no imóvel - Adequação, ainda que patente a irregularidade das obras perante a esfera administrativa - Precedentes do Tribunal - 3- SENTENÇA PRESERVADA NOS TERMOS DO ART. 252 DO R.I. - RECURSO IMPROVIDO" (TJSP, Apelação nº 0065971-90.2010.8.26.0224, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Donegá Morandini, j. 21.08.2012).

"Apelação - Ação de rescisão contratual c/c pedido de indenização - Iniciativa do compromissário comprador, inadimplente - Irretratabilidade do contrato descaracterizada - Aplicação da Súmula nº 1 deste Tribunal de Justiça - Devida a indenização por benfeitorias e acessões e a devolução de 80% da quantia paga, assim como o direito de retenção. Indenização pela ocupação a partir do inadimplemento que deverá ser apurado em fase de liquidação, considerado o enunciado da Súmula 3 deste Tribunal de Justiça, diante do prolongado período - Recurso provido em parte" (TJSP, Apelação nº 9124566-87.2008.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. João Pazine Neto, j. 23.10.2012).

"Agravo de instrumento - Homologação de laudo pericial realizado ao ensejo da liquidação de sentença - Alegação de excesso do valor apurado, a título indenizatório, quanto a benfeitorias e acessões edificadas no imóvel que voltou à posse da agravante, em virtude da resolução contratual decretada - Irrelevância da irregularidade administrativa da construção, importando seu valor econômico - Perícia que efetivamente analisou e atribuiu valor às construções clandestinamente realizadas, anotando a depreciação econômica a partir da introdução dos critérios 'estado de conservação' e 'fator de depreciação'

Acesso ao Sumário

- Impugnação insubsistente - Decisão correta - Precedentes desta Corte e Câmara - Recurso desprovido." (TJSP, Apelação nº 0122997-34.2013.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Beretta da Silveira, j. 03.09.2013).

No mesmo sentido é a jurisprudência desta C. Câmara, conforme voto exauriente da matéria de lavra do Desembargador Viviani Nicolau:

Por outro lado, procede a pretensão dos réus-reconvintes formulada em reconvenção quanto ao recebimento de indenização em razão das acessões e benfeitorias úteis e necessárias introduzidas no terreno, ainda que se verifique irregularidade da construção perante a Prefeitura, porque não há como negar o seu valor de mercado e nem o fato de que a vendedora irá adquiri-la. (TJSP, Apelação nº 9189758-64.2008.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Ênio Zuliani, 15.10.2009). Como determinado pelo artigo 34 da Lei nº 6.766/79, "em qualquer caso de rescisão por inadimplemento do adquirente, as benfeitorias necessárias ou úteis por ele levadas a efeito no imóvel deverão ser indenizadas, sendo de nenhum efeito qualquer disposição contratual em contrário". Nesse sentido, a jurisprudência ratifica que "o artigo 34, parágrafo único da L. 6.766/79, norma cogente, prevê a indenização e o direito de retenção do adquirente, até que receba pela construção que erigiu sobre o lote. Não há dúvida de que a edificação de uma casa seja acessão, já que a própria razão de ser da compra de terrenos em loteamentos da espécie em discussão é a construção de casas para moradia. Assim, tem direito a autora à indenização pelas acessões, cujo valor será apurado em liquidação de sentença" (TJSP, Apelação nº 9153336-56.2009.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Francisco Loureiro, 25.2.2010). Oportuno destacar trecho do voto proferido pelo eminente Desembargador Francisco Loureiro, no julgamento da apelação nº 0063756-13.2005.8.26.0000: "O artigo 34 da Lei nº 6.766/79, norma cogente aplicável aos imóveis loteados, dispõe serem indenizáveis as benfeitorias necessárias e úteis levadas a efeito pelo adquirente. Apenas diz não serem indenizáveis as benfeitorias erigidas em desacordo com o contrato ou com a lei. Não há como acolher, porém, a tese de que a acessão não é indenizável, porque clandestina e irregular junto a órgãos municipais. O que menciona o artigo 34, parágrafo único da L. 6.766/79 não é a aprovação da construção, mas sim que esteja esta de acordo com a lei. Entender o contrário significaria que a construção irregular na esfera administrativa, mas com inegável valor de mercado, seria adquirida a título gratuito pelo promitente vendedor, em manifesto enriquecimento sem causa. Claro que as despesas correspondentes à regularização do imóvel deverão ser abatidas da indenização, como decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso recente (TJSP, Quarta Câmara de Direito Privado, AC 425.300.4/3-00, j. 1º de março de 2007, de minha relatoria). Embora benfeitorias não se confundam propriamente com acessões, aplicável a estas o sistema daquelas, como já interpretava a doutrina sob a vigência do

Acesso ao Sumário

Código Civil de 1916. Há entendimento iterativo do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que 'o possuidor de boa-fé tem direito à retenção do bem enquanto não indenizado pelas acessões erguidas sobre o imóvel' (REsp n. 430.810-MS (2002/0044610-4), Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar; STJREsp n. 697.918-PR (2004/0152392-5), Relatora Ministra Nancy Andrighi). Nem se argumente que os promitentes compradores tinham apenas a posse precária do imóvel, de tal modo que eventuais construções não seriam indenizáveis. A posse, na realidade era justa e a indenização decorre de norma de ordem pública prevista em lei especial, sendo considerada não escrita qualquer cláusula negocial em sentido contrário" (TJSP, 4ª Câmara de Direito Privado, 30.04.2009). (TJSP, Apelação nº 0001364-49.2010.8.26.0586, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Viviani Nicolau, j. 12/08/2014).

Quanto as benfeitorias necessárias realizadas pelo apelado no imóvel, após a extinção do contrato, tem direito a indenização, ainda que possuidor de má-fé, o apelado, tem direito, no entanto, à retenção, na forma do disposto no artigo 517 do Código Civil de 1916, aplicável à espécie. Nesse sentido, inclusive, a lição de ORLANDO GOMES: "Dado que o direito de indenização, independentemente da circunstância de ser a posse de boa-fé ou de má-fé, limita-se às benfeitorias necessárias" (Direitos Reais, 19ª Edição, Editora Forense, página 85).

Cumpre ressaltar, que a arras é simplesmente confirmatória e serve apenas para início de pagamento do preço ajustado e, por demasia, se ter confirmado o contrato, seguindo a velha tradição do direito romano no tempo em que o simples acordo, desvestido de outras formalidades, não era suficiente para vincular os contratantes.

Todavia, quando as arras forem expressamente compactuadas como penitenciais estas serão perdidas pelo promitente comprador.

Nesse sentido:

"O arrependimento do promitente comprador só importa em perda das arras se estas foram expressamente pactuadas como penitenciais o que não se verifica na espécie. Recurso não conhecido." (Resp 110528, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 01/02/99).

Mas, neste caso, a quantia pleiteada pela autora não pode ser retida a tal título, pois não prevista no contrato.

A apelante tem o direito de repassar aos apelados qualquer despesa inerente ao bem transacionado, qual seja IPTU e demais taxas, constituída desde a data da efetiva disponibilização físico-jurídica do bem. Isso porque, desde essa data, o imóvel permaneceu na posse dos apelados, de modo a lhe impor o encargo pela higidez e conservação do bem. Neste caso, a autora deverá quando da execução de sentença apresentar os débitos referentes à IPTU e demais taxas de conservação para serem abatidas do valor a ser restituído aos apelados.

Acesso ao Sumário

Em respeito ao artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais fixados na Primeira Instância para o importe correspondente a 12% do valor atualizado da causa.

Ante o exposto, **DÁ-SE** provimento ao recurso, com majoração dos honorários fixados na Primeira Instância.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015559-34.2015.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada I.R.S., é apelado/apelante A.M.S.

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 da autora e deram provimento em parte à apelação do requerido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 12.672)**

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

São Paulo, 24 de abril de 2018.

ALCIDES LEOPOLDO, Relator

Ementa: UNIÃO ESTÁVEL - Nulidade - Inexistência - Não comprovação da suspeição da testemunha compromissada - Documento juntado para contrapor outro apresentado na contestação - Validade - Demonstração da intenção de constituir família antes do casamento - Termo inicial em conformidade com o pedido, não se admitindo inovação recursal - Direitos da autora sobre imóvel em nome do varão - A presunção do esforço comum passou a ser admitida somente após a vigência do art. 5º da Lei 9.278/96, de forma que o reconhecimento do direito da autora sobre o imóvel dependia de prova da efetiva contribuição - Sucumbência recíproca - Recurso da autora desprovido e recurso do requerido provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação declaratória de união estável, alegando a autora que iniciou a convivência com o requerido em julho de 1994, quando este separou-se judicialmente da esposa anterior, e passaram juntos a amealhar ganhos, tendo adquirido o imóvel da Rua (...) e cotas sociais da empresa (...), permanecendo na condição de sócios na proporção de 50% cada parte, vindo a contrair matrimônio em 25/09/1997, pleiteando a declaração da união estável havida entre julho de 1994 até o casamento das partes em 25/09/1997, e a partilha das cotas societárias e do imóvel adquiridos no período.

A r. sentença, cujo relatório se adota, integrada a fls. 205/206, julgou procedente em parte a ação, reconhecendo a existência de união estável desde julho de 1994, até o casamento de ambos em 1997, reconhecendo a propriedade comum do casal apenas sobre 4,117% da totalidade do imóvel objeto da matrícula (...), do 9º CRI de São Paulo, mantendo o restante como propriedade particular do requerido, sem partilhar a cota comum na metade para cada um, visto que não houve pedido de partilha, o que só deverá ocorrer quando pleiteada a dissolução da união estável reconhecida, remanescendo íntegra a composição social da empresa (...), cujas cotas já são metade de cada uma das partes, condenando o requerido ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios de R$ 3.000,00 (fls. 189/196).

A requerente apelou afirmando que restou demonstrado que a convivência marital deu-se no início do ano de 1994, tendo participado do pagamento de quatro ou cinco parcelas do preço do imóvel objeto da ação, inexistindo alteração de fatos no depoimento pessoal, mas mera correção quanto à data informada no termo inicial da união estável, buscando a reforma do percentual de participação do casal no imóvel (fls. 208/217).

O requerido, também, recorreu arguindo a nulidade da sentença por ter considerado documento apresentado pela autora intempestivamente, e por ter considerado o depoimento de M.C.S. Como testemunha, quando deveria tê-la ouvido como informante, insurgindo-se, ainda, contra a condenação às verbas de sucumbência, por não ter sido acolhida a totalidade dos pedidos da autora, e, no mérito sustentou a ausência de provas da existência de união estável quando da aquisição das cotas sociais, e que no momento da aquisição do imóvel sequer conhecia a autora, sendo contraditórias as datas informadas pela autora na inicial e em seu depoimento pessoal, não havendo valor probatório no depoimento de M.C.S., aduzindo a ausência de prova de contribuição para a aquisição da peixaria, e do início da união estável, podendo fixar-se subsidiariamente a data da alteração do contrato social da empresa na JUCESP em 12/09/2015, e que não se aplica a presunção legal do esforço comum durante a união estável antes da Lei 9.278/1996, devendo haver prova do esforço comum, o que não ocorreu, buscando a nulidade da sentença, a declaração da inexistência da união estável

Acesso ao Sumário

ou a fixação de seu termo inicial em 19/09/2015, excluindo a participação da autora no imóvel e a distribuição dos ônus sucumbenciais de forma proporcional (fls. 218/243).

Foram apresentadas contrarrazões pelo requerido (fls. 258/262).

É o Relatório.

Não se verifica nulidade pela oitiva como testemunha de M.C.S., considerando-se que não foi provada a contradita de amizade íntima em audiência de instrução e julgamento.

Dispõe o art. 371 do CPC/2015 que: "o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento", adotando o princípio da persuasão racional, e isso foi bem observado e cumprido pela Magistrada em sua decisão, que ressalvou o tempo decorrido desde os fatos a serem provados, ponderando o conjunto das provas, e indicando a razões de fato e direito que levaram a sua conclusão.

O Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho juntado pela autora às fls. 95/97 foi em contraprova às alegações feitas e documentos apresentados na contestação (fls.67) de que não contribuiu financeiramente para a aquisição do imóvel (fls.55), estabelecendo o art. 435 do CPC que: "é lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos".

No mérito, a união estável é um dos meios pelo qual se constitui a família. Até a Constituição Federal de 1988 as cartas constitucionais só reconheciam a família advinda do casamento (*v.g.* art. 175, CF/1967). O vigente art. 226, *caput*, elege a família como "base da sociedade", garantindo-lhe especial proteção do Estado e no parágrafo 3º, estabelece que: "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento", entendendo-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (parágrafo 4º).

A família tem raízes no direito natural e, portanto, precede a existência do casamento e a partir do momento que a sua existência independe do casamento, apresenta-se importante a distinção entre união de fato e união estável e concubinos e companheiros ou conviventes.

O art. 1.727 do vigente Código Civil, ao estabelecer que: "as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato", reconheceu como tal o que a doutrina vinha denominando de concubinato impuro.

São companheiros ou conviventes aqueles que vivem como se fossem

Acesso ao Sumário

casados, gerando efeitos jurídicos, ainda que qualquer deles seja casado, mas se achar separado de fato (art. 1.723, parágrafo 1º, CC), consistentes no dever de prestar alimentos, direito à meação, sucessório, direito real de habitação e de usufruto, conferidos pelas Leis ns. 8.971/94 e 9.278/96.

A união de fato é algo passageiro e esporádico, que não gera efeitos jurídicos, já a união estável, é a exteriorização do estado de casado, com o *animus* de viver como marido e mulher, de forma pública, duradoura e contínua e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Antes das referidas leis a jurisprudência já determinava a partilha do patrimônio constituído pelo esforço comum, e na sua ausência estabelecia uma indenização por serviços domésticos, dispondo a Súmula n. 380 do STF que: "comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Para caracterização da união estável, ainda que o art. 1.723 do CC fale em convivência duradoura, a Constituição Federal não estabeleceu um prazo mínimo, caracterizando-se, porém, com o nascimento de filho, devendo-se levar em conta o *animus* de constituir família, independentemente da existência de filhos. O dever de fidelidade é inerente.

Para Euclides de Oliveira[1] são requisitos, em acepção ampla, para caracterizar a união estável, os seguintes elementos de ordem objetiva e subjetiva: a - convivência; b - ausência de formalismo; c - diversidade de sexos[2]; d - unicidade de vínculo; e - estabilidade: duração; f - continuidade; g - publicidade; h - objetivo de constituição de família e i - inexistência de impedimentos matrimoniais, com exceção de separação de fato ou judicial.

É possível identificar-se todos esses requisitos no relacionamento da autora com o requerido anteriormente ao casamento civil.

Conforme analisado, com percuciência, pela I. Magistrada, o conjunto probatório demonstra que viviam como se casados fossem, evidenciando-se a intenção de constituição de família antes do matrimônio ocorrido em 25/09/2017 (fls. 10), pela aquisição anterior de cotas da empresa (...) em 12/04/1995, com declaração do mesmo endereço residencial (fls. 13), e pela confirmação da coabitação e comunhão de vida pelas testemunhas J.C.C. e M.C.S. (fls. 164/166), admitindo-se, à míngua de prova contrária, o termo inicial afirmado pela autora, em julho de 1994, não se podendo alterar o pedido, para se considerar termo

Acesso ao Sumário

1 OLIVEIRA, Euclides. União Estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil. 6ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2003, p.122.

2 anteriormente ao julgamento da ADPF 132 (Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001; ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212) que reconheceu "a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar".

inicial anterior, não comportando a inovação recursal.

Em relação à empresa, ambas as partes adquiriram cotas sociais e adentraram na condição de sócios no ano de 1995, e desde 19/01/2005 constam como únicos sócios, cada qual com 50% do capital social da empresa (fls. 16), sendo impertinente a discussão a respeito da origem dos valores utilizados pela requerente para a referida aquisição, feita em seu próprio nome, mantendo-se inalterada a proporção da titularidade das partes no capital social da empresa, não havendo qualquer partilha a ser feita, mas eventual dissolução de sociedade na via própria.

Por sua vez, imóvel descrito na inicial foi adquirido por força de Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda firmado pelo requerido em 08/10/1993, mediante o pagamento de entrada e dez prestações mensais (fls. 69/72), de forma que a última parcela venceu em 08/08/1994, um mês após o início da convivência marital reconhecido entre as partes, sem demonstração de efetiva contribuição pecuniária pela autora.

Com efeito, a presunção do esforço comum passou a ser admitida somente após a vigência do art. 5º da Lei 9.278/96, no sentido de que: "os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito".

Destarte, afasta-se o reconhecimento dos direitos da requerente sobre o imóvel.

Por fim, com relação às verbas sucumbenciais, diante da sucumbência recíproca, devem ser rateadas igualmente as custas do processo (art. 86 do CPC/2015), e no tocante aos honorários advocatícios, em conformidade com o art. 85, §§ 2º, 11 e 14 do CPC/2015, a requerente pagará ao advogado do réu o valor de R$ 3.000,00, e o requerido pagará ao advogado da requerente o mesmo montante de R$ 3.000,00 (art. 85, § 8º, do CPC/2015).

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso da autora e **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** à apelação do requerido, nos termos da fundamentação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007875-78.2017.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SULAMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, é apelado ANTONIO TEIXEIRA DE

Acesso ao Sumário

CARVALHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.150)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUI CASCALDI (Presidente sem voto), CHRISTINE SANTINI e AUGUSTO REZENDE.

São Paulo, 25 de abril de 2018.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

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

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 353/358 dos autos, que julgou procedente a ação proposta por ANTONIO TEIXEIRA DE CARVALHO em face de SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, para afastar os reajustes por faixa etária aplicados pela ré em 2013 e 2014, proibir novos aumentos a tal título, fixar o prêmio mensal em

R$ 775,35 e condenar a requerida a restituir os valores pagos em excesso pelo demandante desde 26 de julho de 2014.

Fê-lo a r. sentença, basicamente sob o fundamento de que os reajustes por faixa etária do plano de saúde após o autor ter atingido a última faixa etária foram ilegais, ainda mais se considerada a falta de clareza quanto ao índice aplicado (US).

Recorreu a ré, arguindo preliminar de prescrição. No mérito, sustenta que por força da *suppressio* não faz jus o requerente à devolução de quaisquer valores pagos antes da propositura da ação; afinal, até então nunca discordara dos índices de reajuste aplicados.

Afirma que o próprio C. STJ já reconheceu, em sede de repetitivo, a licitude dos reajustes por faixa etária, e que no caso concreto os aumentos das mensalidades observaram o disposto em contrato.

Acrescenta que na hipótese de reconhecimento da abusividade dos reajustes aplicados, necessária se faz a realização de perícia atuarial para verificação do valor exato do aumento.

Em razão do exposto e pelo que mais argumenta às fls. 403/429, pede o provimento de seu recurso.

O apelo foi contrariado (fls. 437/443).

É o relatório.

1. O recurso comporta parcial provimento.

Segundo o documento de fls. 37/39, em 08 de junho de 1990 o autor firmou com a ré contrato de adesão a seguro-saúde.

Alegou o requerente que depois que atingiu a última faixa etária, quando completou 65 anos, houve aumentos abusivos das mensalidades do plano.

A requerida, por seu turno, defende a legitimidade dos reajustes praticados.

2. A meu ver, a ação deve ser julgada parcialmente procedente, em atenção ao que decidiu, em caráter vinculativo, o STJ ao julgar o REsp 1.568.244, em sede de recurso repetitivo (tema n. 952).

No referido julgamento, firmou-se, para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, a seguinte tese:

"*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*".

3. Para efeito da aplicação da tese firmada, os contratos foram divididos em três categorias distintas, de acordo com o momento de sua celebração

Acesso ao Sumário

ou adaptação, que determina a incidência de norma expedida pelos órgãos governamentais reguladores competentes - ANS ou CONSU, quais sejam: a) contratos antigos e não adaptados; b) contratos novos, firmados ou adaptados entre 2/1/1999 e 31/12/2003 e c) contratos novos, firmados ou adaptados a partir de 1º/1/2004.

Assentou o STJ que para os "*contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei n. 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 n. 3/2001 da ANS*".

"*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 n. 6/1998, a qual determina a observância de 7 faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 60 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para 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 dez anos*".

Por sua vez, "*para os contratos (novos) firmados a partir de 1/1/2004, incidem as regras da RN n. 63/2003 da ANS, que prescreve a observância de (i) 10 faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a 6 vezes o previsto para a primeira, e (iii) a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não pode ser superior à variação cumulada entre a primeira e a sétima faixas*".

4. Em relação aos contratos antigos e não adaptados, ou seja, firmados antes da entrada em vigor da Lei n. 9.656/98, afirma o aresto que julgou o repetitivo que "*o art. 35-E e parágrafos da Lei n. 9.656/98, na redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44/2001, estipulava que os reajustes dos planos individuais contratados anteriormente à data de sua vigência deveriam ser previamente autorizados pelo órgão regulador competente à época.*

Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ADI 1.931 MC/DF (DJ de 28/5/2004), determinou a suspensão da eficácia do mencionado dispositivo legal, porquanto a legislação superveniente não poderia alcançar os efeitos decorrentes de regras estabelecidas em ato jurídico perfeito. Em outras palavras, a lei nova não poderia retroagir para atingir os efeitos futuros dos negócios jurídicos implementados em data anterior à sua vigência".

"*Assim, com tal decisão, passou a valer, quanto ao reajuste das mensalidades dos planos de saúde contratados anteriormente à Lei n. 9.656/98 apenas o que estivesse estabelecido em cada contrato, ressalvada a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de modo a proteger*

Acesso ao Sumário

a parte hipossuficiente da relação jurídica", tanto em relação aos reajustes financeiros do contrato, quanto em relação aos reajustes por faixa etária, que deveriam observar, além da legislação consumerista, a validade formal das cláusulas, conforme estabelecia a Súmula Normativa de n. 3/2001 da ANS.

A referida súmula normativa, de forma bastante resumida, previa que as cláusulas contratuais e tabelas de reajustes por faixa etária previstas nos contratos de plano de saúde fossem previamente submetidas à aprovação da ANS, apenas para verificação de sua adequação formal.

Nesse sentido, portanto, entendeu o C. STJ que, em relação aos planos firmados anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 9.656/98, deve prevalecer o estipulado pelas partes, desde que não haja abusividade do ponto de vista da legislação consumerista e da existência e validade formal da cláusula.

5. Cumpre ressaltar que este Relator, em diversas oportunidades anteriores, já afirmou entendimento diverso, no sentido da impossibilidade do reajuste das mensalidades de plano de saúde em virtude de implemento de faixa etária para beneficiários de plano ou seguro saúde com mais de 60 anos, tendo em vista a natureza relacional, de trato sucessivo e longa duração de tais contratos, atingidos em cheio pela legislação posterior, ainda que não adaptados, a exemplo do que dispõem as Súmulas nºs. 91 e 100, editadas por este E. TJSP, e no mesmo sentido do que decidiu o MM. Juiz de primeiro grau.

Não obstante, curvo-me ao entendimento vinculativo do C. STJ, que entende que o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária do beneficiário idoso acarreta, de fato, o aumento do risco e utilização dos serviços, não se incorrendo, portanto, em reajuste discriminatório "*pois não se está onerando uma pessoa pelo simples fato de ser idosa, mas por demandar mais do serviço ofertado*" **(AgRg no REsp n. 1.315.668/SP, Rel. para Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJe 14/4/2015)**.

Segundo o entendimento da Corte Superior, "*a norma do art. 15, §3º, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, o reajuste baseado no simples fato de a pessoa ser idosa, sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato*".

Prossegue o julgado asseverando que, "todavia, constituirá reajuste abusivo, 'o segurador ou administrador do plano aproveitar-se do advento da idade do segurado para aumentar lucros e não simplesmente para cobrir despesas ou riscos maiores'" **(REsp n. 1.380.606/DF, Rel. p/ acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJe 31/10/2014).**

Nesse sentido, ressalva o julgado a possibilidade de controle dos reajustes submetidos ao crivo judicial, em virtude da aplicação da Súmula 469 do STJ aos planos de saúde e para evitar abusos, afirmando que "*a abusividade dos*

Acesso ao Sumário

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".

6. Na demanda em comento, verifica-se que se trata de contrato firmado antes da Lei n. 9.656/98 e não adaptado às suas disposições.

E segundo se verifica do instrumento reproduzido às fls. 27/36 e 133/145, houve previsão de reajustes por quatro diferentes faixas etárias (fls. 34 e 143/144) em US (Unidade de Serviço).

Em Acórdãos anteriores, manifestei o entendimento de que a simples previsão dos reajustes com base no referido indexador, a princípio, não implicava grave violação aos deveres de informação e de esclarecimento dos usuários. O que importava era que o consumidor tivesse elementos claros e fosse informado de modo preciso e detalhado dos critérios utilizados para os reajustes e aumentos em razão do implemento de idade, com supervisão da ANS **(cfr., a respeito, Eduardo Takemi Kataoka, Contrato de Seguro. Plano de Saúde. Correção de Mensalidades com Base na Variação de Custos Médicos, in Revista de Direito Privado, RT, abril-junho de 2.005, v. 22, p. 289/301)**.

Logo, se as partes convencionaram que o indexador para reajuste do prêmio mensal do seguro seria a US (Unidade de Serviço), não haveria como reconhecer ilegalidade em tal previsão, até porque se trata de um índice que refletiria a variação dos custos médico-hospitalares do período.

O entendimento majoritário desta 1ª Câmara de Direito Privado, contudo, é no sentido da ilegalidade da previsão dos reajustes por faixa etária com base em Unidade de Serviço, pois se trata de índice aplicado somente pela operadora de saúde ré e obscuro, dependente de aplicação de fórmulas complexas e pouco inteligíveis, caracterizando violação ao dever de transparência e de informação clara ao consumidor.

Eis o que vem decidindo esta 1ª Câmara de Direito Privado acerca do assunto:

"*Muito embora previsto o reajuste por faixa etária, mais especificamente, aos 61 anos de idade (fls.142), tem-se que a cláusula não é clara quanto ao percentual de reajuste a ser aplicado, pois adota a US (unidade de serviço) para estabelecer o valor da mensalidade, impedindo que o autor tomasse conhecimento prévio dos valores que seriam aplicados de acordo com a mudança de faixa etária. Não se verifica, portanto, clareza acerca do critério a ser adotado para a efetivação desse reajuste.*

Logo, resta violado o dever de informação do consumidor, reconhecida a abusividade do referido reajuste, aplicado sem conhecimento prévio deste do impacto sobre o valor da mensalidade" **(Apelação nº 1013565-93.2014.8.26.0011, Rel. Des. Rui Cascaldi, j. 04.05.2017)**

Acesso ao Sumário

"*Inequivocamente, da forma como foi redigida a cláusula, é impossível verificar-se a correção do reajuste aplicado, sem que se tenha acesso a documentos contábeis, atuariais e contratuais da fornecedora e de outros que lhe prestam serviços, além do que, é incompreensível ao homem médio o seu conteúdo e as consequências do que está disposto, de forma que possa impor reajustes de acordo com sua conveniência.*

(...) Assim, o reajuste com base na chamada Unidade de Serviço apresenta-se abusivo (art. 51, IV, CDC), sendo correta sua substituição pelos índices autorizados pela ANS" **(Apelação nº 1008164-36.2014.8.26.0554, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 02.02.2016)**

Há, contudo, recente precedente da Des. Christine Santini, também integrante desta Câmara, no sentido de que, embora a aplicação da US como índice de reajuste das mensalidades de seguro-saúde seja, a princípio, ilegal, no caso concreto examinado não se revelou abusiva, pois não implicou aumento excessivo da mensalidade. Veja-se:

"*Em que pese a base de cálculo da Unidade de Serviço, fixada em dados unilaterais da operadora, ser em tese irregular, conforme iterativa jurisprudência desta Colenda Câmara, uma vez que impede seu conhecimento prévio pelo consumidor, fato é que essa base de cálculo jamais foi contestada pelo consumidor desde o início do contrato. Ademais, a própria inicial declara que o reajuste de 32,52% aos 61 anos de idade elevou a prestação mensal de R$ 511,83 para R$ 678,27 (vide planilha de fls. 03 no que toca ao ano de 2009). Assim, além do valor final ser razoável, para a categoria do plano (básico), verifica-se não ter havido alteração de base de cálculo*" **(Apelação nº 1009554-77.2014.8.26.0348, Rel. Des. Christine Santini, j. 15.08.2017)**

7. Sendo assim, para o deslinde do conflito em análise importa, mais do que discutir a legalidade da incidência da US como índice de reajuste, verificar se, na prática, o aumento aplicado por mudança de faixa etária se afigura abusivo ou não.

No caso concreto, afirmou o requerente que desde que atingiu a idade de 65 anos, em 2013, as mensalidades de seu plano de saúde foram reajustadas sucessivamente e de modo elevado.

Aparentemente, os aumentos praticados foram excessivos e não podem prevalecer, pois a mensalidade paga pela demandante sofreu sensível majoração (cf. fls. 41/45), dificultando sobremaneira, senão impossibilitando, sua permanência no plano de saúde.

Por outro lado, não se afigura viável a exclusão pura e simples do reajuste previsto para a última faixa etária. Não se pode ignorar que, com o aumento da idade, as pessoas naturalmente acabam utilizando mais os serviços de saúde.

Considerando, pois, que no caso concreto o contrato foi firmado antes

Acesso ao Sumário

da Lei n. 9.656/98, contou com apenas quatro faixas etárias para mudança dos valores das mensalidades por idade, e que diversos foram os aumentos aplicados especialmente após atingida a idade de 65 anos pelo segurado, abusivos os reajustes aplicados.

8. A propósito, cumpre rechaçar a tese da ré de que o autor concordou com os índices de reajuste das mensalidades por longo período de tempo, o que obsta o reconhecimento de sua abusividade nesta via.

Diferentemente do que alega a requerida em seu apelo, a pretensão do demandante não foi fulminada pela figura da *suppressio*.

Tanto a *suppressio* como a *surrectio* configuram figuras da boa-fé objetiva na função de controle. A *surrectio* é a situação que faz surgir um direito não existente antes, juridicamente, mas que, na efetividade social, é tido como presente **(cf. Menezes de Cordeiro, Da boa fé no Direito Civil, 1.997, p. 816).**

Já a *suppressio* consistiria no protraimento desleal do exercício de um direito. Na lição clássica de **Menezes de Cordeiro**, "*diz-se suppressio a situação do direito que não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não mais possa sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé*" **(Da Boa-Fé no Direito Civil, Almedina, 1.984, v. 2, p. 297).**

No caso em tela, a apelante referiu-se à figura da *suppressio* como apta a afastar o direito do requerente ao reconhecimento da nulidade de cláusula contratual e à devolução de valores pagos a maior.

Contudo, não restou caracterizada longa e injustificada demora do autor em reivindicar seu direito. Afinal, apenas a partir do momento em que as mensalidades do plano de saúde sofreram aumento exacerbado é que o demandante se deu conta da ilegalidade do índice aplicado, e propôs a presente ação objetivando a exclusão dos reajustes abusivos.

9. Logo, a fim de manter o equilíbrio contratual, permitindo a elevação da mensalidade na última faixa do plano em vista do aumento do risco da necessidade de utilização dos serviços, mas evitando a expulsão dos usuários do plano em razão de aumento demais elevado, o valor do prêmio deve ser recalculado.

Nesse sentido, admitir tão elevados aumentos acabaria por obstar o acesso aos planos de saúde para pessoas em idade avançada, em verdadeira cláusula de barreira expressamente vedada por ocasião do julgamento do recurso repetitivo pelo STJ.

De outro lado, não é possível desde logo a fixação do valor do prêmio a ser pago pelo segurado, por ausência de parâmetros certos e seguros.

Deve ser observado, mais uma vez, o Recurso Repetitivo (tema 952) do STJ, que em seus itens "8 e 9" estabelece o seguinte:

Acesso ao Sumário

"*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".

Os valores devidos pelo autor a partir do implemento de 65 anos de idade deverão, portanto, ser apurados em liquidação por arbitramento, nos moldes acima previstos.

A perícia será custeada pela seguradora, a quem incumbe demonstrar o valor equilibrado do prêmio a ser pago.

Até a realização da perícia, pagará o segurado o valor da última parcela do prêmio antes dos reajustes combatidos, atualizado anualmente pela variação autorizada pela ANS.

Destaco que, de acordo com os parâmetros estabelecidos acima, apurando-se eventuais montantes pagos em excesso, deverão eles ser restituídos pela ré, observada a prescrição trienal aplicável à espécie.

10. Aliás, ressalto que o C. STJ também analisou a questão do prazo prescricional aplicável a demandas desse jaez em sede de recurso repetitivo (Recursos Especiais representativos de controvérsia n. 1360969/RS e n. 1361182/RS, afetados sob o tema n. 610), e pacificou o seguinte entendimento:

"*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*".

Logo, o demandante faz jus à devolução dos valores eventualmente pagos a maior, incidindo a prescrição trienal no caso concreto.

11. Em suma, o recurso deve ser parcialmente provido, para determinar

Acesso ao Sumário

que os valores devidos em virtude dos reajustes ilegais praticados sejam apurados em liquidação por arbitramento, mediante perícia atuarial e observados os critérios acima especificados, sendo que a restituição de quantias pagas a maior deve observar a prescrição trienal aplicável.

A modificação ora promovida na sentença não altera a distribuição da sucumbência. Apenas em observância ao disposto no art. 85, § 2º, 8º e 11 do CPC/15, fixo em favor do representante da ré honorários recursais equivalentes a 10% do proveito econômico obtido com o apelo.

Dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010360-94.2016.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., é apelado RAFAEL MINELLI POMPILIO (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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31542)**

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

São Paulo, 27 de abril de 2018.

EGIDIO GIACOIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Plano de Saúde - Obrigação de fazer - Cirurgia em recém-nascido - Procedência - Negativa de cobertura amparada, única e exclusivamente, na falta de cumprimento dos prazos de carência para doenças pré-existentes - Abusividade reconhecida - Recém nascido incluído no plano de saúde dentro do prazo máximo de 30 dias do nascimento - Desnecessidade de cumprimento de carências - Aplicação do art. 12, inc. III, "b", da Lei nº. 9.656/98 - Decisão Mantida - Aplicação do art. 252 do RITJSP. Recurso Improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por Rafael Mielli Pompilio representado pelo seu genitor, em face de Amil Assistência Médica S/A.

A r. sentença de fls. 187/191, cujo relatório adoto, proferida pelo Magistrado **PAULO GUILHERME AMARAL TOLEDO**, julgou procedente o pedido para condenar a empresa ré a autorizar e arcar com o pagamento do tratamento do autor indicado no relatório médico de fls. 26. Pela sucumbência, a requerida foi condenada ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Irresignada, recorre a empresa ré alegando, em apertada síntese, que o menor foi incluído em plano de saúde empresarial, não cumprindo a carência de 180 dias. Também não decorreu o lapso temporal de 2 anos de anuência. Assim, os genitores do menor não cumpriram o prazo de carência para doenças pré-existentes. Afirma que obrigar a empresa ré a custear risco que não se comprometeu fere os princípios basilares do direito. Discorre sobre a validade das cláusulas de exclusão de cobertura. Entende também indevidos os honorários advocatícios ou, ao menos, busca a sua redução. Requer o provimento do recurso.

Recurso tempestivo e preparado a fls. 298.

Contrarrazões a fls. 301/305 pelo improvimento do recurso.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça a fls. 309/312 pelo improvimento do recurso.

Certidão a fls. 316 de decurso do prazo sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Com a devida vênia, a r. sentença deve ser integralmente confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, *in verbis*: "***Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la***".

Consigne-se apenas que, na hipótese dos autos, a pretensão inicial busca a condenação da empresa ré a dar cobertura ao procedimento cirúrgico indicado para o autor, recém nascido, nos termos do relatório médico de fls. 27 (conexão da veia cava superior com a artéria pulmonar direita além da criação de comunicação interatrial para aumentar a mistura das circulações).

A negativa da empresa ré se sustenta, única e exclusivamente, na falta de cumprimento dos prazos de carência para doenças pré-existentes.

Pois bem.

De início, vale consignar que restou incontroverso nos autos que os genitores do autor mantinham contrato de assistência médica com obstetrícia,

Acesso ao Sumário

com a requerida e, dentro do prazo de 30 dias contados do nascimento, fizeram a inclusão do recém-nascido no plano de saúde.

Veja-se que o menor nasceu em 16/11/2015 e foi incluído no plano de saúde em 11/12/2015 (fls. 25)

Aplica-se, portanto, o disposto no art. 12, inc. III, alínea "b", da Lei nº. 9.656/98:

> ***"Art. 12. São facultados a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:***
>
> ***(...)***
>
> ***III - quando incluir atendimento obstétrico:***
>
> ***(...)***
>
> ***b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do seu nascimento ou da adoção".***

Importante observar, ainda, que o documento de fls. 32/33 indica que a própria inclusão do recém-nascido no plano de saúde se deu sem qualquer ressalva com relação a prazos de carência.

Obviamente, sequer se poderia cogitar em doença pré-existente para recém-nascido. Como bem colocaram tanto o d. Magistrado, como o i. Procurador de Justiça, o menor não existia antes do seu nascimento, sequer possuindo personalidade jurídica.

Nesse mesmo sentido, já se decidiu:

> "***Plano de saúde - Redistribuição determinada pela Resolução 737/2016 - Recém-nascido com problemas no pé - Recomendação de cirurgia para correção - Negativa de cobertura de procedimento cirúrgico para correção de problema ortopédico sob a alegação de doença ou lesão preexistente e por ausência do cumprimento do prazo de carência - Súmula nº 25 editada pela ANS supre a necessidade do cumprimento do prazo de carência, bem como supera a alegação de doença ou lesão preexistente - Sentença mantida - Recurso não provido.***" - (Ap. nº. 0003737-88.2010.8.26.0348, Rel. Des. **LUIS MARIO GALBETTI**, j. em 22/06/2017).
>
> "***Plano de saúde. Recusa de cobertura para recém-nascido. Abusividade. Ausência de prova de ciência da doença preexistente pelo segurado. Desnecessidade do cumprimento de carência para atendimento ao***

Acesso ao Sumário

recém-nascido, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de 30 dias do nascimento (art. 12, III, "b" da Lei n. 9.656/98). Inadimplemento contratual da ré. Danos materiais configurados. Indenização integral. Danos morais caracterizados. Situação que ultrapassou o mero aborrecimento ou dissabor cotidiano. Risco à integridade física da segurada recém-nascida. Valor arbitrado (R$ 13.600,00). Indenização mantida. Recurso improvido." - (Ap. nº. 1000268-77.2013.8.26.0100, Rel. Des. **HAMID BDINE**, j. em 16/07/2015).

Assim, mais do que superada a alegação de doença pré-existente, a procedência do pedido inicial era mesmo de rigor.

E a condenação da empresa ré no pagamento dos honorários advocatícios decorre, logicamente, da sua sucumbência, nos termos do que dispõe o art. 85, do Cód. de Processo Civil.

O valor dos honorários advocatícios, aliás, foram fixados no mínimo legal (10% do valor da causa - CPC, art. 85, § 2º), não comportando, portanto, a redução pretendida.

E nada mais é necessário acrescentar diante da adoção integral dos fundamentos que foram deduzidos na r. sentença, e que aqui ficam expressamente adotados para evitar inútil e desnecessária tautologia.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005793-22.2016.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que é apelante JOSÉ FERNANDO BATISTA, é apelado METALQUÍMICA EMPREEND E PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2018/25689)**

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

São Paulo, 27 de abril de 2018.

MIGUEL BRANDI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO - "QUERELLA NULITATIS" -

Vício na citação em ação de usucapião ajuizada pelo apelante em face da apelada - Sentença que a julgou procedente - Recurso do requerido - Alegação de que a nulidade não se deu por sua culpa - Irrelevância - "Querella nulitatis" que tem lugar ante vício processual insanável e absoluto, pouco importando quem seja o responsável - Nulidade confirmada - Ratificação dos fundamentos da sentença - RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Apelação tirada contra a sentença de fls. 441/451, que julgou procedente "ação declaratória de nulidade *querella nulitatis*" de sentença ajuizada pela apelada em face do apelante, para anular a sentença proferida em ação de usucapião n.º 0007384-46.2010.8.26.0266, que tramitou perante a mesma vara, sem, contudo, anular os demais atos de citação e notificação, uma vez que não prejudicados pela nulidade. Consequentemente, declarou nulo o registro imobiliário referente à aquisição originária da propriedade dos imóveis objetos da ação de usucapião (fls. 77 - lotes 08, 09, 10, 11 e 12 da quadra 12 - Jardim Corumbá, comarca de Itanhaém). Condenou o requerido/apelante ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, ressalvada a gratuidade da justiça concedida à parte.

Inconformado, apela o requerido (fls. 456/463), alegando, em síntese, que teria fornecido o endereço correto para a citação da apelada, o que não aconteceu por culpa exclusiva do cartório, que deixou de citá-lo no endereço fornecido, não podendo, portanto, ser prejudicado, pois não teria dado causa à alegada nulidade, cuja existência refuta, ao argumento que há certidão de oficial de justiça em outro processo dando conta que o imóvel do endereço em comento encontrar-se-ia vazio, e que "eventualmente a apelada aparecia para pegar a correspondência". Invoca precedentes que esposariam de seu entendimento. Pugna pelo provimento do recurso, com a improcedência da ação.

Contrarrazões às fls. 481/484.

Este processo chegou ao TJ em 04.12.2017, sendo a mim distribuído em 06.12.2017, com conclusão em 07.12.2017 (fls. 485).

Breve relato.

Indefiro o pedido de revogação da assistência judiciária de fls. 467/469. A parte deverá ingressar com incidente específico.

O recurso não merece provimento.

A decisão merece ser mantida pelos seus próprios e bem deduzidos

Acesso ao Sumário

fundamentos, que ficam perfilhados como razão de decidir pelo desprovimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno desta Corte, que preconiza que "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Referido dispositivo tem larga e irrestrita adoção por este Egrégio Tribunal de Justiça, em observância ao postulado constitucional da razoável duração dos processos, evitando repetições inúteis e procrastinatórias.

A medida possui aceitação pacífica pelo Superior Tribunal de Justiça, que assenta a "*viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum*[1]".

Assim decidiu a sentença recorrida:

"*METALQUÍMICA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA. ajuizou a presente ação declaratória de nulidade 'querella nulitatis' de sentença proferida nos autos da ação de usucapião proposta por JOSÉ FERNANDO BATISTA (autos nº 0007384-46.2010.8.26.0266), partes já devidamente qualificadas. Pretende a parte autora seja declarada nula a sentença de procedência proferida nos autos da ação de usucapião que tramitou por esta vara, a fim de conferir ao então autor da demanda a propriedade dos imóveis de lote nº 08, 09, 10, 11 e 12, da quadra 12, loteamento Jardim Corumbá, nesta Comarca. Alega a parte autora a nulidade do ato citatório, tendo em vista que naqueles autos foi realizada sua citação por edital antes de esgotados todos os meios disponíveis para efetivação de sua citação. Aduziu que apesar da indicação do endereço em que exerce suas atividades, não foi diligenciado o local por oficial de justiça, e tampouco por AR, bem como que o outro endereço encontrava-se incorreto, de maneira divergente daquele informado, o que impossibilitou a sua citação. Disse que em razão desses erros, a ação foi julgada procedente sem o devido contraditório. Sustentou que os imóveis discutidos na usucapião nunca foram abandonados e não tinham construção pois seriam comercializados, tanto que só tomou conhecimento da ação quando foi procurada por um corretor de imóveis com proposta de compra e, ao apresentar o imóvel ao interessado, deparou-se com a notícia de que Jose havia adquirido a propriedade por meio da usucapião. Pretende a procedência do feito com a consequente declaração de nulidade da citação realizada nos autos da ação de usucapião, bem como de todo procedimento posterior do ato citatório. Valorou a causa e juntou documentos (01/50 e 54/100). Devidamente citada, a demanda apresentou contestação/reconvenção às fls. 203/236, átimo em que arguiu, dentre outras considerações, a validade da citação por edital realizada naqueles autos, tendo em vista que houve a tentativa*

1 REsp n.º 662.272/RS, 2ª T., Rel. Min. João Otávio Noronha, j.04.09.2007; REsp n.º 491.963/ES, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, j. 21.11.2005, entre vários outros.

Acesso ao Sumário

de citação da requerente de todas as formas previstas na lei. Alegou que a citação foi destinada ao endereço correto bem como que em outro feito foi constatado pelo oficial de justiça que o local encontrava-se vazio, fazendo o representante da empresa visitas esporádicas, apenas para pegar a correspondência. Disse que a autora se esquiva em ser citada nos processos contra si movidos, deixando seus imóveis abandonados e vazios, ingressando, quando lhe convém, com demandas judiciais, praticando atos de configurada má-fé. Postulou pela improcedência do feito e a condenação da parte autora em litigância de má-fé.

Réplica às fls. 406/412. Instados para especificação de provas (fls. 413/414), demandante e demandada postularam pelo julgamento antecipado da lide (fls. 419/422 autora e fls. 423/430 ré).

Designada audiência para tentativa de conciliação (fls. 431/432), restou infrutífera (fls. 439/440).

É o relato do necessário. FUNDAMENTO e DECIDO.

Trata-se de ação anulatória de sentença proferida na ação de usucapião (autos nº 0007384-46.2010.8.26.0266), sob a alegação de que naqueles autos fora realizada a citação da proprietária do imóvel (ora autora) por edital antes de esgotados todos os meios disponíveis para efetivação de sua citação.

O julgamento antecipado está autorizado, nos termos do artigo 355, inciso I, do CPC, sendo inócuo e despiciendo produzir demais provas pleiteadas, seja em audiência, seja fora dela. Sabe-se que é permitido ao julgador apreciá-las livremente, seguindo impressões pessoais e utilizando-se de sua capacidade intelectual, tudo em conformidade com o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, norteador do sistema processual brasileiro. Neste caso, temos em conta que: 1) os elementos de convicção acostados são suficientes ao deslinde da causa e hábeis a sustentar a linha decisória; 2) quaisquer provas adicionais careceriam de aptidão para modificar o dispositivo; 3) as próprias alegações de ambas as partes, ao delimitar os elementos objetivos da lide, fazem concluir pelo julgamento no estado em que se encontra o processo. Inclusive, ao julgar antecipadamente utilizo-me do poder de velar pela rápida solução do litígio, impedindo que 'as partes exerçam a atividade probatória inutilmente ou com intenções protelatórias', conforme leciona Vicente Greco Filho (Direito Processual Civil Brasileiro. Saraiva, 14ª edição, 1999, p 228).

Nesse sentido:

'CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Julgamento antecipado da lide - Demonstrado nos autos que a prova nele contida já era suficiente para proferir a decisão, a não realização das provas almejadas não implica em cerceamento de defesa, face às provas documentais abojadas nos autos - Preliminar rejeitada' (APELAÇÃO N° 7.322.618-9, 19ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado

Acesso ao Sumário

de São Paulo, em julgamento de 30/07/2009).

Além disso, a prova é destinada ao Juiz, a quem incumbe verificar a efetiva necessidade e pertinência para formar seu convencimento motivado. Entendo suficientes os elementos constantes dos autos, desnecessária a produção de outras provas. Ademais, devidamente instadas as partes para especificação de provas, postularam pelo julgamento antecipado da lide.

Não havendo preliminares a serem apreciadas, volto-me ao mérito da contenda. E, observando que o pedido de nulidade da demanda se funda na falta de citação dos proprietários conhecidos do imóvel usucapido, já adianto, procede a pretensão.

Inicialmente, cumpre anotar que restou devidamente comprovado nesses autos ser a parte autora titular do domínio do imóvel usucapiendo (fls. 35/36, 64/68), uma vez que figura como tal junto ao Cartório de Registro de Imóveis local. Ademais, o fato não é motivo de questionamentos, até mesmo porque figurou como tal no polo passivo dos autos da ação de usucapião.

Pois bem. Antes de passar à análise da alegada nulidade, convém esclarecer sobre o cabimento da presente ação. Não se pode olvidar que o mesmo sistema jurídico positivo que garante o caráter imutável e indiscutível da sentença transitada em julgado, prevê mecanismos excepcionais para a sua desconstituição.

Nesse contexto, a querela nullitatis tem lugar quando um vício processual insanável e absoluto é verificado em uma ação já transitada em julgado. Este vício deve ser grave ao ponto de inviabilizar a própria existência da sentença que se pretende anular. Vale dizer, com a verificação do vício, a sentença sequer poderia ser proferida, sendo absolutamente nula. Ademais, a nulidade apontada não deve ser abrangida pelo rol do artigo 966 do Código de Processo Civil, que trata dos vícios passíveis de arguição através de ação rescisória.

Apesar de não estar prevista expressamente em nosso ordenamento jurídico, a querela nullitatis insanabilis é amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência como meio eficaz de combate às nulidades processuais insanáveis em processos já definitivamente julgados, passíveis de arguição a qualquer tempo, inclusive de ofício pelo magistrado. Nesse diapasão, a querela nullitatis mostra-se como o instrumento adequado para extirpar do mundo jurídico sentenças que sejam fruto de ato processual absolutamente nulo ou inexistente, ante a ausência de algum dos pressupostos de existência (ou de constituição) do processo (como a petição inicial, a jurisdição, a citação e a capacidade postulatória). Em outras palavras, a ação declaratória de inexistência de ato jurídico constitui um remédio jurídico apto para eliminar do mundo jurídico sentença que tenha originado de ato processual eivado de nulidade absoluta, por falta de pressuposto de existência ou de

Acesso ao Sumário

constituição do processo.

Pontes de Miranda esclarece sobre o tema:

'Levou-se muito longe a noção de res iudicata, chegando-se ao absurdo de querê-la capaz de criar uma outra realidade, fazer de albo nigrum e mudar falsum in verum. No entanto, a coisa julgada atende à necessidade de certa estabilidade, de ordem, que evite o moto-contínuo das demandas com a mesma causa.' (...)

'Também nula ipso iure é a (sentença) ferida de morte por alguma impossibilidade: cognoscitiva (sentença incompreensível, ilegível, indeterminável), lógica (sentença invencivelmente contraditória), moral (sentença incompatível com a execução ou a eficácia, como a que ordenasse a escravidão ou convertesse dívida civil em prisão, coisa inconfundível com a detenção civil nos casos especiais da legislação), jurídica (sentença que cria direitos reais além daqueles que o direito permite, como, em Direito civil brasileiro, o fideicomisso do 3º grau).

3. Os meios para se evitar qualquer investida por parte de quem tenha em mão sentença inexistente ou nula ipso iure são os seguintes:

I. Autor, reconvinte, réu ou reconvindo ou qualquer pessoa que litigou subjetivamente à relação jurídica processual, pode volver a juízo, exercer o seu direito público subjetivo com os mesmos pressupostos de pessoa, objeto e causa, sem que se lhe possa opor, com proveito, a res iudicata: as sentenças inexistentes e as nulas ipso iure é que não produzem coisa julgada. (...)

II. Opor-se a qualquer ato de execução, por embargos do executado ou por simples petição: porque, ainda que impossível a prestação, há o ingresso à execução: a sentença de prestação impossível não dá, nem tira; mas, como aparência, vai até onde se lhe declare (note- se bem: declare) a impossibilidade cognoscitiva, lógica, moral ou jurídica.

III. Usando-se o remédio rescisório, a corte julgadora ou o juiz singular (se for o caso, segundo a respectiva legislação processual), na preliminar de conhecimento ou, se juntos preliminar e mérito, no julgamento de iudicium rescindens, dirá que o autor não tem a ação rescisória, que tende à anulação das sentenças, mas a sentença que se pretendia rescindir é inexistente ou nula ipso iure.' (in 'A ação rescisória contra as sentenças, Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1934).

Como pressuposto de validade intrínseco, o processo para existir e ser válido deve conter a citação válida do réu. A citação é um dos atos processuais mais importantes, pois garante na prática o exercício pleno da ampla defesa. Nas palavras do eminente professor e jurista José Frederico Marques:

'Em razão da importância fundamental do ato citatório, consagrada com ênfase pelo novo Código de Processo Civil nos preceitos atrás lembrados (arts. 9º, II, 214 e 741, I) as formalidades e cautelas previstas para a citação têm o cunho e a marca da indeclinabilidade, sendo insanável

Acesso ao Sumário

a nulidade resultante de sua inobservância ou infringência.' (Manual de Direito Processual Civil, v. I, nº 287, p. 336).

Na lição do professor Cândido Rangel Dinamarco:

'Considerada toda essa importância política e sistemática da citação, solenemente a lei a declara indispensável para a validade do processo (art. 214, caput). À falta dela o processo todo será viciado, inclusive o ato final consistente na sentença de mérito (processo de conhecimento) ou entrega do bem (execução).' (Instituições de Direito Processual Civil, Volume II, Malheiros, 6ª Edição, página 523)

Assim, a via eleita pelo autor se mostra adequada à discussão da nulidade apontada na inicial, uma vez que a falta ou nulidade da citação impede que a sentença assim formada transite em julgado, porquanto a relação jurídico-processual não chega a se formar em sua inteireza.

Não se trata de sentença inexistente, mas sim de sentença nula que pode ser reconhecida por meio da querela nullitatis, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

'Citação. Ausência ou nulidade. Sentença proferida e transitada em julgado. Revisão pelo Juiz em petição da empresa ré. Precedentes da Corte. 1. Já decidiu esta Terceira Turma que a 'falta de citação compromete a sentença, que por isso não transita em julgado, devendo o vício ser atacado por ação ordinária' (REsp n° 113.091/MG, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 22/5/2000; REsp n° 331.850/RS, da minha relatoria, DJ de 6/5/02; no mesmo sentido: REsp n° 7.556/RO, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 2/9/91; AgRgREsp n° 599.505/MG, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 29/11/04). 2. Recurso especial não conhecido'. (REsp 649618/SP - Ministro Carlos Alberto).

Há diversos precedentes no Superior Tribunal de Justiça, que afirmam que 'é cabível a ação declaratória de nulidade de sentença proferida em ação de usucapião, por não ter sido citado quem deveria integrar a lide'. (REsp 94811/MG, Min. Cesar Asfor Rocha); além dos REsp 54132/GO, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; REsp 62853/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves; e REsp 26041/SP, Rel. Min. Nilson Naves).

Dito isto, passo à análise da nulidade da citação (alega o autor que o proprietário constante na matrícula do imóvel usucapido foi citado por edital, porém sem que esgotados os meios para efetivação de sua citação pessoal na ação de usucapião).

No caso dos autos, as provas colacionadas indicam que, de fato, o autor da ação usucapienda, ora demandado, não adotou as cautelas necessárias à efetivação da citação pessoal de quem deveria, antes da citação editalícia, medida imprescindível para a validade do ato. Observando o processo de usucapião e em especial ao ciclo citatório é possível verificar que não houve concretização adequada da ciência da demanda, tendo sido apressada a citação editalícia, havida sem observância dos requisitos legais e as cautelas necessárias para tanto.

Acesso ao Sumário

Afinal, 'a utilização da via editalícia, espécie de citação presumida, só cabe em hipóteses excepcionais, expressamente enumeradas no art. 231 do CPC e, ainda assim, após criteriosa análise, pelo julgador, dos fatos que levam à convicção do desconhecimento do paradeiro dos réus e da impossibilidade de serem encontrados por outras diligências'. (STJ-3ª T., REsp 1.280.855, Min. Nancy Andrighi, j. 6.3.12, DJ 9.10.12)" in CPC, Theotonio Negrão, 2013, nota art. 231:1a, p. 332).

Dessuma da documentação acostada que nos autos da ação de usucapião (0007384-46.2010.8.26.0266) na qual figura a autora como parte demandada, conta da petição inicial (vide fl. 15) o endereço para citação da então ré Metalquímica, qual seja, Rua Barão de Itapetininga, nº 255, 8º andar, conjunto 816, São Paulo. Informou ainda o autor daqueles autos outro endereço para citação, a Rua Barão de Itapetininga, nº 50, 4º andar, conjunto 419.

Desta maneira, expedidas cartas de citação da empresa titular do domínio do imóvel (requerida) com endereço para a Rua Barão de Itapetininga, nº 50, 4º andar, conjunto 419, São Paulo (fl. 21), bem como para Rua Barão de Itapetininga, nº 255, 8º andar, conjunto 816, São Paulo (fl. 22).

O AR referente à carta de citação de fl. 21 (nº 50) retornou negativo à fl. 23, com motivo 'desconhecido'. À fl. 24 foi juntado novo AR negativo, porém com o mesmo endereço (nº 50) e mesmo motivo de devolução.

Diante dos ARs negativos, manifestou-se o autor, ora demandado, requerendo a citação da empresa novamente na Rua Barão de Itapetininga, nº 255 e também na Rua do Tesouro, nº 472 (vide petição de fl. 25). Assim, à fl. 26 foi expedida carta precatória com endereço na Rua do Tesouro, com resposta à fl. 33, certificando o oficial de justiça que deixou de efetuar a citação.

Diante das negativas, postulou a parte autora pela citação do demandado por edital, efetivando-se a citação editalícia (fl. 78), com nomeação de curador especial, que apresentou contestação por negativa geral (fls. 72/73). Posteriormente, sobreveio sentença de procedência naqueles autos (fls. 74/77).

Estas foram as tentativas de citação da empresa ré nos autos da ação de usucapião, antes da expedição do edital, nada mais.

Consoante acima exposto, anoto que embora inicialmente expedida carta de citação para o endereço Rua Barão de Itapetininga nº 255 (efetivo endereço da empresa), a correspondência não foi enviada corretamente, sendo encaminhadas duas cartas para o mesmo local (nº 50).

Ademais, não obstante tenha o então autor da lide requerido a citação da empresa à fl. 25 no endereço não diligenciado, além de outro (Rua do Tesouro), foi expedida carta precatória constando somente este último, e não o endereço correto (Rua Barão de Itapetininga, nº 255), que constou inclusive da petição inicial.

Observe-se, ainda, que consta do carne de IPTU o endereço correto da

Acesso ao Sumário

empresa (fl. 36), qual seja, Rua Barão de Itapetininga, nº 255. Consta do referido documento que a empresa atende ainda no conjunto 708, 7º andar, deste mesmo endereço, que não foram diligenciados naquele feito.

Diante do retorno negativo da precatória, postulou a parte de imediato a expedição de edital para citação da empresa por estar em local incerto, porém sem tomar as cautelas necessárias para verificar se todos os endereços haviam sido diligenciados e restados negativos, providência esta que lhe cabia, na medida em que a citação ficta somente é admissível após esgotados todos os meios para localização da parte.

Por representar medida extraordinária, a citação por edital deve ser precedida de providências exaurientes voltadas à localização do demandado, sobretudo nas hipóteses em que remanescem medidas ao alcance do demandante ou passíveis de adoção mediante o concurso do aparelho judiciário, tais como as consultas a base de dados oficiais mediante os sistemas eletrônicos disponíveis, não se pode admitir que a citação seja feita de forma precipitada pelo mecanismo editalício.

Como adverte Marcos Destefenni, 'para que a citação ficta seja válida, exige-se que sejam esgotados os meios possíveis de localização do réu. Afinal, trata-se de hipótese excepcional.' (in Curso de Direito Processual Civil, Volume 1, Tomo I, 2ª ed., Saraiva, p. 153).

A afirmação do então autor da causa de que a empresa ré encontrava-se em lugar incerto e não sabido, em princípio considerada pelo artigo 257, I do Código de Processo Civil, suficiente para dar respaldo à citação por edital, deve ser contextualizada com o caráter extraordinário da medida e com os meios de localização atualmente disponíveis.

O que na verdade transparece da inteligência dos artigos 256 e 257, I, da Lei Processual Civil, é que a citação por edital deve ser reservada para as hipóteses em que restar evidenciada a impossibilidade da citação pelo correio ou por oficial de justiça, sob pena de violação ao devido processo legal e consequente nulidade processual.

Conforme lição de Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

'O juiz só deferirá a citação por edital quando o réu tenha sido procurado, sem êxito, em todos os endereços constantes dos autos, e quando houverem sido esgotadas as possibilidades de localizá-lo. Ela há de ser sempre excepcional, e, antes de deferi-la, o juiz deve avaliar se não há alguma maneira de conseguir que a citação seja feita por carta ou por oficial de justiça.' (Direito processual civil esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 313)

Não se pode, é verdade, recusar de antemão a credibilidade da afirmação do autor da demanda feita em consonância com o disposto no artigo 257, I, do Estatuto Processual Civil. De outro lado, entretanto, também não se pode precipitar o deferimento de uma fórmula excepcional de citação que tem graves consectários processuais.

Acesso ao Sumário

Daí a interpretação lastreada no princípio da razoabilidade: a par da declaração do autor da ação no sentido de que o réu está em lugar incerto e não sabido, a citação por edital deve ser antecedida de todas providências disponíveis para viabilizar a citação pelo correio ou por oficial de justiça.

Nessa diretriz é o magistério da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

'CITAÇÃO POR EDITAL. ESGOTAMENTOS DOS MEIOS PARA LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO. NECESSIDADE. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. É necessário o esgotamento de todos os meios de localização dos réus para que se proceda à citação por edital. Precedentes.' (AgRg no AREsp 430.022/BA, 3ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 11/05/2015). - grifei.

'Para que a citação por edital atinja os efeitos da citação pessoal válida, deve ser precedida pelo esgotamento de todos os meios possíveis para a localização do devedor.' (AgRg. no AREsp. 12.392/RS, 2ª T., rel. Min. Humberto Martins, DJe 26/10/2011). - grifei.

'1. A citação é o ato de comunicação responsável pela transformação da estrutura do processo, até então linear - integrado por apenas dois sujeitos, autor e Juiz - em triangular, constituindo pressuposto de eficácia de formação do processo em relação ao réu, bem como requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem, nos termos dos arts. 214 e 263 do CPC. 2. A utilização da via editalícia, espécie de citação presumida, só cabe em hipóteses excepcionais, expressamente enumeradas no art. 231 do CPC e, ainda assim, após criteriosa análise, pelo julgador, dos fatos que levam à convicção do desconhecimento do paradeiro dos réus e da impossibilidade de serem encontrados por outras diligências. Precedentes.' (REsp. 1.280.855/SP, 3ª T., rela. Mina. Nancy Andrighi, DJe 09/10/2012).

Levando-se em consideração, portanto, que conforme acima exposto, a citação por edital nos autos da ação de usucapião não foi precedida do esgotamento dos meios para a localização da empresa autora da presente, sobretudo quando se leva em consideração a vasta gama de sistemas à disposição do Juízo que sequer chegaram a ser consultados pela parte naquele feito, conclui-se pela nulidade do ato cominada expressamente no artigo 280 do Código de Processo Civil, in verbis: 'As citações e as intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais'.

Desta forma, de rigor o reconhecimento da nulidade pretendida. A citação no processo de usucapião é nula e, como tal, nula é também a sentença que o declarou e os demais atos subsequentes.

Quanto aos efeitos da nulidade da sentença, colaciono a jurisprudência do E. STJ:

'Na proclamação de nulidades deve o Tribunal declinar quais os atos

Acesso ao Sumário

que são atingidos, os efeitos e a extensão tudo para que se cumpra o comando da retificação ou da repetição do ato' (STJ, REsp 124.775/PE, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, jul. 15.09.1998, DJ 20.10.2003, p. 270).

No caso dos autos de usucapião nº 0007384-46.2010.8.26.0266 anoto que o ciclo citatório, conforme aqui analisado ficou prejudicado pela ausência de citação da parte demandada, titular do domínio dos imóveis objetos da ação.

Contudo, consoante sentença acostada às fls. 74/77, observo que as cientificações das Fazendas Públicas e as citações dos confrontantes e confinantes foram regulares e não devem refeitas. Ademais, verifico que não há alteração na descrição do objeto da ação, o que foi amplamente discutido naqueles autos.

Portanto, não vislumbro a necessidade de declarar a nulidade in totum do processo e, portanto, concluo que os efeitos da nulidade devem limitar-se tão somente à complementação da citação do autor desta demanda, naquele feito, devendo ser preservados todos os demais atos de cientificação, citação e descrição dos imóveis da ação de usucapião. Retomada a marcha processual, deverá o autor desta lide ser citado para apresentar resposta à ação, momento a partir do qual o processo voltará a ter seu trâmite regular.

Finalmente, respeitante às alegações de litigância de má-fé, entendo não procederam os fundamentos das partes.

Como cediço, um dos escopos do processo é exatamente proporcionar um resultado rápido, justo e eficaz às partes que se encontram dentro da controvérsia. Assim, o processo deve ser visto como um instrumento a serviço do direito material. Dentre essas conclusões, observa-se que um dos principais meios para atingir a finalidade primordial do processo é a atuação das partes, conforme os princípios de lealdade e boa fé processual.

Como regramento de uma atividade, a lei processual estabelece comportamentos estimulados, tolerados e reprimidos. Os comportamentos reprimidos são aqueles que colocam em perigo os princípios fundamentais que a ordem constitucional inseriu como alicerces do processo. Entre estas condutas, destacamos aquelas elencadas no artigo 80 do CPC, as quais, uma vez verificadas, ensejam a aplicação do disposto no artigo 81 do mesmo diploma legal.

Todas as condutas previstas são referentes ao processo, isto é, são fatos praticados dentro do processo, no desenrolar da lide ou, ainda que além das linhas processuais, estão relacionados ao feito.

Destaco, por oportuno, que o rol do citado artigo 80 é taxativo, eis que, pelas regras da hermenêutica, dispositivos que condensam fórmulas de limitação de direitos, e com muito mais razões se tratam de norma punitiva, devem ser interpretados de forma restritiva, não se admitindo

Acesso ao Sumário

a extensão.

Nesse sentido:

'PROCESSUAL CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REQUISITOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO. 1. Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17, do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa. 2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para excluir do acórdão recorrido a condenação por litigância de má-fé.' (REsp 250781 / SP rel. Ministro José Delgado Primeira Turma J. 23.5.2000).

'Litigância de má-fé. Hipótese dos autos que não se enquadra no rol taxativo do artigo 17 do CPC. Precedente jurisprudencial do STJ. Direito de defesa não observado. Condenação afastada. Recurso provido.' (TJSP, AC n. 9210585-33.2007.8.26.0000 rel. Des. Mello Pinto - 28ª Câmara da Seção de Direito Privado J. 14.02.2012).

Neste contexto, não verifico a alegada prática a ensejar a condenação nestes autos à penalidade prevista no artigo 81 do CPC, porquanto as argumentações apresentadas não extrapolam os limites da boa-fé e da lealdade processual, sendo admissíveis como tese de defesa, ainda que não demonstrem o direito alegado.

Destarte, indevida a condenação por litigância de má-fé.

Desta forma, por todo o acima exposto, com fundamento no artigo 487, I do CPC, JULGO PROCEDENTE a ação para ANULAR A SENTENÇA proferida nos autos da ação de usucapião nº 0007384-46.2010.8.26.0266, que tramitou perante esta Vara, sem, contudo, anular os demais atos de citação e notificação, uma vez que não prejudicados pela nulidade.

Em consequência, DECLARO NULO o registro imobiliário referente a aquisição originária da propriedade dos imóveis objetos da ação de usucapião (vide fl. 77 lotes 08, 09, 10, 11 e 12 da quadra 12 Jardim Corumbá, nesta Comarca).

Sucumbente, a parte perdedora arcará com o pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados estes em 10% do valor atualizado da causa, porquanto não há condenação principal e não é possível mensurar o proveito econômico obtido (art. 85, §4º, inc. IV, do NCPC). Tudo em vista do grau de zelo, do lugar de prestação do serviço, da natureza e importância da causa, do trabalho realizado pelo procurador da parte vencedora e do tempo exigido, ex vi do §2º do art. 85 do CPC, ressalvada a gratuidade que ora defiro ao demandado.

DESDE logo, todavia, independentemente do trânsito em julgado, oficie-se ao CRI local para que averbe perante as matrículas dos imóveis acima indicados a existência da presente demanda, a fim de que se dê

Acesso ao Sumário

publicidade a terceiros.

Com o trânsito em julgado:

a) expeça-se OFÍCIO AO CRI LOCAL comunicando a respeito da presente decisão.

b) traslade-se cópia desta sentença para os autos da usucapião nº 0007384-46.2010.8.26.0266, procedendo-se, naquele feito, a citação do proprietário constante na matrícula dos imóveis usucapiendos para os termos da lide e apresentação de resposta, no prazo legal. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Transitada em julgado, cumpra-se o quanto acima deliberado e, nada sendo requerido, ao arquivo, com as cautelas de estilo."

Manifesta a percuciência com que o Magistrado de Primeiro Grau proferiu a decisão objurgada, analisando detida e minuciosamente as questões que ora são deduzidas em Grau Recursal, em nada infirmadas pelas razões recursais do apelante, de forma que qualquer nova consideração por esta Corte resultaria em desnecessária redundância, pela simples repetição dos argumentos peremptórios exarados pelo Juízo.

Longe de ser comodismo a adoção/ratificação dos fundamentos da sentença em Segundo Grau - bem ao contrário; artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal, mantido após atualização desta norma à luz do Código de Processo Civil de 2015, permite a simples prática, aceita, inclusive, pelos Tribunais Superiores.

Reproduzir os fundamentos que estou adotando reforça minha compreensão e a explicita, sendo técnica perfeitamente consonante e escorreita da atividade jurisdicional.

Anoto, apenas, que o prejuízo experimentado pelo apelante é mínimo, pois, como visto, não houve a nulidade dos demais atos processuais praticados, cumprindo só restabelecer o contraditório para a pessoa da apelada. Caso o resultado venha a se reverter, reforçado estará o direito do apelante; caso contrário, reforçado estará o acerto de se reconhecer a nulidade da citação.

Por todo o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, fixando honorários advocatícios recursais em 20% do valor atualizado da causa (10% fixados em Primeira Instância e 20% nesta), nos termos do art. 85, §11, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001635-76.2017.8.26.0010, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SULAMÉRICA

COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, é apelado YASMIN ROMANOSCHI RODRIGUEZ GONÇALES (JUSTICA GRATUITA) (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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 21409)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente sem voto), ROSANGELA TELLES e HERTHA HELENA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 3 de maio de 2018.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - AUTORA RECÉM-NASCIDA - USO DO MEDICAMENTO SYNAGIS - RECUSA INADMISSÍVEL - CONTRATO QUE NÃO VEDA A COBERTURA DO TRATAMENTO PRESCRITO - A ESCOLHA DO TRATAMENTO É ATRIBUIÇÃO DO MÉDICO ASSISTENTE E NÃO DA OPERADORA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de Apelação Cível, vergastando a R. sentença de fls., que em Ação de Obrigação de Fazer, julgou procedente o feito, para que a Requerida forneça e custeio o medicamento "Palivizumabe/Synagis", na forma descrita na inicial e documento de fls. 23/24.

Inconformada, recorre a Ré, alegando que nunca descumpriu o contrato celebrado com a Apelada; não há cobertura contratual para o medicamento solicitado. Pugna pela reforma da r. sentença para julgar improcedente o pedido.

Recurso com processamento bastante. Respondido.

Fala Ministerial às fls. 311/314.

Esse o breve relatório.

Com efeito, a R. sentença merece prevalecer, e não ficou abalada pelas razões de recurso.

Inicialmente, cumpre informar que o contrato de assistência médico-hospitalar admite cláusulas de exclusão de cobertura. No entanto, não incide, neste caso, a regra do Artigo 10 da Lei 9.656/98 porque o medicamento prescrito constitui modalidade de tratamento da doença coberta pelo instrumento

Acesso ao Sumário

contratual.

A Autora - hoje com pouco mais de um ano de idade - nasceu prematura e necessitando permanecer internada na UTI. O atendimento ao recém-nascido tem cobertura contratual e sobre isso não se controverte, tanto que a Autora recebeu suporte para hospitalização e não refutado pela Ré. É certo que após o diagnóstico quanto ao estado de saúde da Apelada, prescreveu-se a medicação Synagis (Palivizumabe), cuja cobertura foi-lhe negada, de modo a comprometer ainda mais a sua saúde, sob a justificativa do procedimento ser de caráter profilático.

Ora, se o contrato não exclui o procedimento de atendimento ao recém-nascido, fato incontroverso no caso concreto, não se pode excluir o tratamento prescrito destinado à melhora de sua saúde, ou, profilático, por visar ao afastamento de afecções outras; demais disso, referido contrato não veda a cobertura do tratamento prescrito, e o simples fato de o fármaco ser administrado por via vacinal não tem o condão de eliminar a forma de eliminação da PATHOS coberta - o que nem é negado pelo insurgente; de sorte que se não pode obstar cobertura do remédio quando o médico atesta ser imprescindível para o sucesso da convalescença do segurado - que deveras é menor - lembrando-se sempre do Princípio da Proteção Integral, na hialina exegese do Art.1º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora seja possível a exclusão de cobertura para tratamentos experimentais clínicos ou cirúrgicos, o medicamento prescrito (Synagis) não se enquadra em nenhuma das hipóteses retro, tendo em vista que é devidamente registrado pela ANVISA, cabendo ao médico especialista, que conhece o quadro clínico de seu paciente, prescrever o tratamento ou medicamento mais indicado.

Ademais, verifica-se que o remédio é indicado "*(...) à prevenção de doença grave do trato respiratório inferior causada pelo vírus sincicial respiratório (VSR) em pacientes pediátricos com alto risco para doença por VSR. A segurança e a eficácia foram estabelecidas em crianças prematuras (com menos de 35 semanas de idade gestacional), em crianças portadoras de displasia broncopulmonar sintomática e em portadores de cardiopatia congênita hemodinamicamente significativa menores de 2 anos de idade*". (informações retiradas do Site da ANVISA, em bulário eletrônico, cujo acesso foi realizado em 23 de setembro de 2014: (endereço eletrônico constante no texto original)).

Ora, a escolha do tratamento é atribuição do Esculápio, e não da Operadora. Não se admite prejuízo à livre atuação do profissional, ética e juridicamente responsável pelo exercício da sua arte e ciência. Ainda nesse sentido, o entendimento do Magnífico Superior Tribunal de Justiça: "*A exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a*

Acesso ao Sumário

finalidade básica do contrato". (REsp nº 183.719 - 4ª Turma - Rel. Min. Luis Felipe Salomão - DJe 13.10.2008).

O Plano pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a afecção detém acatamento no ajuste, como aqui apurado, é inviável vedar o fornecimento do medicamento pelo simples fato de ser esta a alternativa do auxílio na recuperação da saúde da infanta. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber atendimento pelo método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. (STJ, 3ª Turma, REsp nº 668.216/SP, relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. 15/3/2007).

Assim, invoca-se o Art. 252 do Regimento Interno desta Relação para NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000838-38.2017.8.26.0160, da Comarca de Descalvado, em que é apelante SÃO FRANCISCO SISTEMAS DE SAÚDE SOCIEDADE EMPRESARIAL LTDA., é apelado MARIO PAIVA.

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 38.621)**

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

São Paulo, 7 de maio de 2018.

SALLES ROSSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Danos que, segundo a inicial, decorem da rescisão unilateral do contrato por inadimplência imputada ao autor - Decreto de procedência - Equivocado o cancelamento do contrato - Desatendida providência prevista no art. 13, II, da Lei 9.656/98 (aplicável, inclusive, a planos coletivos por adesão, como a hipótese dos autos) - Incidência, ainda, da Súmula

94 deste E. Tribunal de Justiça - Ademais, efetuado o pagamento da mensalidade em aberto, bem como das posteriores - Dano moral ocorrente, tendo em vista o cancelamento indevido do plano e a conduta da ré, emitindo os boletos dos meses subsequentes (devidamente adimplidos), em nítido comportamento contraditório - Fixação em R$ 1.5000,00 que atende à finalidade da condenação - Redução - Descabimento - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de Apelação interposta contra a r. sentença proferida em autos de Ação de Indenização por Danos Morais, julgada procedente para determinar que a ré restabeleça o plano de saúde em favor do autor, no prazo de quinze dias, sob pena de multa de R$ 5.000,00, bem como a importância de R$ 1.500,00 a título de danos morais, corrigida monetariamente e acrescida de juros moratórios, ambos desde a data do sentenciamento, tornando definitiva a tutela antecipada, arcando ainda e finalmente com as custas, despesas processuais e verba honorária, fixada em 10% sobre o montante da condenação.

Inconformada, apela a vencida (fls. 229 e seguintes), sustentando a necessidade de reforma integral da r. sentença guerreada, sob o argumento de que a notificação foi enviada ao endereço de residência do apelado, não sendo necessário o recebimento pessoal, sendo válido o cancelamento, ante a situação de inadimplência. Refuta ainda a ocorrência de dano moral indenizável, sendo que a rescisão por inadimplência, matéria contratual, afasta a pretensão reparatória a esse título deduzida. Aguarda o provimento recursal, julgando-se a ação improcedente.

Contrarrazões às fls. 251/255

É o relatório.

Inicialmente, recebo o apelo interposto, no duplo efeito (à exceção do tópico que confirmou a tutela antecipada), na forma do artigo 1.012, *caput* e inciso V, do Novo CPC, passando ao seu julgamento, conforme autoriza o inciso II do artigo 1.011 do mesmo Estatuto.

O recurso não comporta provimento.

Em que pesem os reclamos das demandadas, restou amplamente evidenciado que o cancelamento do plano foi irregular.

A questão fora, aliás, prontamente analisada por esta Turma Julgadora no âmbito do Agravo de Instrumento nº: 2187499-06.2017, nos seguintes termos:

"*Vale, pois, dizer e até mesmo reiterar que a manutenção do autor/agravado junto ao plano de saúde, em sede de cognição sumária, mostra-se*

Acesso ao Sumário

justificada, conquanto, não obstante o inadimplemento da mensalidade vencida em dez/2016, foram adimplidas aquelas vencidas nos meses subsequentes (o que, em princípio, demonstrou interesse da agravante na manutenção da avença).

Tal qual já se observou, o cabimento da rescisão da avença é questão a ser dirimida por ocasião do sentenciamento, salientando que não se há cogitar em prejuízo à agravante, tendo em vista que a manutenção do agravado junto ao plano está condicionada ao adimplemento da mensalidade em aberto (tendo a r. decisão recorrida fixado prazo para tal finalidade, sob pena de cancelamento da medida de urgência)..."

O processamento do recurso não alterou o entendimento acima, mostrando-se, de fato, descabida a rescisão unilateral da avença, seja porque as mensalidades vencidas nos meses subsequentes foram regularmente pagas pelo apelado, seja porque e especialmente ter restado descumprido o artigo 13, II, parágrafo único, da Lei nº 9656/98, que veda a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja **comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência**. Tal providência não foi atendida corretamente pela ré, já que a notificação endereçada ao autor foi entregue após referido prazo (ou seja, no 76º dia - fls. 254).

Injustificada, pois, a conduta da operadora apelante, ao rescindir unilateralmente o contrato, reiterando que o pagamento foi realizado pelo demandante, assim como dos meses subsequentes.

Diante de tal quadro, inexistia causa para a rescisão unilateral, que, na hipótese em exame, mostrou-se abusiva. Nesse sentido, confira-se o julgado extraído dos autos do Agravo de Instrumento n. 435.034-4/7, da 3ª Câmara de Direito Privado, que teve como Relator o Desembargador CAETANO LAGRASTA, conforme ementa a seguir transcrita:

"**SEGURO SAÚDE - Tutela antecipada - Continuidade do contrato - Rescisão por atraso que depende da comprovação de notificação clara - Ausência de prejuízo, ante a continuidade do plano com pagamento das parcelas - Tutela concedida mantida - Recurso improvido.**"

No mesmo sentido:

"**SEGURO - Saúde - Plano privado - Segurado inadimplente - Rescisão unilateral por parte da seguradora sem prévia notificação - Impossibilidade - Contrato que tem renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência e que só termina por opção do consumidor - Violação aos arts. 51, § 1º, inc. II e III e 54, § 2º do Código de Defesa do Consumidor e 35, § 4º da Lei 9.656/98 - Ação de obrigação de fazer cumulada com pedido**

Acesso ao Sumário

de dano moral procedente - Recurso desprovido (Apelação nº 486.137.4/5 - São Paulo - 3ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. Antonio Maria - 17/04/97 - v.u.)".

Se não houve prévia e regular notificação do segurado, atentando-se ainda para a ausência de desequilíbrio econômico do contrato (seja porque inadimplência não houve, além da continuidade do pagamento das prestações), inexistia causa legal a autorizar o cancelamento unilateral do contrato.

No mesmo sentido, o disposto na Súmula 94 deste E. Tribunal de Justiça (*A falta de pagamento da mensalidade não opera, per si, a pronta rescisão unilateral de plano ou seguro de saúde, exigindo-se a prévia notificação do devedor com prazo mínimo de dez dias para purga da mora*).

O dano moral, de outra parte, é incontroverso. Dispensava mesmo a dilação probatória, posto que o constrangimento sofrido pela rescisão injustificada e unilateral do plano de saúde, só por isso, já demonstra que não se cuida, aqui, de qualquer aborrecimento corriqueiro, mas de algo que trata da vida humana e do interesse necessário de todos para defendê-la íntegra. Afinal, os planos de saúde não podem se limitar à preocupação de prestar o serviço. Necessitam mais, precisam prestar assistência.

A finalidade do valor a ser pago é desestimular a reiteração da conduta daquele que deveria assistir e não assistiu. Daquele que deveria garantir a assistência e não garantiu. Daquele que tentou furtar-se da obrigação essencial para a qual foi contratado.

A dor moral é evidente, assim como o nexo causal. Não se cuida aqui de mera recusa fundada em discussão ou interpretação de cláusula contratual (o que, via de regra, afasta a indenização a esse título). A questão aqui discutida foi mais além, já que o cancelamento indevido ocorreu por parte da apelante que continuou a emitir os boletos das mensalidades posteriores (e que foram também pagas pelo autor), em comportamento evidentemente contraditório, devendo-se atentar que se cuida de pessoa idosa.

Decidindo caso similar (qual seja, recusa de cobertura e indenização por danos morais), decidiu esta 8ª Câmara e Relatoria, no julgamento da Apelação Cível nº. 470.452.4/0-00, cuja ementa apresenta a seguinte redação:

"**PLANO DE SAÚDE - AÇÃO COMINATÓRIA C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Sentença que não padece de nulidade - Preenchimento dos requisitos do art. 458 do CPC - Desnecessidade de dilação probatória - Matéria exclusivamente de direito (art. 330, I, do CPC) - Doença preexistente - Carência - Abusividade da restrição de carência e internação, que contraria o artigo 12, V, 'c' da Lei 9.656/98, que estipula prazo de vinte e quatro horas para atendimento dos casos de urgência e emergência (hipótese dos autos) - Situação emergencial**

Acesso ao Sumário

devidamente comprovada - Dano moral ocorrente, resultado do sofrimento com a negativa de cobertura - Fixação do montante que deve se adequar à capacidade da parte vencida, além de desestimular a reiteração do ato - Condenação em obrigação de fazer - Perda do objeto, diante do cumprimento da tutela antecipada - Condenação do autor em litigância de má-fé - Descabimento - Conduta do recorrido que não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 17 do CPC, cujo rol é taxativo - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido."

Devida a indenização, passa-se a examinar a questão relativa ao *quantum* indenizatório.

É certo que não existe um critério determinado para o arbitramento de indenização a título de dano moral. A fixação fica ao livre arbítrio do julgador que deve observar a particularidade do caso que lhe é apresentado a decidir. Deve-se balizar sempre pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visando ao mesmo tempo compensar a dor sofrida e desestimular o causador do dano a reiterar o ato praticado.

De outra parte, não deve gerar o enriquecimento ou empobrecimento de qualquer das partes; nem daquela que busca a reparação, tampouco da que ocasionou o dano.

Nesse sentido, merece transcrição trecho da Apelação Cível n. 218.449-1, que teve como Relator o eminente Desembargador ANTONIO MANSUR, que em tudo se enquadra à hipótese aqui discutida:

"**É sabido, à saciedade, que a indenização, em casos como o retratado nestes autos, deve situar-se, o mais possível dentro da razoabilidade e da realidade, evitando-se, ainda, que a vítima de dano moral venha a enriquecer-se por conta do mesmo; não é esta, à toda evidência, a intenção da lei; o dano moral não pode e não deve ser causa de enriquecimento do ofendido; a indenização, em pese ao arbítrio do Magistrado, deve ser fixada em montante compatível, considerados o grau de culpa, a posição do ofendido na sociedade e a capacidade econômico-financeira do causador do dano.**"

Colocadas essas premissas, entendo que a importância de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), corrigida e acrescida de juros de mora, desde a data do arbitramento, atende aos critérios ora delimitados, bem como a finalidade de desestimular o ofensor a reiterar a prática e também é apta a reparar o dano experimentado pelo ofendido. Descabida sua redução.

Fica, pois, mantida a r. sentença guerreada, em seus inteiros termos.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010983-90.2016.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante J.A.S.S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado C.E.B.S. (JUSTIÇA GRATUITA).

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 32475)**

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

São Paulo, 8 de maio de 2018.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA DE MENOR. Pretensão do genitor em face da genitora. Sentença de procedência, para deferir a guarda compartilhada, com manutenção da residência da filha comum na casa paterna e visitação da mãe nos finais de semana alternados, das 18h da sexta-feira às 18h do domingo, além de ser regulamentada a convivência durante datas especiais, final de ano e férias. Apela a ré sustentando necessidade de fixação da guarda unilateral em seu favor ou ampliação da visitação. Descabimento. Princípio do melhor interesse para a criança. Laudos social e psicológico favoráveis à manutenção da residência da menor no lar paterno. Ampliação do período de visitação determinado pela sentença, em relação à decisão liminar, consoante o desejo da genitora expressado quando do estudo psicológico, o qual também concluiu pela concessão da visitação nos finais de semana. Alternância para que o genitor também possa conviver com sua filha nos finais de semana. Nada impede que as partes por meio do consenso ampliem a visitação, tudo em prol do regular desenvolvimento da criança, o que já se demonstrou ser do interesse do genitor. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f. 277/280, que julgou procedente ação de modificação de guarda de menor proposta pelo genitor contra a genitora, para deferir a guarda compartilhada, com manutenção da residência da filha comum na casa paterna e visitação da mãe nos finais de semana alternados, das 18h da sexta-feira às 18h do domingo, além de ser regulamentada a convivência durante datas especiais, final de ano e férias. Verba honorária arbitrada em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade processual.

Apela a ré (f. 288/296), sustentando: (i) guarda compartilhada estabelecida pela sentença impõe a convivência materna em finais de semana alternados, modificando o tempo de permanência anterior à sentença, quando a menor permanecia com a apelante todos os finais de semana; (ii) melhor interesse para a criança é a guarda unilateral em favor da apelante; (iii) alteração da guarda implicou desajuste na rotina da criança e rompimento brusco da convivência familiar e social, até mesmo com seus irmãos; (iv) inocorrentes atos lesivos ao desenvolvimento da menor que impusesse a modificação da guarda; (v) criança implora para retornar ao lar materno; (vi) subsidiariamente, requer a ampliação do período de convivência.

Recurso respondido (f. 301/310).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (f. 329/331).

É o relatório.

O apelo não procede.

O critério que deve nortear o Juiz para decidir acerca da guarda será sempre o do que for mais favorável ao interesse do menor, que prepondera sobre supostos direitos reivindicados por qualquer um dos interessados.

A propósito, orienta o STJ:

Direito da criança e do adolescente. Recurso especial. Ação de guarda de menores ajuizada pelo pai em face da mãe. Prevalência do melhor interesse da criança. Melhores condições.

- Ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que não se pode delir, em momento algum, porquanto o instituto da guarda foi concebido, de rigor, para proteger o menor, para colocá-lo a salvo de situação de perigo, tornando perene sua ascensão à vida adulta. Não há, portanto, tutela de interesses de uma ou de outra parte em processos deste jaez; há, tão-somente, a salvaguarda do direito da criança e do adolescente, de ter, para si prestada, assistência material, moral e educacional, nos termos do art. 33 do ECA. (...) (Resp 964836/BA, Terceira Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 02.04.09).

Acesso ao Sumário

Pois bem. A filha dos litigantes nasceu em 06.08.2010 (f. 11).

O estudo social produzido no início da lide apontou que a ré-apelante possui pouco respaldo social e certa fragilidade. Em visita domiciliar à casa da recorrente foi encontrada a menor, à época com 6 anos de idade, apenas na companhia da sua irmã, com 11 anos, o que colocaria "*em dúvida a qualidade da rede de apoio que J. possui, assim como tornando questionáveis suas noções de cuidado e proteção*" (f. 39).

Constou também do laudo: "*Nas informações obtidas com a rede serviços, há indícios de que a genitora realmente faça uso de álcool, inclusive, indo buscar a filha na escola com sinais de ter ingerido álcool, sendo percebido pelo cheiro, tremor e olhos vermelhos. Alguns destes sinais também puderam ser observados durante a entrevista com a requerida neste setor*" (f. 39).

Tal estudo conferiu supedâneo à concessão liminar do pedido de alteração da guarda (f. 63), com regulamentação das visitas aos domingos das 13h às 21h, com supervisão da irmã do autor-apelado (f. 163).

No laudo psicológico observou-se uma situação melhor da mãe e uma necessidade compreendida pelo pai de ampliação do convívio dela com a criança. Na ocasião a genitora afirmou o interesse de estar com a criança nos finais de semana, de sexta-feira depois da aula até domingo, porque a criança nesse período permanecia com uma tia do genitor (f. 241).

A prova técnica foi conclusiva ao dispor: "*a guarda compartilhada se apresenta como uma medida que irá atender de forma mais consistente os interesses da criança, mantendo por ora o lar paterno como de referência e ampliando a convivência da criança com a mãe, especialmente nos finais de semana (período que a criança tem permanecido com terceiros, irmãos) feriados, etc.*" (f. 243).

A sentença acompanhou a sugestão da psicóloga ao garantir a visitação da apelante nos finais de semana alternados, com retirada da criança do lar paterno às 18h da sexta-feira e devolução às 18h do domingo. Além de regulamentar a convivência durante datas especiais, final de ano e férias (f. 280).

Houve ampliação do período, uma vez que a visita não ficou restrita a uma parte do domingo, com monitoramento e sem pernoite, como estabelecida na decisão liminar.

Observa-se que na fase de memoriais o pai havia concordado com a visitação da genitora em todos os finais de semana, exceto em relação a um domingo por mês (f. 263).

No entanto, a fixação em finais de semana alternados como determinado pela sentença melhor ampara o interesse da criança, porque também poderá ela desfrutar de finais de semana com o genitor.

Nada impede que as partes por meio do consenso ampliem a visitação,

Acesso ao Sumário

tudo em prol do regular desenvolvimento da criança, o que já se demonstrou ser do interesse do genitor.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso. Majora-se a verba honorária para 15% do valor da causa, nos termos do § 11 do art. 85 do CPC/2015, observada a gratuidade processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0714495-31.2012.8.26.0020, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO e UNIMED FESP, são apelados ALESSANDRO VINÍCIUS CESAR HENRIQUES (JUSTIÇA GRATUITA), LUCAS FERNANDO CESAR HENRIQUES (JUSTIÇA GRATUITA), NADIR DE SOUZA HENRIQUES (JUSTIÇA GRATUITA) e GIULIANA CRISTINA CESAR HENRIQUES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19734)**

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

São Paulo, 10 de maio de 2018.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO. Relator

EMENTA: Apelações. Plano de Saúde. Ação de obrigação de fazer. Sentença de parcial procedência. Inconformismo das corrés. Descabimento. Legitimidade passiva da Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico Admissibilidade. A jurisprudência desta Corte Paulista tem se firmado no sentido de que as pessoas jurídicas pertencentes à Unimed constituem o mesmo grupo econômico, não se podendo exigir que o consumidor faça diferenciação entre elas. Interesse de agir da parte autora configurado. Aplicabilidade do CDC. Demonstradas as falhas na prestação dos serviços realizados por ambas as rés. Danos morais configurados. Valores

Acesso ao Sumário

mantidos (R$ 20.000,00 para a Unimed Paulistana e R$ 30.000,00 para a Unimed FESP). Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Inaplicabilidade de fixação de honorários sucumbenciais recursais. Recursos desprovidos.

VOTO

Apelações interpostas contra a sentença de fls. 304/314, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de obrigação de fazer movida por Alessandro Vinicius César Henriques, Giuliana Cristina César Henriques, Lucas Fernando César Henriques e Nadir de Souza Henriques (herdeiros de Carlos César Henriques) em face de Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico e Unimed FESP para: a) confirmar a tutela antecipada deferida às fls. 25/26 e fls. 147, que determinou que a ré autorizasse o falecido Carlos César Henriques no Hospital Igesp e a realização de todos os procedimentos prescritos pelo médico, inclusive quimioterapia, radioterapia, cirurgias e o que se mostrar necessário, fornecendo autorização imediatamente após a solicitação médica; b) condenar a ré Unimed FESP a custear a internação e os procedimentos médicos realizados no falecido, no Hospital Igesp, diante do contrato havido com o paciente, observado pelas rés as regras de intercâmbio entre as Unimeds; c) condenar a ré Unimed Paulistana ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 20.000,00, mais correção monetária pela tabela do TJSP desde a data da publicação da sentença, mais juros legais de 1% ao mês a contar da mesma data; d) condenar a ré Unimed FESP ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 30.000,00, mais correção monetária pela tabela do TJSP desde a data da publicação da sentença, mais juros legais de 1% ao mês a contar da mesma data. Diante da sucumbência maior, ficam as rés condenadas ao pagamento das custas e despesas processuais, mais honorários advocatícios sucumbenciais a favor do patrono da autora, fixados em R$ 2.500,00 a cargo da ré Unimed Paulistana e em R$ 3.500,00 a cargo da ré Unimed FESP, por equidade.

A corré Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico apela e pugna pela reforma da sentença, pelas razões apresentadas às fls. 317/327. Recurso tempestivo, preparado (fls. 329/331) e não respondido (fls. 585).

A corré Unimed FESP apela e pugna pela reforma da sentença, pelas razões apresentadas às fls. 332/350. Recurso tempestivo, preparado (fls. 354/355) e não respondido (fls. 585).

É o relatório.

Não há que se falar em ilegitimidade passiva da corré Unimed Paulistana, ficando rejeitada a alegação preliminar.

Acesso ao Sumário

Este Tribunal vem reiteradamente firmando jurisprudência no sentido de que as pessoas jurídicas pertencentes à Unimed constituem um mesmo grupo econômico, não se podendo exigir que o consumidor faça diferenciação entre elas, entendimento compartilhado por este Relator.

Confiram-se os julgados:

Agravo de Instrumento nº 2247541-55.2016.8.26.0000 - *Agravo de Instrumento. Plano de saúde. Antecipação de tutela. Decisão que determina o fornecimento de medicamento à conveniada. Irresignação da Unimed de Barretos. Tese de que é parte ilegítima para responder à ação, já que o contrato de prestação de serviços foi celebrado entre a consumidora e a Unimed Nordeste Paulista. Desacolhimento. Cooperativas interligadas e que integram o mesmo conglomerado econômico, atuando de modo integrado por meio de intercâmbios entre as unidades. Regionalização pelo desempenho das atividades. Irrelevância. Entidade única. Amplo atendimento em rede demonstrada em propagandas publicitárias. Teoria da aparência. Aplicabilidade do CDC. Responsabilidade solidária. Precedentes. Agravo desprovido*. (Relator(a): RÔMOLO RUSSO; Comarca: Barretos; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 22/03/2017; Data de registro: 22/03/2017 - grifei)

Apelação nº 1084738-70.2015.8.26.0100 - *Plano de saúde. UNIMED. Recusa do plano de saúde em custear o tratamento oncológico do agravante no Hospital Nove de Julho. Preliminares. Ilegitimidade passiva da Unimed FESP não caracterizada. Unimeds que atuam de modo integrado por meio de intercâmbios entre as unidades, formando um único grupo econômico. Solidariedade reconhecida. Cerceamento de defesa não configurado. Conjunto probatório suficiente para o julgamento antecipado. Mérito. Categoria do plano do autor que não tem cobertura para hospital escolhido. Vedação ao enriquecimento sem causa. Médico que não pertence à rede credenciada. Honorários médicos indevidos. Reembolso das despesas deverá observar os parâmetros do contrato. Sentença mantida. Recurso do autor parcialmente provido. Recurso da ré Unimed Batatais provido*. (Relator(a): HAMID BDINE; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/02/2017; Data de registro: 21/02/2017 - grifei)

E conforme consignado pelo E. Juiz Substituto em 2º Grau ALEXANDRE COELHO, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2232522-43.2015.8.26.0000:

"*(...) é direito da consumidora demandar em face das sociedades cooperativas que integram o denominado SISTEMA UNIMED, por ser evidente a parceria entre elas existente, tanto que os respectivos contratos oferecidos*

Acesso ao Sumário

aos consumidores admitem a utilização dos serviços de uma delas, no lugar da outra, caso o usuário esteja fora de sua base territorial e se trate de urgência médico-hospitalar.

Tal direito, aliás, é o principal atrativo para a aquisição dos produtos oferecidos pelas cooperativas do SISTEMA UNIMED.

Presente a relação de consumo, pouco importa que cada cooperativa tenha CNPJ próprio ou mesmo distinta personalidade jurídica, pois aos olhos do consumidor se trata de um grupo de cooperativas que atuam em conjunto, sem necessidade de celebração de novo contrato quando o consumidor se utiliza dos serviços de cooperativa diversa daquela com quem contratou, principal vantagem de contratar com SISTEMA UNIMED.

Esta solidariedade passiva está prevista no Código de Defesa do Consumidor, seja em seu artigo 7º, parágrafo único, seja, em seu artigo 28."

Este entendimento está consolidado na **Súmula nº. 99**: "*Não havendo, na área do contrato de plano de saúde, atendimento especializado que o caso requer, e existindo urgência, há responsabilidade solidária no atendimento ao conveniado entre as cooperativas de trabalho médico da mesma operadora, ainda que situadas em bases geográficas distintas*".

Assim, resta configurada a legitimidade passiva da corré Unimed Paulistana.

Não prospera a alegação de falta de interesse de agir da parte autora, que se confunde, ademais, com o mérito.

Cumpre esclarecer, inicialmente, que os contratos de plano de saúde submetem-se ao Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com a **Súmula nº 100 desta C. Corte**: "*O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais*".

Também conforme **Súmula nº 469 do Superior Tribunal de Justiça**: "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde*".

Assim, as controvérsias decorrentes da relação jurídica estabelecida entre as partes devem ser dirimidas à luz das disposições contidas no referido diploma legal, dentre as quais, a de que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47).

No caso vertente, restou comprovado de forma cabal o fato constitutivo do direito do falecido Carlos César Henriques, demonstrando a necessidade da realização da quimioterapia prescrita pelo médico responsável, em caráter de urgência.

Acesso ao Sumário

A alegação da corré Unimed FESP de que não houve negativa de sua parte para a realização da quimioterapia não merece acolhida, eis que a demora na prestação dos serviços, havendo solicitação do médico responsável, é equivalente a uma recusa injustificada.

Ademais, aplicável ao caso a inversão do ônus da prova, como bem assinalado na sentença:

"*[...] inverte-se o ônus da prova, posto que verossímil o relato do consumidor.*

Com efeito, a parte ré teria condições de obter junto a seu hospital credenciado, informes de consulta do Hospital Igesp a respeito da cobertura de quimioterapia para o paciente. Aliás, o relatório de fls. 272 registra que foi prescrita quimioterapia em 22/10/2012 e, de fato, foi em razão da liminar que tal procedimento foi autorizado no Hospital Igesp, evitando-se a transferência do paciente (que já estava com a saúde bastante debilitada) para outro hospital.

Conforme fls. 128, o pedido de cobertura era feito para a Unimed Paulistana que emitia a guia (fls. 143)- visto que utilizada rede credenciada desta em razão do intercâmbio entre Unimeds, após o deferimento de cobertura do procedimento pela Unimed Fesp (cf. Parte final de fls. 140 e relato das contestações)." (fls. 310).

No caso dos autos houve falha na prestação dos serviços tanto da Unimed Paulistana quanto da Unimed FESP, valendo transcrever o seguinte excerto da irrepreensível sentença:

"*Os elementos dos autos apontam atendimento insatisfatório na rede credenciada disponibilizada pela ré* ***Unimed Paulistana*** *(fornecido no contrato Unimed Fesp) em razão do intercâmbio entre as rés): longa espera em situação delicada de saúde na maca do Pronto Socorro do Hospital Santa Helena (gerido pela Unimed Paulistana), com liberação apressada do paciente; dificuldades para a liberação das autorizações , mesmo após tutela antecipada do paciente; dificuldades para a liberação das autorizações , mesmo após tutela antecipada deste efeito. Com efeito, a ré Unimed Paulistana intermediada liberação da guia de autorização dos procedimentos , junto à parceira Unimed FESP, não esclarecendo as rés neste feito, qual era a responsável pela demora.*

No mesmo passo, se conclui que a rede credenciada disponibilizada pela contratada ***Unimed FESP*** *mostrou falhas (como apontado no parágrafo anterior Hospital Santa Helena), bem como se verificou que as autorizações de cobertura eram dificultadas , gerando mais aflição ao paciente com saúde bastante debilitada. Ademais, a negativa da Unimed FESP quanto à cobertura de quimioterapia se revela abusiva nos termos do art. 51 do CDC, inclusive por se tratar de situação de urgência.*" (fls. 312).

Por sua vez, o conjunto probatório aponta no sentido da caracterização

Acesso ao Sumário

do dano moral, na medida em que as condutas das rés causaram ao falecido, já fragilizado pela grave enfermidade, indiscutível angústia e transtornos.

Os fatos demonstram que não se tratou de mero aborrecimento, afinal, os planos de saúde tem a finalidade de proteger a saúde e a vida dos consumidores.

No tocante ao montante da indenização, deve ser fixado no sentido de desestimular as rés na conduta temerária e, de outro lado, não causar o enriquecimento sem causa da parte autora. A fixação deve levar em conta as funções ressarcitória e punitiva da indenização, além da observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, a finalidade da condenação de indenização por dano moral é desestimular a reiteração da conduta das empresas rés que deveriam garantir a assistência e não garantiram, furtando-se da obrigação essencial para a qual foram contratadas. (Apelação 0020606-70.2010.8.26.0011, rel. Des. SALLES ROSSI, j 08/08/2012).

Nesse sentido, o precedente do E. STJ:

> **Recurso Especial nº 1.190.880** - *Civil. Recurso especial. Indenização. Dano moral. Negativa injusta de cobertura securitária médica. Cabimento. 1. Afigura-se a ocorrência de dano moral na hipótese de a parte, já internada e prestes a ser operada - naturalmente abalada pela notícia de que estava acometida de câncer -, ser surpreendida pela notícia de que a prótese a ser utilizada na cirurgia não seria custeada pelo plano de saúde no qual depositava confiança há quase 20 anos, sendo obrigada a emitir cheque desprovido de fundos para garantir a realização da intervenção médica. A toda a carga emocional que antecede uma operação somou-se a angústia decorrente não apenas da incerteza quanto à própria realização da cirurgia, mas também acerca dos seus desdobramentos, em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva. 2. Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária médica, na medida em que a conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. 3. Recurso especial provido.*" (Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 19.05.2011).

Inexistindo parâmetro legal para o arbitramento do dano moral, o juiz deve observar, no momento da fixação, o comportamento da vítima, o grau de

Acesso ao Sumário

culpabilidade do ofensor, os efeitos do ato lesivo e a condição econômica de ambas as partes, de modo que o ofensor seja punido pelo que fez e compelido a não repetir o ato, e a vítima seja compensada pelo dano sofrido, sem ultrapassar a medida de compensação, sob pena de provocar seu enriquecimento sem causa.

Deve o julgador dosá-la dentro do princípio da prudência, do equilíbrio e da razoabilidade, à luz das peculiaridades de cada caso, notadamente em função dos litigantes e da maior ou menor gravidade da lesão.

Levando-se em consideração tais elementos, reputamos que as quantias fixadas na sentença (R$ 20.000,00 para a Unimed Paulistana e R$ 30.000,00 para a Unimed FESP) atendem à finalidade almejada e não se mostram exacerbadas, ficando mantidas.

Destarte, escorreita a sentença, que agora, em sede de recurso, fica mantida pelos seus jurídicos e bem lançados fundamentos.

Por fim, quanto aos honorários sucumbenciais recursais estabelecidos no § 11 do art. 85, do CPC, foi determinado pelo Enunciado Administrativo nº 7 do C. Superior Tribunal de Justiça: "*Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, §11, do novo CPC*".

Considerando que no caso dos autos os recursos foram interpostos contra decisão publicada antes de 18 de março de 2016 (fls. 316), bem como não foram ofertas contrarrazões aos recursos, inaplicável a fixação de honorários sucumbenciais recursais.

Ante o exposto, meu voto nega provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0012446-33.2006.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que são apelantes/apelados NOVELTY MODAS S/A (ATUAL DENOMINAÇÃO DE) e ARAPUÃ COMERCIAL S/A (ANTIGA DENOMINAÇÃO DE), é apelado/apelante SILVANA DO NASCIMENTO PRAXEDES (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado DANÚBIO MÓVEIS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGA-SE provimento ao agravo retido interposto pela autora e à apelação interposta pela corré Novelty Modas e DÁ-SE PARCIAL provimento à apelação interposta pela autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

Acesso ao Sumário

acórdão. **(Voto nº 20236)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PIVA RODRIGUES (Presidente sem voto), ANGELA LOPES e JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO.

São Paulo, 10 de maio de 2018.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Ementa: Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Alegação de negativação indevida, devido à inexistência de relação jurídica. Sentença de procedência parcial. Danos morais fixados em R$ 5.000,00.

Agravo retido. Reiteração nas razões de recurso. Alteração da denominação da corré Danúbio. Documento expedido pela Junta Comercial do Estado de São Paulo que não oferece suporte de que se trata da mesma pessoa jurídica ou de que houve alteração da denominação.

Ausência de qualquer relação da empresa que a autora pretende incluir na demanda com as empresas que já figuram no polo passivo da ação. Indeferimentos mantidos.

Revelia. Corré Danúbio devidamente citada. Não apresentação de defesa. Não aplicação dos efeitos da revelia de rigor. Ação proposta contra vários réus, os quais apresentaram defesa. Interpretação do artigo 320, I, CPC/1973.

Mérito. Falta de provas de contratação válida e da regularidade da dívida. Aplicação analógica do teor da Súmula 479 do Superior Tribunal de Justiça. Negativação considerada indevida. Danos morais caracterizados. Dever de indenizar que se impõe.

Montante da indenização deve ser fixado em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Majoração do valor indenizatório para R$10.000,00 (dez mil reais).

Juros de mora. Termo inicial de incidência. Súmula 54, STJ. Correção monetária. Incidência a partir do arbitramento. Aplicação da Súmula 362 do STJ.

Acesso ao Sumário

Honorários advocatícios. Aplicação do princípio da razoabilidade. Natureza singela da causa que admite a manutenção do valor dos honorários advocatícios de sucumbência fixados em 10% do valor da condenação.

Agravo retido interposto pela autora e apelação interposta pela corré Novelty Modas não providos. Apelação interposta pela autora provida parcialmente.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da decisão de primeiro grau, acrescente-se tratar de ação de indenização por danos morais, movida sob alegação de ocorrência de negativação indevida e inexistência de relação jurídica entre as partes.

Os pedidos formulados contra Novelty Modas S.A. foram julgados procedentes para declarar a inexigibilidade do débito no valor de R$719,20 em virtude da inexistência de relação jurídica entre as partes, determinando o cancelamento do apontamento e a condenação da ré no pagamento de indenização por dano moral no valor de R$5.000,00 com correção monetária a partir do arbitramento (Súmula 362, STJ) pelo índice previsto na Tabela Pratica desta C. Corte e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. A ré foi condenada a arcar com as verbas sucumbenciais, arbitrados os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação.

Em relação à ré Danúbio Móveis Ltda. os pedidos foram julgados improcedentes, sem condenação nas verbas sucumbenciais, diante do não ingresso da ré na relação jurídica processual.

A autora apresentou agravo retido contra decisão de fls. 128 a qual indeferiu a alteração da denominação da corré Danúbio Móveis Ltda., bem como a inclusão no polo passivo da ação da empresa Ricardo Eletro Divinópolis Ltda.

A ré Novelty Modas S/A apresentou recurso de apelação, arguindo que comprovou a relação jurídica entre as partes que não foi honrada pela autora. Sustenta que não há nos autos comprovação dos supostos danos ou prejuízos suportados pela autora. Requer o afastamento da condenação no pagamento de indenização por danos morais ou, alternativamente, a redução do valor arbitrado.

A autora também apelou, reiterando, preliminarmente, o agravo retido de fls. 133/136. No mérito, sustenta que não foi reconhecida a revelia em relação à ré Danúbio, vez que a empresa foi regularmente citada; porém, deixou transcorrer *in albis* o prazo para defesa.

Requer a majoração da indenização por danos morais arbitrada na r. sentença, argumentando que os juros de mora e a correção monetária devem incidir a partir do evento danoso (data da efetiva negativação), pleiteando

Acesso ao Sumário

também a majoração dos honorários advocatícios fixados.

Os recursos foram devidamente processados, com apresentação de contrarrazões.

É o relatório do essencial.

APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO

Inicialmente, anote-se que o julgamento é feito com base nas disposições do Código de Processo Civil de **1973** e não aquelas referentes ao CPC/2015, tendo em vista que foi em sua vigência que a decisão foi proferida e o recurso foi interposto. Aplica-se o princípio "*tempus regit actum*", corolário do sistema de isolamento dos atos processuais.

FATOS

A autora alega que constatou que seu nome encontrava-se negativado injustamente, restrição promovida pelas rés Arapuã e Casas Bahia. A Casas Bahia cancelou o suposto débito procedendo à baixa da negativação. No entanto, a ré Arapuã insistiu em manter a negativação de seu nome.

Na petição de emenda a inicial a autora esclareceu que a corré Danúbio realiza a gestão e administração da empresa ré Arapuã, atualmente denominada de Novelty Modas S/A (fls. 64 e 110) e, por esse fato, foi incluída no polo passivo da ação (fls. 14).

Por desconhecer a origem do débito apontado ingressou a autora com a presente ação.

AGRAVO RETIDO

O agravo retido interposto pela autora foi devidamente reiterado nas razões recursais e, por isso, deve ser conhecido. No mérito, porém, a pretensão não merece provimento.

A alteração da denominação da corré Danúbio Móveis Ltda. para Danúbio Azul Comércio de Móveis e Eletrodomésticos Ltda. pleiteada pela autora a fls. 106 não deve ser acolhida.

Isso porque, o documento expedido pela Junta Comercial do Estado de São Paulo a fls. 108, não comprova que se trata da mesma pessoa jurídica, bem como também não comprova que houve a alteração da denominação.

Também fica mantido o indeferimento no atinente à inclusão no polo passivo da ação da empresa Ricardo Eletro Divinópolis Ltda., vez que não há provas de que exista qualquer relação desta com as empresas que figuram no polo passivo desta ação, de acordo com o documento juntado às fls. 109.

REVELIA

No caso presente, apesar de devidamente citada a corré Danúbio não apresentou defesa. No entanto, outra ré foi citada e apresentou defesa. Nessas condições, não podem ser aplicados os efeitos da revelia, ante a previsão contida

Acesso ao Sumário

no artigo 320, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973. Não há que se falar, portanto, em presunção de veracidade dos fatos alegados pela autora na inicial. Anote-se que o pedido foi julgado improcedente em relação à referida corré, o que é mantido nesta instância recursal.

MÉRITO

No mais, trata-se evidentemente de relação de consumo, possibilitando-se a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, da Lei 8078/90. O Juiz é o destinatário da prova, de forma que a regra sobre sua inversão é aplicada no momento do julgamento. Incumbe ao fornecedor o ônus da prova de fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do consumidor. De qualquer modo, somente o fornecedor poderia comprovar a existência e regularidade da contratação e a constituição da dívida que ensejou a negativação.

Em razão dessa inversão, em Juízo, o fornecedor deveria exibir documentos que comprovassem a regularidade da contratação, ou seja, do contrato que deu origem à dívida, bem como do inadimplemento da autora.

Os documentos juntados pela ré as fls. 80/86 não comprovam a existência de relação jurídica entre as partes. Trata-se de documentos produzidos unilateralmente e não possuem assinatura da autora.

Assim restou evidente a falha na prestação de serviço, emergindo daí a responsabilidade de indenizar os prejuízos havidos, declarando inexistente a relação jurídica entre as partes.

Aplica-se ao caso, analogicamente, o teor da Súmula nº 479 do STJ, a qual assim dispõe:

"*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.*"

Desse modo, impõe-se aplicar o instituto da responsabilidade objetiva do prestador de serviços, (artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor), arcando este com os ônus dos riscos que sua atividade apresenta, pois não se desconhece os dissabores que a negativação de dados ocasiona ao consumidor, entraves de toda ordem nas relações negociais e comerciais com reflexos em sua vida pessoal, posto ser pública a consulta à lista dos maus pagadores.

O dano moral puro, em si mesmo é indenizável, sendo desnecessária a ocorrência de consequências patrimoniais ou prejuízos econômicos. Para a aferição do montante da indenização devida a título de danos morais, devem ser verificados outros requisitos, tais como a intensidade da culpa, os resultados advindos do ato ilícito, etc.

O valor da indenização deve ser fixado em valor razoável, procurando compensar o lesado e desestimular o lesante, sem proporcionar enriquecimento

Acesso ao Sumário

ilícito. Cabe ao juízo, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano na vida da autora e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia consentânea aos fatos ocorridos.

Utilizados tais critérios e atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a indenização deve ser majorada para R$10.000,00 (dez mil reais).

Em relação ao termo inicial dos juros de mora, aplica-se a regra da Súmula 54 do STJ, a qual determina que os juros de mora devem ser desde a data do ilícito. No tocante à correção monetária sua incidência deverá ocorrer a partir do arbitramento como fixado pela r. sentença, conforme orientação da Súmula 362 do STJ.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Levando em consideração o princípio da razoabilidade e a natureza singela da causa, afigura-se razoável a manutenção do valor dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

As demais questões arguidas pelas partes estão prejudicadas, anotando-se que não há obrigação processual no sentido de impor ao juiz a análise e pronunciamento sobre todos os pontos arguidos nos arrazoados das partes. Basta a explicitação dos motivos norteadores do seu convencimento, concentrando-se no núcleo da relação jurídico-litigiosa, com suficiência para o deslinde da causa.

Pelo exposto, NEGA-SE provimento ao agravo retido interposto pela autora e à apelação interposta pela corré Novelty Modas e DÁ-SE PARCIAL provimento à apelação interposta pela autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1037161-31.2017.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado HENRIQUE SILVA CABRAL, é apelado/apelante OMINT SERVIÇOS DE SAUDE LTDA.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso da ré desprovido e recurso do autor parcialmente provido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25320)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERICKSON GAVAZZA MARQUES (Presidente sem voto), JAMES SIANO E MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 9 de maio de 2018.

Acesso ao Sumário

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Indenização por danos materiais e morais - Filhos do autor (recém-nascidos) que necessitaram da realização de procedimentos - Cobertura negada - Reprodução por "barriga solidária" - Procedência parcial do pedido - Inconformismo de ambas as partes - Acolhimento parcial apenas do recurso do autor - Autor que tomou as medidas possíveis e providenciou reunião com representantes da ré - Operadora que teve ciência prévia da condição *sui generis* da gestação, informando a necessidade de envio da documentação em até 30 dias após o parto - Documentação remetida e inclusão dos gêmeos antes do prazo estipulado - Negativa de cobertura que não se justifica - Danos morais configurados - Fixação do *quantum* indenizatório em R$ 10.000,00 - Honorários contratuais - Impossibilidade de ressarcimento - Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Sentença reformada em parte para condenar a ré no pagamento de R$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais e redefinir as verbas de sucumbência - Recurso da ré desprovido e recurso do autor parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Henrique Silva Cabral em face de Omint Serviços de Saúde Ltda., tendo a r. sentença de fls. 264/268, declarada a fls. 279, de relatório adotado, julgado parcialmente procedente o pedido.

Inconformado, apela o autor sustentando, em síntese: a) a ocorrência de danos morais e a necessidade de reforma da r. sentença; b) o exercício do direito de ação no prazo legal, sendo cabível a reparação civil almejada ainda que decorrido 2 anos dos fatos; c) a realização de reunião entre os representantes da recorrida e da empresa estipulante do contrato coletivo um mês antes do nascimento dos gêmeos, inexistindo justificativa para as negativas de cobertura; d) a troca de *e-mails* e contatos entre maio e setembro/2015, a fim solucionar os entraves para a inclusão dos recém-nascidos no plano e o posterior reembolso das despesas; e) o descumprimento do art. 12, inc. III, a, da Lei n. 9.656/98; f) a condenação da ré no pagamento do valor de R$ 20.000,00 a título de danos

Acesso ao Sumário

morais; g) o ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais. Requer, pois, o provimento do recurso (v. fls. 286/315).

Apela a ré, por sua vez, alegando, em suma: I) a legitimidade da negativa de cobertura de exames e vacinas dos recém-nascidos no período anterior ao ingresso no plano de saúde; b) a utilização de barriga solidária, não tendo os recém-nascidos sido gerados no útero da esposa do autor e sendo registrados em nome dos pais tão somente após autorização judicial; c) a impossibilidade de inclusão imediata dos recém-nascidos no plano diante da inexistência do nome do autor nas declarações de nascidos vivos emitidas pela maternidade; e) a inclusão dos recém-nascidos no plano tão somente em 20/7/2015, após o envio das certidões de nascimento expedidas via judicial; f) a obrigatoriedade do art. 12, inc. III, a, da Lei n. 9.656/98 apenas para recém-nascidos de parturientes beneficiárias do plano, o que não é o caso dos autos. Por fim, requer o provimento do recurso (v. fls. 320/326).

Recursos respondidos (v. fls. 332/348 e 351/367).

É o relatório.

O recurso da ré não merece provimento e o recurso do autor comporta parcial acolhimento. É caso de aplicar o disposto no art. 252 do RITJSP e ratificar os fundamentos da r. sentença apelada, proferida nos seguintes termos:

"*Constou do pedido inicial, em síntese, que o autor é beneficiário do plano de saúde, intermediado por sua empresa empregadora. Em razão das dificuldades de que ele sua esposa tiveram de gerar um filho, eles recorreram ao chamado útero de substituição. O referido procedimento foi realizado regularmente dentro das previsões legais e em 21.06.2015 nasceram os dois filhos do autor.*

Assim, o autor solicitou a inclusão dos filhos com dependentes em seu plano de saúde, dentro do prazo legal de 30 dias. No entanto, a ré se recusou a incluí-los sob alegação de que os filhos foram gerados por terceira pessoa. Os recém nascidos necessitaram de atendimento médico nos primeiros dias de vida, no entanto, diante da negativa do plano de saúde, os pais tiveram que arcar com todas as despesas decorrentes.

No dia 20.07.2015, os filhos foram incluídos, mas a ré continuou a se negar a cobrir as despesas dos primeiros 30 dias de nascimento. Ao final, o autor deduziu os seguintes pedidos: (a) indenização por danos materiais em razão das despesas não ressarcidas e (b) indenização por danos morais. (...)

O processo comporta imediato julgamento, dispensando-se a produção de outras provas, nos termos do artigo 355, inciso I do Código de Processo Civil.

O autor fez prova dos seguintes fatos:

(a) contrato de assistência à saúde ajustado entre partes por intermédio

Acesso ao Sumário

da empresa na qual o autor trabalhava (fls. 58/66 e fls. 75/76),

(b) a cobertura para na especialidade de obstetrícia (fls. 59 e fls. 85/86),

(c) a inclusão da sua esposa como beneficiária em período anterior à gestação - 2012 (fls. 115) e (d) recusa da ré em fazer a cobertura retroativa de despesas dos filhos recém nascidos (fls. 113/114) nos primeiros 29 dias de vida (fls. 117).

Destaco que os filhos foram incluídos como dependentes no plano de saúde do autor. Todavia, a ré insistiu na não cobertura das despesas comprovadas nos primeiros 29 dias de vida dos gêmeos, ou seja, do dia 21.06.2015 ao dia 20.07.2017.

Entendo ilegal a recusa da ré.

A solução do litígio não passa pela origem da gestação (barriga solidária) ou mesmo pelo tempo do pedido de inclusão no contrato de plano de saúde (antes do período de 30 dias). O preenchimento deste último requisito foi declarado na própria reclamação formulada junto à ANS (fls. 156/158).

Cuida-se de interpretar a conduta da ré de negar cobertura aos recém nascidos, no período em que estavam no hospital e também nos primeiros dias, pelas despesas ali efetivadas, notadamente: (a) 02 exames de pezinho, (b) 02 vacinas BCG e (c) dois exames de ultrassom de quadris.

Entendo que o autor cumpriu todas as determinações previstas para que fosse feita a inclusão de seus filhos no plano de saúde, independente de carência, especificamente com relação à notificação para inclusão dentro do prazo de 30 dias previsto no artigo 12, inciso III, alíneas 'a' e 'b' da lei 9656 de 1998. (fls. 147).

Cabia à ré efetivar os ressarcimentos, naquele período desde o nascimento, pois a cobertura era retroativa ao nascimento das crianças.

Situação semelhante já foi apreciada pelo Egrégio Tribunal de Justiça, prevalecendo a tese de que a inclusão deveria se dar desde o nascimento da criança, citando-se precedente que cuidava de inclusão de neto, Apelação Cível nº 1038886-91.2013.8.26.0100, 9ª Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador ALEXANDRE LAZZARINI, julgado em 20.9.2016, destacando-se a ementa: 'PLANO DE SAÚDE. INCLUSÃO DE DEPENDENTES. NETO. NEGATIVA INDEVIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Apelação interposta contra a sentença que julgou procedente a ação, condenando a ré à obrigação de incluir o neto do autor como seu dependente no plano de saúde, no prazo de 30 dias, retroativo à data do seu nascimento, sob pena de multa de R$1.000,00 por dia de descumprimento, até o limite de R$30.000,00, tornando definitiva a liminar concedida.

2. Tanto à luz da legislação consumerista (art. 47 do CDC), quanto ao disposto na legislação comum (art. 423 do CC), a interpretação dos contratos

Acesso ao Sumário

deve ser realizada de modo mais favorável ao consumidor.

3. Apelação não provida'

(grifo nosso).

PASSO A FIXAR A INDENIZAÇÃO.

Acolho o pedido de indenização por danos materiais. O autor comprovou o pagamento das despesas médicas com seus filhos, totalizando a quantia de R$ 3.257,12 (três mil e duzentos e cinquenta e sete reais e doze centavos). O valor será acrescido de juros de mora de 1% ao mês (capitalizados anualmente, a partir da citação, 27.07.2017, fls. 191) e de correção monetária (calculada pelos índices adotados pelo TJSP, a partir do desembolso).

Por fim, rejeito o pedido de reparação dos danos morais. Apesar do reconhecimento da repercussão material dos fatos, não vislumbro a ocorrência de dano moral. A parte não foi afetada em sua esfera extrapatrimonial, seja nos direitos da personalidade, seja no âmbito de dissabores, constrangimentos e transtornos intensos. Importante notar que os filhos foram efetivamente incluídos no plano de saúde. Aquela conduta ilegal da ré não trouxe, insisto, repercussão maior na vida do autor que logrou pagar pelas vacinas e exames. Tanto assim que o autor levou quase 02 anos para reclamar o ressarcimento em Juízo.

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação proposta por HENRIQUE SILVA CABRAL em face de OMINT SERVIÇOS DE SAÚDE LTDA, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de 3.257,12 (três mil e duzentos e cinquenta e sete reais e doze centavos). O valor será acrescido de juros de mora de 1% ao mês (capitalizados anualmente, a partir da citação, 27.07.2017, fls. 191) e de correção monetária (calculada pelos índices adotados pelo TJSP, a partir do desembolso).

REJEITO O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Considerando-se a sucumbência recíproca, cada parte arcará com metade da taxa judiciária, não havendo imposição de honorários advocatícios" (v. fls. 264/267).

E o MM. Juízo *a quo* decidiu os embargos desta forma:

"*Fls. 270/278: Recebo os embargos de declaração, porque tempestivos. Acolho para apreciar o pedido de ressarcimento dos honorários contratuais.*

Rejeito o pedido de ressarcimento de honorários de advogado contratuais. Entendo que a verba de sucumbência prevista na lei processual serve justamente para compensar a parte pela contratação de advogado. Não há lugar para uma duplicidade de sanção para a parte sucumbente - os honorários fixados na forma do artigo 85 do CPC e também o ressarcimento dos honorários contratuais.

Acesso ao Sumário

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO FICAM ACOLHIDOS PARA ESSE FIM" (v. fls. 279).

E mais, a ré não questiona a paternidade e a maternidade do casal (autor e sua esposa) quanto aos recém-nascidos gerados pelo método denominado "útero de substituição" ou "barriga solidária".

Contudo, nega indevidamente cobertura aos procedimentos efetivados entre os nascimentos e a efetiva inclusão no convênio com a apresentação da documentação necessária, ou seja, entre 21/6/2015 e 20/7/2015 (fls. 113/114 e 117).

Nota-se na ata de "*Reunião para alinhamento sobre o parto dos Gêmeos do Segurado Henrique Cabral*" (fls. 147), realizada em 21/5/2015 (um mês antes do nascimento dos gêmeos), que a requerida teve ciência prévia sobre a utilização de "barrida solidária", tendo o participante Alexandre Lopes, representante da operadora Omint, assim deliberado: "*(...) solicitou ao Henrique os contatos do Pró-Matre e advogada para que seja feito contato, se necessário (...) informou que caso o envio da documentação comprobatória para inclusão ultrapasse 30 dias da data do nascimento a aceitação estará sujeita a aplicação de carências*".

Constou, ainda, o seguinte destaque: "*Todos os presentes se colocaram à inteira disposição para auxiliar o Segurado Henrique durante todo este período e após o nascimento dos gêmeos*".

É dizer, o autor tomou as providências que eram possíveis antes do nascimento dos filhos, ao passo que os representantes da operadora-requerida tomaram ciência da condição *sui generis* da gestação, informando expressamente a necessidade de envio da documentação em até 30 dias da data do nascimento e a disposição para auxiliar o segurado após o nascimento dos gêmeos.

Ora, a documentação foi enviada dentro do prazo supracitado, tanto que a inclusão efetiva dos recém-nascidos ocorreu em 20/7/2015, menos de 1 mês após o nascimento em 21/6/2015 (fls. 113/114 e 117).

Acesso ao Sumário

Assim, não há justificativa para a negativa de cobertura de procedimentos necessitados pelos gêmeos, porque não há dúvida de que os recém-nascidos são filhos biológicos do autor e sua de esposa e fazem jus à cobertura integral desde o nascimento. Ora, se até filhos adotivos fazem jus à cobertura, é evidente que os filhos biológicos não podem receber tratamento desigual.

E os danos morais são incontestes.

Como dito, o autor comprovou ter tomado as providências possíveis antes do nascimento dos gêmeos, documentando as negociações na Ata de Reunião de fls. 147. E encaminhou a documentação necessária para a ré dentro do prazo de 30 dias para a inclusão dos dependentes. No entanto, a operadora se recusou a efetivar os reembolsos devidos, obrigando o autor a se desgastar com *e-mails* (fls.

117/146), ligações telefônicas, reclamação à ANS (fls. 156/158) e contratação de advogada para a propositura da presente ação (fls. 177/180).

No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, o valor deve ser fixado com moderação, atento o magistrado para as condições financeiras da vítima e do ofensor. Não cabe ao Poder Judiciário, por um lado, fixá-lo em valor exageradamente elevado, permitindo o enriquecimento ilícito da vítima. Não pode, por outro lado, arbitrá-lo em valor insignificante que estimule o agressor a reiterar a prática ilícita. Na correta advertência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, "*não pode contrariar o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado ou irrisório*" (RT 814/167).

Dessa forma, fixa-se a indenização em R$ 10.000,00, valor adequado e apto a compensar os transtornos e constrangimentos suportados, em efetiva observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O valor acima sofrerá atualização monetária a partir da data do acórdão e acréscimos de juros contados da data da citação.

Por outro lado, razão não assiste ao autor quanto aos honorários contratuais, em razão de recente julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa é transcrita a seguir, o ressarcimento pleiteado não se mostra possível:

> "*EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. INCLUSÃO NO VALOR DA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DANO INDENIZÁVEL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA REJEITADOS. 1. 'A contratação de advogados para defesa judicial de interesses da parte não enseja, por si só, dano material passível de indenização, porque inerente ao exercício regular dos direitos constitucionais de contraditório, ampla defesa e acesso à Justiça' (AgRg no AREsp 516277/SP, QUARTA TURMA, Relator Ministro MARCO BUZZI, DJe de 04/09/2014). 2. No mesmo sentido: EREsp 1155527/MS, SEGUNDA SEÇÃO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe de 28/06/2012; AgRg no REsp 1.229.482/RJ, TERCEIRA TURMA, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 23/11/2012; AgRg no AREsp 430399/RS, QUARTA TURMA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, DJe de 19/12/2014; AgRg no AREsp 477296/RS, QUARTA TURMA, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe de 02/02/2015; e AgRg no REsp 1481534/SP, QUARTA TURMA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe de 26/08/2015. 3. A Lei n.º 8.906/94 e o Código de Ética e Disciplina da OAB, respectivamente, nos arts. 22 e 35, § 1.º, prevêem as espécies de honorários de advogado: os honorários contratuais/convencionais e os sucumbenciais. 4. Cabe ao perdedor da ação arcar com os honorários de advogado fixados pelo Juízo em decorrência da sucumbência (Código de Processo Civil de 1973, art. 20, e Novo Código de Processo Civil, art. 85), e não os*

Acesso ao Sumário

honorários decorrentes de contratos firmados pela parte contrária e seu procurador, em circunstâncias particulares totalmente alheias à vontade do condenado. 5. Embargos de divergência rejeitados (EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.507.864 – RS (2014/0334443-6), Relatora: Min. Laurita Vaz, Data de Julgamento: 20/4/2016, Terceira Turma).

No que diz respeito à sucumbência, nota-se que o autor formulou 3 pedidos: 1) indenização por danos materiais; 2) indenização por danos morais; 3) pagamento de honorários advocatícios contratuais. Ou seja, decaiu de 1/3 dos pedidos. Assim, a ré arcará com o pagamento de 2/3 das custas e despesas processuais e o autor arcará com o pagamento de 1/3. Os honorários advocatícios são fixados em 15% sobre o valor da condenação em favor do patrono do autor e em 15% sobre o valor dos honorários contratuais em favor do patrono da ré, nos termos do art. 86 do Código de Processo Civil.

Em suma, impõe-se a parcial reforma da r. sentença para condenar a ré no pagamento de R$ 10.000,00 a título de indenização por danos morais e redefinir as verbas de sucumbência.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso da ré e dou parcial provimento ao recurso do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1030612-94.2015.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD, é apelado S.J. HOTÉIS LTDA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4968)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COSTA NETTO (Presidente), ANGELA LOPES E PIVA RODRIGUES.

São Paulo, 29 de maio de 2018.

COSTA NETTO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - ECAD - COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS - Retransmissão de obras musicais, litero-musicais e fonogramas em hotéis, flats, apart-hotéis, hotéis-residência e equiparados,

sem prévia e expressa autorização dos titulares dos direitos autorais, representados em regime de gestão coletiva e de substituição processual (art. 99, §2º da Lei nº 9.610/98) pelo ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição.

Prescrição decenal e não trienal. Inteligência do art. 205, caput, do Código Civil. Aparelhos de TV e som disponibilizados aos hóspedes em quartos de flats. Ambiente de frequência coletiva diante da natureza jurídica do empreendimento imobiliário. Inteligência da Deliberação Normativa 433, de 30 de dezembro de 2002.

TV por assinatura. Ausência de *bis in idem*. Precedente do STJ com entendimento de que "Não há *bis in idem* nas hipóteses de cobrança de direitos autorais tanto da empresa exploradora do serviço de hotelaria como da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura" (REsp. nº 589.598-MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/6/2017). Pagamento dos direitos patrimoniais devidos. Critérios adotados pelo ECAD. Legalidade. Inclusão das parcelas vincendas. Possibilidade. Inteligência do art. 323 do NCPC Sentença reformada. Ação julgada procedente. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra a sentença de fls. 449/452, que, em ação condenatória, julgou improcedente a pretensão deduzida na ação principal, condenando o autor, ora apelante, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Inconformado, recorre o autor O ECAD, Escritório Central de Arrecadação, pleiteando a reforma da decisão.

Argumenta ser devido o pagamento dos direitos autorais referentes à execução de obras musicais, litero-musicais, fonogramas e obras audiovisuais, disponibilizadas pela ré, empresa do ramo hoteleiro, por meio de aparelhos de rádio, TV (aberta e fechada), DVDs, mediante o uso da sonorização ambiental, através da captação de transmissão de radiodifusão sonora e televisiva, disponibilizados nos aposentos, na recepção, no restaurante e na academia de sua dependência.

Afirma que, embora notificado, desde 09/2010, o réu não recolhe os

Acesso ao Sumário

direitos patrimoniais devidos violando o disposto no art. 68, parágrafos 2º e 3º, da Lei 9.610/98.

Afirma que o valor total devido é de R$105.787,49, referente à sonorização nos aposentos da ré a partir de 09/2010 e mensalidades do restaurante, recepção e academia, a partir de 08/2015. Discorre sobre os cálculos, conforme Regulamento do ECAD, a saber:

> "no cálculo da mensalidade devida **pela sonorização dos aposentos** o fator 4,50 UDA é dividido por 10 aposentos obtendo-se o índice de 0,45 UDA para cada aposento. Multiplica-se 0,45 por R$ 65,58 (valor de uma UDA) e este resultado (R$ 29,51) multiplicado pelos 94 aposentos que compõem o Hotel, chegando-se ao valor de R$2.773,94. O cálculo final é obtido pela multiplicação do valor de R$ 2.773,94 por 50,63% (taxa média de ocupação verificada pelo IBOPE), **chegando-se a mensalidade atual (10/2015) de R$ 1.404,49 para a sonorização ambiental dos 94 aposentos.**
>
> Quanto ao cálculo da retribuição autoral devida pela **sonorização ambiental**, o Regulamento de Arrecadação, às fls. 13 e 14 do mesmo, no item 4 - EXECUÇÃO MUSICAL EM ATIVIDADES DIVERSAS... SONORIZAÇÃO AMBIENTAL ..., COBRANÇA POR PARÂMETRO FÍSICO = Restaurante 0,70 UDA para cada 10m² por mês, Sala de Recepção 0,45 UDA para cada 10m² por mês, e Academia 1,00 UDA por 10m² por mês.
>
> **Restaurante**: o critério do espaço físico do local sonorizado, que no caso é de 80 m2, que é dividido por 10, para a obtenção da quantidade de grupos, chegando-se a um total de 8 grupos. Após, multiplica-se 8 grupos pelo índice de 0,70 UDA, chegando-se a 5,60 UDAs (Unidade de Direito Autoral) que tem o valor de R$ 65,58. Multiplicando- se 5,60 (UDAs) por R$ 65,58 (valor de uma UDA) **chegamos a mensalidade de R$ 367,25 devida pela sonorização do restaurante do hotel, desde 08/2015**.
>
> **Recepção**: o critério do espaço físico do local sonorizado, que no caso é de 40 m2, que é dividido por 10, para a obtenção da quantidade de grupos, chegando-se a um total de 4 grupos. Após, multiplica-se 4 grupos pelo índice de 0,45 UDA, chegando-se a 1,80 UDAs (Unidade de Direito Autoral) que tem o valor de R$ 65,58. Multiplicando- se 1,80 (UDAs) por R$65,58 (valor de uma UDA) **chegamos a mensalidade de R$ 118,04 devida pela sonorização da recepção desde 08/2015**.
>
> **Academia de Ginástica:** o critério do espaço físico do local sonorizado, que no caso é de 30 m2, que é dividido por 10, para a obtenção da quantidade de grupos, chegando-se a um total de 3 grupos. Após, multiplica-se 3 grupos por 1 UDA, chegando- se a 3 UDAs (Unidade de Direito Autoral)

Acesso ao Sumário

que tem o valor de R$ 65,58. Multiplicando-se 3 (UDAs) por R$ 65,58 (valor de uma UDA) **chegamos a mensalidade de R$ 196,74 devida pela sonorização da academia desde 08/2015.**"

Pleiteia: **(a)** liminarmente a suspensão ou interrupção das obras musicais, litero-musicais, audiovisuais e fonogramas, sem autorização/licença, sob pena de multa diária de R$500,00, bem como apreensão e lacre da aparelhagem sonora; **(b)** condenação do réu ao recolhimento imediato do valor de R$105.787,49 (referentes aos débitos decorrentes dos direitos autorais, referentes às mensalidades dos aposentos no período compreendido entre 09/2010 até 10/2015; mensalidades do restaurante, da recepção e da academia a partir de 08/2015); **(c)** condenação das parcelas vincendas no curso da lide, a titulo de direitos autorais, consoante regulamentação do ECAD, além das verbas sucumbenciais; **(d)** seja todo o débito apurado corrigido nos termos do Regulamento de Arrecadação do Ecad, ou seja, multa de 10% (mora), correção monetária (TR), e juros de 1% ao mês.

O recurso foi devidamente processado.

Às fls. 338/357, vieram contrarrazões.

É o relatório.

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição Ecad ajuizou a presente ação contra S.J. Hotéis Ltda., aduzindo, em síntese, que a ré, no exercício de suas atividades, vem se utilizando habitual e continuadamente de obras musicais e lítero-musicais, mediante o uso da sonorização ambiental, através da captação de transmissão de radiodifusão sonora e televisiva, disponibilizando nos aposentos, na recepção, no restaurante e na academia, sem a prévia e expressa autorização para uso do repertório protegido. Pretende sua condenação em perdas e danos, no total de R$ 105.787,49, referentes aos débitos de direitos autorais, mensalidades dos aposentos desde 09/2010 até 10/2015, e mensalidades do restaurante, da recepção e da academia a partir de 08/2015, bem como as mensalidades vincendas.

A ré, ora apelada, arguiu, preliminarmente, a ocorrência de prescrição. Quanto ao mérito, alegou, em síntese, a ilegalidade do termo de fiscalização e cobrança de valores, bem como inexistência do dever de pagar qualquer valor ao ECAD. Assevera que apenas disponibiliza músicas e canais de televisão aos seus hóspedes através do serviço de TV por assinatura NET, informando que a referida empresa já custeia todos os valores decorrentes de direitos autorais, conforme contrato fls.413/427.

A sentença julgou improcedente entendendo pela impossibilidade de cobrança quanto às áreas comuns, afirmando que o apelante ECAD já cobra direitos autorais da transmissora de TV por assinatura, não podendo cobrar do usuário final (fls.451).

Acesso ao Sumário

Entretanto, respeitado o entendimento do r. Juiz *a quo*, merece reforma a sentença.

DA PRESCRIÇÃO

A prescrição trienal foi bem afastada pela sentença.

Isso porque, a hipótese dos autos não trata de reparação civil, o que ensejaria a aplicação do prazo prescricional de três anos (§3º, V, art. 206).

Não há como confundir a inadimplência decorrente de obrigação de pagar, imposta por lei, ou por contrato, com ilícitos fundados no princípio geral de responsabilidade civil (*neminem laedere*).

Independentemente da existência de contrato escrito, a cobrança dos créditos - *unificados, predefinidos, líquidos e certos* - em razão da utilização, em regime de execução pública, de obras musicais e fonogramas, perseguidos pelo ECAD, em regime padronizado (*e "tabelado"*) de gestão coletiva, decorre de determinação legal expressa da Lei 9.610/98, não se podendo confundir com a reparação civil.

A lei 9.610/98 é clara ao dispor sobre a atividade de cobrança.

Confira-se:

"Art. 97. Para o exercício e defesa de seus direitos, podem os autores e os titulares de direitos conexos associar-se sem intuito de lucro.

(...)

Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da **atividade de cobrança** desses direitos.

§ 1º **O exercício da atividade de cobrança** citada no caput somente será lícito para as associações que obtiverem habilitação em órgão da Administração Pública Federal, nos termos do art. 98-A.

§ 2º As associações deverão adotar os princípios da isonomia, eficiência e transparência **na cobrança** pela utilização de qualquer obra ou fonograma (Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013) (... -destacado)

§ 3º Caberá às associações, no interesse dos seus associados, estabelecer os preços pela utilização de seus repertórios, considerando a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras. (Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013)

§ 4º A **cobrança** será sempre proporcional ao grau de utilização das obras e fonogramas pelos usuários, considerando a importância da execução pública no exercício de suas atividades, e as particularidades de cada segmento, conforme disposto no regulamento desta Lei.

(...)

Art. 98-A. **O exercício da atividade de cobrança** de que trata o art.

Acesso ao Sumário

98 dependerá de habilitação prévia em órgão da Administração Pública Federal, (....)"

Nesse aspecto, cruciais foram as assertivas do **Ministro Sidnei Beneti** ao analisar a questão em sede de Recurso Especial junto ao STJ - Superior Tribunal de Justiça:

"**A pretensão de cobrança veiculada pelo ECAD não está de forma nenhuma, fundada no princípio do *neminem laedere***.

Conquanto se possa afirmar que a transmissão dessa programação musical sem o pagamento da devida contraprestação em dinheiro constitui um ato ilícito, não é possível comparar esse ilícito ao ato ilícito tradicionalmente associado aos danos que dão causa à reparação civil.

Com efeito, esse ato ilícito se aproxima muito mais de um ilícito contratual do que de um ilícito extracontratual. Insista-se em que há uma relação de negócio entre as rádios que repercutem obras musicais e os autores dessas obras, os quais são remunerados em razão disso.

Considerando que o ECAD, ao exigir a cobrança de direitos autorais está tutelando, em última análise, o direito dos próprios artistas, que têm interesse patrimonial na veiculação de suas músicas no rádio, percebe-se que existe uma relação negocial, embora não contratual, entre esses artistas e as rádios. **Assim, muito mais adequado concluir que o inadimplemento das parcelas devidas a título de direitos autorais (fixadas pelo ECAD) deve ser equiparado ao inadimplemento de uma obrigação e não a um ato ilícito clássico, capaz de dar azo à responsabilidade civil e, portanto, à uma 'reparação de dano'**" (v. acórdão proferido, por v.u., no REsp nº 1.159.317-SP -2009/0194402-3, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 18/03/2014)(destacado)

Cumpre lembrar que, em razão do regime legal vigente[1], a arrecadação

1 Art.99. A arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e observará os §§ 1º a 12 do art. 98 e os arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-B, 100, 100-A e 100-B. (Redação dada pela Lei nº 12.853, de 2013)

§ 1º O ente arrecadador organizado na forma prevista no caput não terá finalidade de lucro e será dirigido e administrado por meio do voto unitário de cada associação que o integra.

§ 2º O ente arrecadador e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados.

§ 3º O recolhimento de quaisquer valores pelo ente arrecadador somente se fará por depósito bancário.

§ 4º A parcela destinada à distribuição aos autores e demais titulares de direitos não poderá, em um ano da data de publicação desta Lei, ser inferior a 77,5% (setenta e sete inteiros e cinco décimos por cento) dos valores arrecadados, aumentando-se tal parcela à razão de 2,5% a.a. (dois inteiros e cinco décimos por cento ao ano), até que, em 4 (quatro) anos da data de publicação desta Lei, ela não seja inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) dos valores arrecadados.

§ 5º O ente arrecadador poderá manter fiscais, aos quais é vedado receber do usuário numerário a qualquer título.

§ 6º A inobservância da norma do § 5º tornará o faltoso inabilitado à função de fiscal, sem prejuízo da

Acesso ao Sumário

e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas é feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares, as quais unificam a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funciona como ente arrecadador com personalidade jurídica própria e, a representatividade da imensa coletividade - *centenas de milhares* - de titulares de direitos autorais decorrentes da execução pública de obras musicais e fonogramas é desenvolvida - *para a finalidade de cobrança unificada e coletiva desses direitos em todo o território nacional* - pelo ECAD de forma indireta: ou seja, os titulares (*compositores, músicos, gravadoras, editoras que se contam às centenas de milhares em todo o país*) não são filiados ou associados deste, mas sim de diversas associações de titulares que, por sua vez, e em conjunto indissociável o integram[2].

Além da orientação nesse sentido do Ministro Sidnei Beneti (STJ), já referida, em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 1.474.832-SP, datada de **13.12.2016**, o **Ministro Paulo de Tarso Sanseverino**, Relator originário no recurso, mas que ficou vencido[3] no acórdão, pontuou, judiciosamente, a diferença entre a cobrança efetivada pelo ECAD e reparação civil:

> Para melhor atender à finalidade social para a qual se destina, o escritório

comunicação do fato ao Ministério Público e da aplicação das sanções civis e penais cabíveis.

§ 7º Cabe ao ente arrecadador e às associações de gestão coletiva zelar pela continuidade da arrecadação e, no caso de perda da habilitação por alguma associação, cabe a ela cooperar para que a transição entre associações seja realizada sem qualquer prejuízo aos titulares, transferindo-se todas as informações necessárias ao processo de arrecadação e distribuição de direitos.

§ 8º Sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 98, **as associações devem estabelecer e unificar o preço de seus repertórios junto ao ente arrecadador para a sua cobrança**, atuando este como mandatário das associações que o integram.

§ 9º **O ente arrecadador cobrará do usuário de forma unificada**, e se encarregará da devida distribuição da arrecadação às associações, observado o disposto nesta Lei, especialmente os critérios estabelecidos nos §§ 3º e 4º do art. 98.

Art. 99-A. O ente arrecadador de que trata o caput do art. 99 deverá admitir em seus quadros, além das associações que o constituíram, as associações de titulares de direitos autorais que tenham pertinência com sua área de atuação e estejam habilitadas em órgão da Administração Pública Federal na forma do art. 98-A.

2 "O Ecad (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) é uma instituição privada, sem fins lucrativos, instituída pela lei 5.988/73 e mantida pelas leis federais 9.610/98 e 12.853/13. Seu principal objetivo é centralizar a arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública musical.." (endereço eletrônico constante no texto original)

3 RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. VIOLAÇÃO. ECAD. PRETENSÃO FUNDADA EM RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. 1. A cobrança em juízo dos direitos decorrentes da execução de obras musicais sem prévia e expressa autorização do autor envolve pretensão de reparação civil, a atrair a aplicação do prazo de prescrição de 3 (três) anos de que trata o art. 206, § 3º, V, do Código Civil, observadas as regras de transição previstas no art. 2.028 do mesmo diploma legal, não importando se proveniente de relações contratuais ou extracontratuais. 2. Recurso especial não provido. (prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Ribeiro, decide a Terceira Turma, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Nancy Andrighi. Votaram com o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro).

Acesso ao Sumário

de arrecadação realiza acordos com usuários, tais como emissoras de rádio e de televisão, que fazem uso sistemático de obras musicais, para que procedam ao pagamento dos direitos autorais. Porém, o fato de a associação autorizada a proceder a cobrança de direitos autorais firmar com o usuário da obra acordo para melhor sistematizar o pagamento devido não tem o condão de afastar a proteção legal dada ao autor. Do mesmo modo, o fato de uma pessoa física diligente preocupar-se em, antes de realizar sua festa de casamento em clube esportivo, obter boleto para pagamento dos direitos autorais relativos às obras musicais que serão executadas, não afasta o caráter extracontratual da obrigatoriedade de pagamento, que, como direito absoluto, decorre da lei. Sendo assim, entendo que a discussão acerca da existência ou não de contrato se mostra despicienda, por não ser pertinente à determinação do prazo de prescrição de pretensão que decorre diretamente da lei. No máximo, referida discussão importaria para a determinação do termo inicial do lapso prescricional, mas não para o prazo de prescrição em si. **Ademais, ressalto que a disposição do art. 206, § 3º, V do CC não pode incidir sobre ação de cobrança de direitos autorais, porquanto eles não se confundem com as ações de reparação de dano (responsabilidade civil). A responsabilidade civil, como é cediço, pressupõe a inobservância de um dever - contratual ou legal - e a configuração de um dano, que pode ser patrimonial e extrapatrimonial**. (destacado)

Prossegue o Ministro em lúcida explanação:

Embora a responsabilidade civil possa, às vezes, se assemelhar à cobrança de direitos autorais, especialmente quando a utilização da obra ocorre sem a prévia autorização do autor, os dois institutos não podem ser confundidos. De um lado, a responsabilidade civil pressupõe a violação de um dever jurídico. No caso dos direitos autorais, porém, essa não é a regra, pois, mesmo que tenha havido prévia autorização, é sempre devida a retribuição pela utilização comercial ou em público da obra. De outro lado, a responsabilidade civil tem como pressuposto essencial a ocorrência de um dano. Na cobrança de direitos autorais, em contrapartida, busca-se a remuneração do autor pela utilização comercial ou em público de obra de sua autoria, não havendo necessariamente a configuração de um prejuízo. Por fim, a responsabilidade civil constitui dever jurídico sucessivo, que decorre da violação do dever jurídico originário. A cobrança dos direitos autorais, todavia, decorre do próprio dever jurídico originário violado, não se tratando de obrigação sucessiva. **Portanto, a pretensão de cobrança de remuneração pelo uso de obras autorais não se confunde com a pretensão de reparação civil. É possível até mesmo que surja responsabilidade civil na violação de direitos autorais, o que não é o caso em discussão no presente recurso, em que se busca tão somente o pagamento dos direitos decorrentes da utilização de obra autoral sem a devida autorização.**

Acesso ao Sumário

Portanto, não se mostra possível a aplicação do disposto no art. 206, § 3º, V, do CC a casos como o presente. (destacado)

Portanto, ainda que se assemelhe a uma obrigação contratual, a existência de um contrato mostra-se irrelevante uma vez que a cobrança dos valores devidos a título de direitos patrimoniais de autor, pela utilização da obra, decorre de obrigação imposta por lei. Reforçando esse entendimento, a redação do parágrafo único do art. 109-A, da Lei 9.610/98:

Art. 109-A.

(...) Parágrafo único. **Aplicam-se as regras da legislação civil quanto ao inadimplemento das obrigações no caso de descumprimento, pelos usuários, dos seus deveres legais e contratuais junto às associações** referidas neste Título. (Incluído pela Lei nº 12.853, de 2013)

Com efeito, não se trata, nesses autos, de ausência de prestação pelo usuário de música, de informação ao ECAD, tampouco de informações falsas, o que poderia - *conforme comando legal referido* - resultar em "perdas e danos" (*ou seja reparação civil*) mas, sim, de cobrança de remuneração não paga, decorrente dos direitos autorais incidentes no mencionado uso - *em execução pública* - de obras musicais e fonogramas.

Importante registrar, também, que o Código Civil anterior previa, no artigo 179, §10º, VII, o prazo especial de cinco anos para a pretensão do titular de direito autoral ingressar com ação civil, sendo que o Código Civil vigente nada dispôs a respeito.

Por tal razão, inexistindo prazo especial - *em razão da Lei 9.610/98 que regula os direitos autorais não conter prazos prescricionais* - deve ser aplicado, nesses casos, o prazo geral de 10 anos estabelecido no art. 205, *caput*, do diploma civilista, não sendo a hipótese, como já exposto, de incidência do prazo trienal do seu art. 206, §3º, V, suscitado pela apelante, eis que os fatos "*sub judice*" não se confundem com os casos de reparação civil.

Com efeito, de acordo com o art. 205 do Código Civil, a prescrição será de 10 anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor, ou de 05 anos, nos casos de pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular (*§5º, I, do art.206*).

Aliás, esse entendimento - *inclusive em relação às cobranças realizadas pelo ECAD* - já foi declarado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Confira-se:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO AUTORAL. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO DE COBRANÇA DO ECAD. SUCESSÃO DE LEIS NO TEMPO. 1.- O art. 131 da Lei nº 5.988/73 revogou o art. 178, § 10, VII, do CC/16, que fixava prazo prescricional de 05 anos por ofensa a direitos

Acesso ao Sumário

do autor, pois regulou inteiramente a matéria tratada neste. 2.- Revogada a Lei nº 5.988/73 pela Lei nº 9.610/98, que não dispôs sobre prazo prescricional e nem determinou a repristinação do 178, § 10, VII, do CC/16, a matéria passou a ser regulada pelo art. 177 do CC/16, aplicando-se o prazo prescricional de 20 anos. 3.- **O Código Civil de 2002 não trouxe previsão específica quanto ao prazo prescricional incidente em caso de violação de direitos do autor, sendo de se aplicar o prazo de 03 anos (artigo 206, § 3º, V) quando tiver havido ilícito extracontratual ou então o prazo de 10 anos (artigo artigo 205), quando a ofensa ao direito autoral se assemelhar a um descumprimento contratual, como na hipótese.** 4.- Recurso Especial a que se nega provimento. (Recurso Especial nº 1.159.317 - SP - 2009/0194402-3, Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma).

CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO AUTORAL. PRESCRIÇÃO. DIES A QUO. PRAZO. NOVO CÓDIGO CIVIL. REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028. CONTAGEM. (...) 2. O art. 131 da Lei nº 5.988/73 revogou o art. 178, § 10, VII, do CC/16, pois regulou inteiramente a matéria tratada neste. 3. Revogada a Lei nº 5.988/73 pela Lei nº 9.610/98 e como o art. 111 da lei revogadora (que dispunha sobre prazo prescricional) foi vetado, a **matéria atinente à prescrição das ações relacionadas a direitos autorais patrimoniais passou a ser regida pelo art. 177 do CC/16, aplicando-se o prazo prescricional de 20 anos, visto que não houve previsão expressa de repristinação do art. 178, § 10, VII, do CC/16, conforme exige o art. 2º, § 3º, da LICC. ...** (REsp 1168336/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 16/09/2011 - destacado).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. ECAD. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA DO PRAZO PREVISTO NO ART. 206, §3º, V, DO CPC. JUROS DE MORA. 1. "O Código Civil de 2002 não trouxe previsão específica quanto ao prazo prescricional incidente em caso de violação de direitos do autor, sendo de se aplicar o prazo de 03 anos (artigo 206, § 3º, V) quando tiver havido ilícito extracontratual ou então o prazo de 10 anos (artigo artigo 205), quando a ofensa ao direito autoral se assemelhar a um descumprimento contratual, como na hipótese." (REsp 1159317/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 18/03/2014) 2. Jurisprudência do STJ no sentido de que os juros de mora, nas hipóteses de violação a direitos autorais, devem remontar à data em que cometida a infração ao direito. 3. Aplicação dessa orientação aos interesses perseguidos pelo ECAD, ante a clareza da Lei de Direitos Autorais (art. 68), prevendo que aquele que de obra autoral se utiliza deve providenciar a expressa e prévia autorização do titular, estando, em regra, em mora desde o momento em que a utiliza sem a autorização do autor. 4. O reconhecimento da sucumbência recíproca, pois ligado diretamente a fatos e provas, atrai o óbice da 7/STJ. 5. Caso concreto em

Acesso ao Sumário

que a pretensão de cobrança formulada pelo ECAD foi quase 'in totum' acolhida. 6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1313786/MS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 08/05/2015 - destacado)

No mesmo sentido, tem sido o entendimento desta Colenda 9ª Câmara de Direito Privado:

DIREITOS AUTORAIS. ECAD. SONORIZAÇÃO DE DEPENDÊNCIAS DE HOTEL. COBRANÇA. PRESCRIÇÃO. 1- "São devidos os pagamentos referentes aos direitos autorais em razão da disponibilização de televisores e rádios dentro dos quartos de hotéis, por configurarem exploração de obras artísticas para incremento dos serviços prestados pelo meios de hospedagem" conforme o STJ. Precedentes. Apelação do réu não provida. **2- Prescrição decenal e não trienal. Art. 205, caput, CC**. Apelação do autor provida. 3- Apelação do réu não provida e apelação do autor provido. M.V. (Apelação Cível nº 0012244-82.2010.8.26.0010, TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Alexandre Lazarrini, j.14.04.2015)

A respeito, anoto, também, os precedentes, no mesmo sentido, deste E. Tribunal de Justiça:

AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. Legitimidade do ECAD para cobrança de valores devidos a seus associados que decorre da lei. Autorização de uso de obra musical em produção audiovisual que não importa em renúncia aos direitos econômicos decorrentes da titularidade do direito autoral. Desnecessidade de indicação, pelo ECAD, de cada música e artista utilizado na obra audiovisual. Autorização legal para o ECAD fixar tabela de remuneração pela utilização das obras musicais. Precedentes do STJ. **Pretensões surgidas e transcorridas na vigência do Código Civil de 1916, submetem-se ao prazo prescricional de 5 anos, previsto em seu artigo 179, § 10,VII. Pretensões cujo prazo prescricional não havia decorrido completamente quando da publicação do novo Código Civil, que se submetem, de imediato, ao prazo decenal previsto no "caput" do artigo 205 do novel Código, à falta de um prazo específico, com observância de que a somado tempo transcorrido anteriormente e posteriormente à publicação do novo diploma não pode ultrapassar o prazo decenal introduzido pelo novo Código**. Desnecessidade da aplicação da tutela inibitória e de pesada multa moratória. Ausência de interesse processual para a reconvenção proposta pela ré, na modalidade necessidade. Ação e reconvenção improcedentes. Recurso do autor provido em parte. Recurso da ré não provido. (Apelação Cível nº 0210430-43.2008.8.26.0100, TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Francisco Loureiro, j.22.03.2012 - destacado)

DIREITO AUTORAL - Execução sonora e audiovisual decomposições

Acesso ao Sumário

musicais em “apart-hotel” - Recolhimentos não efetuados - Ação de cumprimento de preceito legal proposta pelo ECAD, cumulada com perdas e danos - Sentença de parcial procedência - Imposição de condenação a ser apurada em liquidação - Apelação de ambas as partes - Pedido de julgamento monocrático – Descabimento - **Prazo prescricional decenal - Aplicação do artigo 205 do Código Civil - Prescrição afastada** - Hotel como área de frequência coletiva e com finalidade de lucro - Súmula 63 do Superior Tribunal de Justiça - Prestações devidas pela exploração dos direitos autorais - Hipótese de dupla cobrança não configurada - Recolhimento cujo fato gerador está vinculado ao lucro auferido por quem explora estabelecimento comercial onde ocorre a execução sonora e audiovisual da obra artística - Inclusão das parcelas vincendas até o efetivo cumprimento da obrigação - Artigo 290 do Código de Processo Civil - Multa de 10% e suspensão de execução das obras não autorizadas afastadas - Juros legais a contar da citação - Apelação da ré desprovida - Apelação da autora parcialmente provida. (Apelação nº 0197935-93.2010.8.26.0100, TJSO, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Carlos Henrique Miguel Trevisan, j.30.08.2012 - destacado)

ECAD - Cobrança de direitos autorais de músicas inseridas nas trilhas sonoras de obras cinematográficas - Desnecessidade de identificação pontual das músicas, sob pena de impossibilitar o exercício do direito - Entendimento do STJ de que o direito à inserção da música na obra audiovisual não abrange o pagamento pela exibição no cinema - Cobrança de 2,5% da bilheteria devida, conforme entendimento do STJ - ECAD possui parcerias com as associações e organizações internacionais para cobrança dos direitos autorais dos estrangeiros, até porque é o único órgão de arrecadação autorizado pela Lei. **Prazo prescricional de 10 anos Inteligência do art. 205 do CC** - Verba honorária bem quantificada - Sentença reformada - Provido parcialmente o recurso do autor (para afastar a prescrição trienal); desprovido o do réu. (Apelação Cível nº 9069075-61.2009.8.26.0000, TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Moreira Viegas, j.25.04.2012- destacado)

DIREITO AUTORAL – COBRANÇA - Competência desta Turma Julgadora, seja diante da prevenção oriunda de julgamento de Agravo de Instrumento, seja porque o apelo foi distribuído em data anterior ao advento da Resolução 538/2011 (art. 1º), do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça - Procedência - Demanda que busca receber dos réus valores relativos a direitos autorais desde o ano de 2002 - Legitimidade ativa do ECAD como substituto processual, independentemente de prova de filiação às associações integrantes daquela entidade ou de identificação das músicas - Prescrição - Inocorrência - **Ação ajuizada dentro do lapso prescricional previsto no artigo 205 do Código Civil** - Violação dos direitos autorais devidamente comprovada (conforme autos de infração que instruem a inicial) - Apuração do quantum relegada à fase

Acesso ao Sumário

de liquidação - Condenação dos réus nas prestações vencidas no curso da lide - Cabimento - Inteligência do art. 290 do CPC - Multa prevista no artigo 109 da Lei 9610/98 - Inadmissibilidade, na hipótese - Exigibilidade condicionada à demonstração de dolo ou má-fé, na espécie inexistente - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido para afastar a imposição da multa. (Apelação Cível nº 0116583-84.2008.8.26.0100, TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Salles Rossi, j. 14.12.2011 - destacado)

EXECUÇÃO - Sentença que julgou procedente ação de cobrança de direitos autorais - Pretensão executória que prescreve no mesmo prazo da ação - Súmula nº 150 do STF - **Prazo prescricional que, após a vigência do Código Civil de 2002, passou a ser regido pelo seu artigo 205, diante da ausência de fixação de prazo menor - Prescrição afastada -** Exceção de pré-executividade rejeitada - Recurso provido. (Apelação Cível nº 9103031-39.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Erickson Gavazza Marques, j. 1.02.2012 - destacado)

A hipótese dos autos assemelha-se também a outras espécies de cobranças coletivas realizadas por diversos entes (como concessionárias, condomínios, etc.) como, por exemplo, pela licença de uso/utilização de bens/serviços (*serviço de água, esgoto, luz*, telefonia, etc.) pelo usuário que, uma vez inadimplente, é penalizado com a incidência da multa pelo atraso no pagamento, além da condenação ao pagamento da contraprestação devida pela utilização do referido bem, na hipótese dos autos, pelo uso não licenciado - e *não pago* - de obras musicais e fonogramas pela via da execução pública.

Nesses casos, a cobrança da contraprestação é realizada pelo ente legalmente autorizado para tanto e o inadimplente é condenado a pagar o débito pendente e não a que se apure e se indenize prejuízos. Não se trata, portanto, de pleito de reparação de danos, mas sim de cobrança de débitos não pagos, em valores coletivamente pré-fixados mediante padronização constante de "tabela de preços", formalmente aprovada em assembleia geral da entidade.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça traz elucidativa explicação no voto da lavra do Ministro Sidnei Beneti, no REsp nº 1201177, cujo trecho passo a transcrever:

"**Tratando-se de cláusula penal moratória, o credor estará autorizado a exigir não apenas o cumprimento (tardio) do avençado, como ainda a cláusula penal estipulada**. Nesses termos a dicção expressa do artigo 411 do Código Civil: 'Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.'

A questão que se coloca é se o credor também estará autorizado a exigir (além da prestação tardia e da multa) as perdas e danos decorrentes da mora.

Acesso ao Sumário

> Dentro do nosso sistema, a obrigação de indenizar é corolário natural daquele que pratica ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. Se a cláusula penal compensatória funciona como pré-fixação das perdas e danos, o mesmo não ocorre com a cláusula penal moratória, que não compensa nem substitui o inadimplemento, apenas pune o retardamento no cumprimento da obrigação.
>
> Assim, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interfere com a responsabilidade civil correlata que já deflui naturalmente do próprio sistema." (RESp nº 1.355.554-RJ, 3ª Turma do STJ, j.06.12.2012 - destacado)

No que tange à aplicação da multa prevista no art. 109 - da Lei 9.610/98, registre-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, por meio do voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, sobre sua aplicação condicionada à comprovada **má-fé na ação do ofensor**:

> A elevada multa prevista no art. 109 da novel Lei n. 9.610, equivalente a vinte vezes o valor devido originariamente, **não é de ser aplicada a qualquer situação indistintamente, porquanto objetiva, por seu caráter punitivo e severa conseqüência, não propriamente penalizar atraso ou omissão do usuário, mas, sim, a ação de má-fé, ilícita, de usurpação do direito autoral** (...) (REsp nº 439.411-MG, Quarta turma, j.26.11.2002 - destacado)

Bem se vê que, a hipótese dos autos não é de atos de "má-fé" ou de "usurpações", mas, sim, refere-se apenas à cobrança dos valores devidos pela utilização de obras musicais e fonogramas pela via da execução pública. Cobrança simples, portanto. Nem chega a ser aplicável, na hipótese vertente, portanto, qualquer penalização, muito menos perdas e danos a título de reparação civil.

Cumpre ressaltar que a aplicação da prescrição é medida extrema que, como salienta Silvio Venosa, ao ser efetivada "*deve colocar uma pedra sobre a relação jurídica cujo direito não foi exercido*"[4]. Não pode assim ser aplicada por interpretação extensiva. Deve estar claramente respaldada em lei.

Nessa senda, a hipótese dos autos não pode ser confundida e tampouco ampliada às hipóteses de reparação de civil, pois não há pleito dessa natureza, não podendo ser aplicado o art. 206, §3º, V, do Código Civil.

Pensamento diverso acarreta a excepcionalidade de uma interpretação extensiva do art. 206, §3º, V do Código Civil, com ilegal liberação do devedor em prejuízo do credor, em patente violação ao preceito legal inserto no art. 205 do Código Civil, com subversão do mandamento legal.

Enfim, entendo impróprio imputar - *na hipótese de lapso prescricional que não seja especificado na lei* - obrigação à demandante de ajuizamento de ação em prazo inferior ao geral. Tal imputação infringe frontalmente o ordenamento

4 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. V.1. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2005, P.593.

Acesso ao Sumário

Constitucional que estabelece: "Art. 5º (...) II - *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude e lei*".

Portanto, diante de todas as razões expostas, entendo não restar dúvidas de que a ação manejada pelo ECAD visando o recebimento dos direitos patrimoniais em razão da utilização, em regime de execução pública, de obras musicais e fonogramas, não trata de ação de indenização e com ela não pode ser confundida, não se sujeitando ao prazo trienal.

Nesse quadro, verifica-se, consequentemente, na hipótese dos presentes autos, que a prescrição - *decenal* - não se operou, afastando-se a referida alegação.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito, é importante inicialmente ressaltar o papel do ECAD, trazendo à baila a manifestação do Superior Tribunal Justiça, ao dispor que o "*ECAD é associação civil, portanto, de natureza privada, constituída pelas associações de direitos do autor, com a finalidade de defesa e cobrança dos direitos autorais. Em razão da adoção pelo legislador brasileiro do sistema de gestão coletiva, a Lei 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais) reservou ao ECAD a exclusividade quanto à arrecadação e distribuição dos direitos autorais relativos à reprodução e divulgação de obras musicais e fonogramas*" (REsp nº1.391.090-MT, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 22/9/2015, DJe 9/10/2015).

Salienta-se que o âmbito legal de atuação do ECAD, em regime de gestão coletiva e substituição processual de titulares de direitos autorais (§2º do art. 99 da Lei 9.610/98), corresponde "*à execução pública das obras musicais e litero-musicais e de fonagramas, inclusive por meio da radiofusão e transmissão por qualquer modalidade e da exibição de obras audiovisuais" (art. 99 "caput" da Lei 9.610/98).*

Registre-se também que a importância do ECAD já foi proclamada pelo **Supremo Tribunal Federal**. Confira-se: "*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ECAD. ART. 99 E § 1º DA LEI Nº 9.610/98. ARTS. 5º, INCS. XVII E XX, E 173, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (...) a experiência demonstrou representar ele instrumento imprescindível à proteção dos direitos autorais, preconizada no inc. XXVIII e suas alíneas a e b do art. 5º da Constituição, garantia que, no caso, tem preferência sobre o princípio da livre associação (incs. XVII e XX do mesmo artigo) apontado como ofendido. Cautelar indeferida*." (ADI 2054 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/1999, DJ 10-03-2000 PP-00003 EMENT VOL-01982-01 PP-00051)[5].

Acesso ao Sumário

5 Essa mesma linha de entendimento foi reeditada pelo Pretório Excelso em 2003: "I - Liberdade de Associação. 1.Liberdade negativa de associação: sua existência, nos textos constitucionais anteriores, como corolário da liberdade positiva de associação e seu alcance e inteligência, na constituição quando se cuide de

Nesse caminho, a judiciosa doutrina de Carlos Fernando Mathias de Souza:

> "A questão, todavia, referente à legitimação anômala ou legitimação extraordinária, como se diz na doutrina, está completamente superada também, pelo próprio ordenamento positivo.
>
> É que a Lei 9.610/98 (§2º, do art. 99) prescreve que o escritório central e as associações atuarão, em juízo ou fora dele, em seus próprios nomes como substitutos processuais ou titulares a eles vinculados (remeta-se por oportuno à Constituição, art. 5º, inciso XXI)."[6]

Nesse fundamental mister, é nítido que o sistema de gestão coletiva de direitos autorais, exercido em nosso país pelo ECAD, age em proteção aos autores e demais titulares de direitos de autor e os que lhes são conexos no campo musical - *nacionais e estrangeiros* - possibilitando que venham a obter os justos benefícios econômicos que a utilização de suas obras possam lhes proporcionar. É essa a finalidade das normas integrantes das convenções internacionais, em harmonia com o regime jurídico adotado pelas legislações nacionais dos países que reconhecem os direitos autorais.

A Convenção de Berna promulgada entre nós em sua revisão de Berlim, pelo Decreto n. 15.699, de 6.5.1975 já estabelecia no art. 11 bis que os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar:

> 1.º A radiodifusão das suas obras ou a comunicação pública dessas obras por qualquer outro meio que sirva à difusão sem fio dos sinais, sons ou imagens;
>
> 2.º Qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radiodifundida, quando essa comunicação seja feita por outro organismo que não o de origem;
>
> 3.º A comunicação pública, por alto-falante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagens, da obra radiodifundida.

No tocante aos direitos autorais, a Constituição Federal vigente concede inegável relevância à sua proteção ao elencá-los entre os direitos fundamentais, previstos no artigo 5º.[7]

Acesso ao Sumário

entidade destinada a viabilizar a gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e conexos, cuja forma e organização se remetem à lei. 2. Direitos autorais e conexos: sistema de gestão coletiva de arrecadação e distribuição por meio do Ecad (Lei nº9.610/98, art. 99), sem ofensa do art. 5º, XVII e XX, da Constituição, cuja aplicação na esfera dos direitos autorais e conexos, hão de conciliar-se com o disposto no art. 5º, XXVIII, b, da própria Lei Fundamental". (Acórdão de 02.04.2003, proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 2054, por unanimidade de votos do Tribunal Pleno, Relator do acórdão Ministro Sepúlveda Pertence (DJ 17.10.2003, p.00013). No âmbito do **Superior Tribunal de Justiça**, consignou sobre o mesmo tema e em harmonia com a orientação do STF, o relator, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: "O art. 99 da Lei nº 9.610/1998 manteve a exigência de órgão central único de arrecadação e distribuição, em comum, de direitos autorais. Esse dispositivo foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 2.054-a, relator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 09.04.2003)"

6 Direito Autoral. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998, p.51.

7 XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas

Ao discorrer sobre a importância da função social da proteção desses direitos, advertia o saudoso Antônio Chaves, de forma precursora, já em 1970:

> "*Só existe uma maneira de elevar e preservar a arte e a cultura: pagar ao autor e ao artista a retribuição a que faz jus pelo seu trabalho. É preciso que compreendam de uma vez os nossos 'autoralistas' de bolso de colete que não remunerar condignamente, pior do que isso, impedir que o autor e o artista retirem do seu trabalho a compensação que a sociedade jamais cogitou de negar-lhes, é incorrer não só num ridículo tremendo, como também, praticar a maior das insânias.*"[8]

Pois bem.

Na hipótese sob exame, a matéria está suficientemente tratada na Lei 9.610/98, que dispõe:

> "Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.
>
> (...)
>
> § 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de freqüência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.
>
> § 3º Consideram-se locais de freqüência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.
>
> § 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais (...)."

Acesso ao Sumário

De acordo com o regime legal supramencionado e, na linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o pagamento de direitos autorais em razão da retransmissão de obras musicais, litero-musicais e audiovisuais em quartos de hotéis é devida.

No tocante à jurisprudência, confiram-se os precedentes:

RECURSO ESPECIAL. DIREITOS AUTORAIS. TELEVISORES E RÁDIOS EM QUARTOS DE HOTEL. SERVIÇOS PRESTADOS PELOS MEIOS DE HOSPEDAGEM. EXPLORAÇÃO DE OBRAS ARTÍSTICAS.

obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

8 O Direito de Autor na Obra Cinematográfica. Inconstitucionalidade do decreto-lei n. 980, de 1969. *In* Revista dos Tribunais, Ano 59, dezembro de 1970, volume 422, p.63.

PAGAMENTO DE DIREITOS AUTORAIS. RECURSO PROVIDO. I - São devidos, os pagamentos referentes aos direitos autorais em razão da disponibilização de televisores e rádios dentro dos quartos de hotéis, por configurarem exploração de obras artísticas para incremento dos serviços prestados pelo meios de hospedagem. II - Orientação firmada sob a égide da lei 9.610/98, que constitui a base legal de regência do caso, visto que sobre ela focalizou-se o debate nos autos, como legislação invocada pela inicial, sentença, Acórdão recorrido e pelo Recurso Especial, não sendo o processo, por falta de prequestionamento, apto ao julgamento a respeito do disposto no art. 23 da Lei 11.771/08. Recurso Especial do ECAD provido. *(REsp nº 1.117.391 - RS (2009/0009385-1), Relator Ministro Sidnei Benetti, j.27.04.2011)*

Ao proferir o voto, consignou o ilustre relator, Ministro Sidnei Benetti:

Extrai-se da fundamentação dos Acórdãos referidos que a intenção do legislador foi ampliar a proteção dada aos titulares dos direitos autorais ante a exploração comercial das criações intelectuais.

Com efeito, a disponibilização de aparelhos de rádio e televisão nos quartos de hotéis, meios de hospedagem, integra e incrementa o conjunto de serviços oferecidos pelos estabelecimentos, com a exploração das obras artísticas, ainda que não utilizados tais serviços por todos os hóspedes.

(...)

Pelo exposto, pelo meu voto dá-se provimento ao Recurso Especial do ECAD, declarando-se a obrigatoriedade de recolhimento, pelo Recorrido, das contribuições relativas aos direitos autorais em razão da disponibilização de rádios e televisores no interior dos apartamentos do estabelecimento(...)" (*REsp nº 1.117.391 - RS (2009/0009385-1), Relator Ministro Sidnei Benetti, j.27.04.2011 - destaquei*)

No caso de *flats*, o raciocínio é o mesmo, considerando-se a natureza jurídica do referido empreendimento.

Nesse aspecto, deve-se compreender que *flats*, *apart- hotéis*, hotéis-residência e assemelhados emergem no cenário imobiliário como empreendimentos cuja finalidade precípua é comercial, destinando-se à permanência temporária de pessoas, com grande rotatividade. Esses ambientes, em regra geral, nada têm de domiciliar ou privativo.

Não há como confundi-los com residências, ressaltando-se que a alegada utilização prolongada pelo hóspede para fins de moradia é episódica, excepcional, não desnaturando a natureza jurídica dos aludidos empreendimentos.

Nesse sentido, esclarece a Deliberação Normativa 433, publicada no Diário Oficial da União, dia 06.01.2003,[9] editada pela Embratur - Empresa

9 Seção 1, página 70.

Acesso ao Sumário

Brasileira de Turismo -[10] que regulamenta o funcionamento dos *flats e apart-hotéis*:

> "**Art. 1º - Os empreendimentos ou estabelecimentos que explorem ou administrem a prestação de serviços de hospedagem em unidades mobiliadas e equipadas (UH) e outros serviços oferecidos aos hóspedes, quaisquer que sejam as suas denominações, inclusive os conhecidos como flat, apart-hotel ou condohotel, estarão sujeitos às normas legais que regem as atividades comerciais ou empresariais, ao cadastramento obrigatório de que trata a Deliberação Normativa nº 416, de 22 de novembro de 2000 e ao Regulamento Geral dos Meios de Hospedagem, anexo da Deliberação Normativa nº 429, de 23 de abril de 2002.**
>
> **Art. 2º - Serviços de hospedagem são aqueles prestados por empreendimentos ou estabelecimentos que ofertam alojamento temporário para hóspedes, mediante adoção de contrato, tácito ou expresso, de hospedagem e cobrança de diária, pela ocupação da UH:**
>
> **§ 1º - Entende-se por diária o preço de hospedagem correspondente à utilização da UH e dos serviços incluídos, observados os horários fixados para entrada (check-in) e saída (check-out) (...)**" (*sic*-destacado)

Esse entendimento vem sendo prestigiado por este Egrégio Tribunal de Justiça, a saber:

> **Locação de imóveis. Ação reintegração de posse com pedido liminar - "apart-hotel" - sentença de procedência apelação - a locação em "apart-hotel", como pelo próprio réu enquadrada, é contrato atípico, semelhante ao de hospedagem e posto ao desabrigo da lei do inquilinato, sendo cabível para retomar aquele imóvel a ação de reintegração de posse** - recurso improvido. (Apelação Cível nº 0051919-34.2000.8.26.0000, TJSP, relator Desembargador Palma Bisson, j.18/04/2002)
>
> Prestação de serviços - Tarifa de água e esgoto - **Condomínio do tipo "flat" ou "residence service" - Edifício que não tem estrita natureza residencial, ainda que nele alguns titulares de unidades tenham permanente residência - Não sendo estritamente residencial nem comercial, os "flats", "apart hotel" ou "residence service", guardam natureza mista, que se caracteriza em "prédios com unidades residenciais e unidades não residenciais", em que o número de economias considerado será igual ao número de residências** acrescido de uma economia, na forma do disposto no § 2º, do art. 3º, do Decreto n° 41.446/96. Pretensão inicial que fez pedido alternativo quanto ao enquadramento - Possibilidade - Recurso provido para julgar procedente a ação. (Relator(a): Ruy Coppola; Comarca: Comarca não

Acesso ao Sumário

10 Competência atribuída pelo inciso X, do art. 3º da Lei nº 8.181, de 28 de março de 1991.

informada; Órgão julgador: 32ª Câmara do Sexto Grupo (Ext. 2° TAC); Data do julgamento: 01/02/2007; Data de registro: 03/02/2007; Outros números: 990937800)

Mandado de segurança com pedido de liminar - recurso de apelação - **flat ou apart-hotel que foi autuado pela municipalidade para apresentar licença de funcionamento possibilidade - flat ou apart-hotel que possui finalidade não residencial - necessidade de licença de funcionamento para imóveis de uso não residencial - recursos providos**. (Apelação nº 0188739-79.2008.8.26.0000, TJSP, 5ª Câmara de Direito Publico, relator Desembargador Franco Cocuzza, j.15.10.2009)

Nessa realidade, não pode remanescer qualquer dúvida que a utilização/retransmissão de obras musicais, litero-musicais, fonogramas e obras audiovisuais por meio de aparelhos de televisão/som, colocados à disposição dos frequentadores (hóspedes), configura execução pública[11] em local de frequência coletiva.

Ao analisar caso semelhante, o Desembargador Enio Zuliani, teceu relevantes conclusões:

"**Os direitos autorais exigidos pela retransmissão em hotéis decorrem da exploração comercial das músicas dos rádios e televisores e, embora se possa afirmar que o quarto de hotel isola o hóspede como se estivesse no recesso do lar, a estrutura que obtém, pela adaptação comercial, é diferente pelo intuito mercantilista, o que outorga conotação de público. O sujeito dorme em casa em lençóis e não paga por isso; no hotel a diária leva isso em consideração, como também a oferta de banhos e etc. A televisão é um serviço colocado à disposição para o público e não um equipamento próprio do hóspede e, por isso, o caráter coletivo (frequência). Não há, pois, motivo para divergir da sólida jurisprudência existente sobre o tema (...).**" (Apelação nº 0031638-55.2012.8.26.0576, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Ênio Zuliani, j.29.05.2014)

Nessa esteira, cuidando especificamente de estabelecimentos comerciais, editada a **Súmula 63** do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que "***são devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais***".

E, exatamente sobre a efetiva caracterização da execução pública de obras musicais e fonogramas e consequente legitimidade do ECAD para a cobrança dos direitos autorais em dependência de quartos de hotéis, há precedentes

Acesso ao Sumário

11 Registre-se a opinião de Rodrigo Moraes ao tratar do vocábulo execução pública: "Quando se fala em execução pública (*rectius, comunicação ao público*), há dois tipos de 'público': a) público simultâneo (*p.ex., numa apresentação ao vivo, presencial*); b) público sucessivo (p.ex. nos quartos de hotel). Portanto, o vocábulo público deve ter interpretação extensiva". Evolução da Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Brasil (1917 A 2017) do rádio ao streaming. Tese de doutorado defendida na faculdade de Direito da USP, abril de 2018, p.416.

também do Superior Tribunal de Justiça:

> "**Direitos autorais. Aparelhos de rádio e televisão em quarto de motel. Precedente da Segunda Seção**. Multa do art. 109 da Lei nº 9.610/98.
>
> 1. Já assentou a Segunda Seção que a Lei nº 9.610/98 'não autoriza que a disponibilidade de aparelhos de rádio ou de televisão nos quartos de motéis e hotéis, lugares de frequência coletiva, escape da incidência da Súmula n. 63 da Corte (REsp nº 556.340/MG, da minha Relatoria, DJ de 11/10/04).' (...)" (REsp 627.650/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ 19/12/2005);
>
> "**Direito civil. ECAD. Instalação de televisores dentro de apartamentos privativos em clínicas de saúde. Necessidade de remuneração pelo direitos autorais. - A Segunda Secção deste Tribunal já decidiu serem devidos direitos autorais pela instalação de televisores dentro de quartos de hotéis ou motéis** (REsp nº 556.340/MG). - O que motivou esse julgamento foi o fato de que a Lei nº 9.610/98 não considera mais relevante aferir lucro direto ou indireto pela exibição de obra, mas tão somente a circunstância de se ter promovido sua exibição pública em local de frequência coletiva. (...)" (REsp 791.630/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 04/09/2006);
>
> **A simples disponibilização de aparelhos radiofônicos (rádios) e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança de direitos autorais por parte do ECAD.**
>
> STJ. 3ª Turma. REsp 1.589.598-MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em **13/6/2017 (Info 606)**.

Assim, é inequívoco que flats, apart-hotéis, hotéis-residência e assemelhados devem recolher ao ECAD os pagamentos pelas execuções das obras musicais, litero-musicais e fonogramas e obras audiovisuais, veiculadas em suas dependências.

Nem se alegue, como tenta a ré, duplicidade de cobrança, pois a cada utilização das obras sem autorização do ECAD, órgão legitimado para a respectiva arrecadação, são devidos os pagamentos a titulo de direitos patrimoniais de autor, conforme disposto na Lei 9.610/98:

> "Art. 31. As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais."

Acesso ao Sumário

De acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, tanto a TV a cabo quanto o hotel estão obrigados a pagar direitos autorais pelas execuções das obras musicais:

> **Não há *bis in idem* nas hipóteses de cobrança de direitos autorais tanto da empresa exploradora do serviço de hotelaria como da**

empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.589.598-MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em **13/6/2017** (Info 606).

Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. QUARTO DE HOTEL. APARELHOS TELEVISORES. TV POR ASSINATURA. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.610/1998. CAPTAÇÃO E TRANSMISSÃO DE RADIODIFUSÃO. FATOS GERADORES DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. (...). 1. À luz das disposições insertas na Lei nº 9.610/1998 e consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD -, dos direitos autorais de todos os titulares filiados às associações que o integram. 2. Para fins de reconhecimento da possibilidade da cobrança, é irrelevante que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em locais de frequência coletiva tenha se dado a partir da disponibilização de aparelho televisor com equipamento receptor do sinal de TV a cabo ou TV por assinatura. 3. **Na cobrança de direitos autorais por suposta utilização não autorizada de obra artística, não se pode confundir a obrigação da empresa exploradora do serviço de hotelaria com o a obrigação da empresa prestadora dos serviços de transmissão de sinal de TV por assinatura, pois resultam de fatos geradores distintos, a saber: (i) a captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (quartos de hotel) e (ii) a radiodifusão sonora ou televisiva em si. Daí porque não há falar, em casos tais, na ocorrência de bis in idem.** (...) RECURSO ESPECIAL Nº 1.589.598 - MS (2016/0074658-9) RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, j.13.06.2017.

Em sua fundamentação, esclarece o Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva:

"Em verdade, a destinação dada aos aparelhos televisores instalados nos quartos do hotel ora recorrido é completamente desinfluente para definir a legitimidade da cobrança promovida pelo ECAD. É que, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada ao longo dos últimos anos, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotel, porquanto viabilizadora de eventual execução e/ou reprodução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em local de frequência coletiva, enseja para a respectiva hospedaria a obrigação de pagamento de direitos autorais perseguida pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição na inicial dos presentes autos, pouco importando que tal execução/reprodução resulte

Acesso ao Sumário

da transmissão da programação dos canais de TV abertos ou daqueles integrantes da chamada TV por assinatura (ou fechada). Vale ressaltar que não se pode confundir, em casos tais, o fato gerador da obrigação do hotel (a captação de transmissão de radiodifusão em local de frequência coletiva) com o fato gerador da obrigação da empresa prestadora do serviço de transmissão de TV por assinatura (a própria radiodifusão sonora ou televisiva), visto que são autônomos e, por isso, dão ensejo a obrigações que são independentemente exigíveis. A propósito, impende salientar a distinção que é feita pela própria Lei nº 9.610/1998 que, em seu art. 29, deixa claro que são situações que não se confundem a do responsável pela radiodifusão sonora ou televisiva (no caso, a empresa prestadora dos serviços de TV por assinatura) e a do responsável pela captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva (no caso, o hotel ora demandado, que possui quartos equipados com televisores). Eis a literalidade do dispositivo legal em questão: 'Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de freqüência coletiva'. **Na espécie, portanto, não há nenhuma plausibilidade na pretensão do hotel ora recorrido de se eximir do dever de remunerar o ECAD (por oferecer aos seus clientes televisores no interior de suas acomodações) pelo fato de a empresa que contratou para a prestação do serviço de transmissão de TV por assinatura (NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S.A.) também ser devedora de direitos autorais.**" (destacamos)

Portanto, ao contrário do que constou na sentença recorrida, é legitima a cobrança dos direitos autorais em questão.

Frise-se também que a legalidade dos critérios estimativos de receita bruta prevista no regulamento de arrecadação do ECAD, já foi pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa de recente acórdão, a saber:

DIREITO CIVIL. LEGALIDADE DE CRITÉRIOS FIXADOS EM REGULAMENTO DE ARRECADAÇÃO DO ECAD. **É válido o critério de estimativa da receita bruta do evento realizado, previsto em regulamento de arrecadação do ECAD, para se cobrar os valores devidos pela execução de obras musicais. Tratando-se de direito de autor, compete a esse a fixação da remuneração pela utilização de sua obra por terceiro, seja diretamente, seja por intermédio das associações ou do próprio ECAD, que possui métodos próprios para elaboração dos cálculos diante da diversidade das obras reproduzidas, segundo critérios eleitos internamente. Dessa forma, no âmbito de atuação do ECAD, os critérios para a cobrança dos direitos autorais são definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado**

Acesso ao Sumário

em assembleia geral composta pelos representantes das associações que o integram. O referido regulamento contém tabela específica de preços, os quais devem observar "a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras", conforme a nova redação expressa no § 3º do art. 98 da Lei 9.610/1998. Neste contexto, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de ser válida a tabela de preços instituída pelo ECAD e seu critério de arrecadação. Precedentes citados: STJ, AgRg nos EDcl no REsp nº 885.783-SP, Terceira Turma, DJe 22/5/2013; e AgRg no Ag 780.560-PR, Quarta Turma, DJ 26/2/2007. (*REsp nº 1.160.483-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/6/2014*).

Patente, assim, a procedência do pedido deduzido na inicial, devendo ser reformada a sentença nessa parte.

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso para julgar procedente a ação determinando a suspensão de qualquer comunicação ao público de obras musicais, litero-musicais, audiovisuais e fonogramas veiculados nas dependências da ré, ora apelada, até que se obtenha autorização prévia e expressa do autor, ora apelante, condenando a apelada no pagamento das parcelas mensais em aberto no valor apurado na inicial, além da condenação das parcelas que se vencerem no correr deste processo, nos termos do art. 323 do NCPC, sendo plenamente cabível, devendo se estender por todo o período em aberto, cabendo inclusive as que não venham a ser liquidadas no curso desta ação, devidamente atualizado, com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, acrescido das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, parágrafo 2º do Novo Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000007-33.2015.8.26.0368, da Comarca de Monte Alto, em que é apelante MARILUCIA SCHINEIDER (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MAURICIO DE MATTOS PIOVEZAN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18/35647)**

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

São Paulo, 4 de junho de 2018.

Acesso ao Sumário

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Apelação - Ação de Partilha de Bens - Casamento realizado sob o regime da comunhão parcial - Devem ser objeto de partilha os bens e direitos que comprovadamente existem e que tenham sido adquiridos onerosamente durante a convivência do casal, bem como as dívidas comprovadamente existentes no momento da ruptura da vida conjugal - Débitos em nome de pessoa jurídica - Apelado não consta como membro da sociedade - Efetiva participação em sociedade que depende de uma relação documentada entre os sócios - Inteligência do art. 987, do CC - Princípio da *affectio societatis* - Simples alegação de participação de fato não é hábil a atribuir efeitos jurídicos capazes de autorizar a integração forçada do Apelado à sociedade - Bem imóvel comprovadamente adquirido exclusivamente pelo Apelado antes do matrimônio -Ausência de comprovação da aquisição dos bens móveis durante a constância do casamento -Ônus atribuído à Autora - Inteligência do art. 373, I, do CPC/15 - Presunção relativa de reversão das dívidas contraídas durante o casamento em favor da sociedade conjugal - Apelado não provou não terem os débitos sido contraídos em benefício da entidade familiar - Responsabilização pelo pagamento de 50% dos débitos indicados - Sucumbência - Condenação da Autora ao pagamento de 75% das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa, ficando ao encargo do Réu os 25% restantes - Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra sentença que julgou improcedente Ação de Partilha de Bens ajuizada pela Apelante em face do Apelado.

Apela a Autora, sustentando, em síntese, que as dívidas contraídas pelo casal durante a constância do casamento, devem ser de responsabilidade do casal, e o mesmo se diz em relação às dívidas da empresa Schineider Moda Íntima Ltda. Alega que a discussão sobre a existência de bens móveis ficou

superada diante da confissão externada pelo Réu. Aduz, ainda, que o contrato de fls. 60 que tem como objeto o bem imóvel que se visa partilhar, traz como data de reconhecimento de firma 02/06/2007, quando já eram casados.

Não houve resposta.

Comprovada a tempestividade e a litigância sob o abrigo da assistência judiciária gratuita, recebo o recurso em seus regulares efeitos.

É o Relatório.

As partes contraíram matrimônio em 14 de outubro de 2006, sob o regime da comunhão parcial de bens, tendo em 08 de maio de 2014 se divorciado.

Pretende a Apelante, através da presente, a partilha de débitos em nome da empresa Schineider Moda Íntima Ltda., do imóvel situado na Rua Coronel Pires Penteado, 253, Monte Alto, das dívidas contraídas durante a constância do casamento e de determinados bens móveis.

Pois bem.

Sendo a união regida pelo regime da comunhão parcial, todos os bens adquiridos a título oneroso na constância da vida conjugal se comunicam e devem ser partilhados igualitariamente, independentemente de qual tenha sido a contribuição individual de cada cônjuge para a consecução do resultado patrimonial, pois se presume que a aquisição seja produto do esforço comum do par, nos termos dos arts. 1.658, 1.659 e 1.660, do CC.

Os débitos em nome da pessoa jurídica não podem ser partilhados.

A empresa Schineider Moda Íntima Ltda. tem como sócias Maria Irene de Barros Schineider e Maria Zélia Ferreira dos Santos, ou seja, não consta o Apelado como membro da sociedade (tampouco a Apelante).

Ademais, a participação em sociedade, no caso de responsabilidade limitada, depende de uma relação documentada entre os sócios, conforme preceitua o art. 987, do CC: "*Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade (...)*", em observância à *affectio societatis*.

Dessa forma, a simples alegação de participação de fato não é hábil a atribuir efeitos jurídicos capazes de autorizar a integração forçada do Apelado à sociedade e, assim, responsabilizá-lo pelas dívidas contraídas em nome da pessoa jurídica.

O bem imóvel indicado, igualmente, não deve ser partilhado.

Foi o imóvel adquirido pelo Apelado em 15.01.1999, mediante pagamento em única parcela (fls. 08, 60 e 69/73), data esta anterior ao seu matrimônio com a Apelante, de modo que a ele pertence única e exclusivamente, em observância ao regime de casamento adotado.

Quanto aos bens móveis, necessário salientar que, nos termos do art.

Acesso ao Sumário

373, I, do CPC/15, incumbe ao autor da ação o ônus de comprovação do fato constitutivo de seu direito.

Não há qualquer prova nos autos da aquisição dos alegados bens durante a constância do casamento, de modo que, a meu ver, não se desincumbiu a Apelante do ônus que lhe é atribuído, descabendo, assim, sua partilha.

Com relação às dívidas apontadas pela Apelante, no entanto, entendo de rigor a reforma da r. sentença.

Devem ser objeto de partilha as dívidas comprovadamente existentes no momento da ruptura da vida conjugal.

O C. STJ já se manifestou no sentido de que "*tratando-se de dívida contraída por um dos cônjuges, a regra geral é a de que cabe ao meeiro o ônus da prova de que a dívida não beneficiou a família, haja vista a solidariedade entre o casal*" (AgRg no AREsp 427.980/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 25/02/2014).

Para proteger sua meação, nesse caso, cabe ao cônjuge comprovar, estreme de dúvidas, que eventual dívida contraída pelo outro cônjuge somente a ele beneficiou, afastando, assim, a presunção relativa de que a dívida reverteu em favor da sociedade conjugal.

Ocorre que, no caso em questão, não comprovou o Apelado que os débitos não foram contraídos em benefício da entidade familiar, ônus que lhe cabia com o fim de afastar a presunção, de modo que impõe-se a sua responsabilização pelo pagamento de 50% dos débitos indicados.

Com relação às verbas de sucumbência, entendo que, ainda que parcialmente procedente o recurso, a Apelante decaiu em maior parte do pedido, motivo pelo qual deve responder por 75% das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da causa, ficando ao encargo do Réu os 25% restantes.

Isso posto, pelo meu voto, **dou parcial provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1034786-80.2015.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante I.S.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelada I.C.T. (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 37.659)**

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

São Paulo, 8 de junho de 2018.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Reconhecimento de união estável 'post mortem'. Apelada comprovou a convivência entre 2010 e 2015. Prova oral demonstrou que viviam como se casados fossem. Documentos demonstram residirem no mesmo local por longo período. Requisitos presentes, quais sejam, continuidade, publicidade e notoriedade. Questões outras envolvendo afetividade exposta pela apelante não têm relevância e não integram os pontos controvertidos. Apelo desprovido.

VOTO

1. Apelação interposta tempestivamente com base na r. sentença de págs. 136/138, aclarada pelos embargos de pág. 223, que julgou procedente ação de reconhecimento e dissolução de união estável *post mortem*.

Alega a apelante que a sentença merece reforma, reportando-se a textos legais. Declara que o direito e a moral devem repugnar a ausência absoluta de *affectio maritalis*, ou seja, a ausência de fidelidade, de companheirismo, de afeto e de dedicação mútua, como se caracteriza na hipótese. Diz que a apelada nunca conviveu com o genitor da apelante, sendo que a recorrida quer se valer da mudança da empresa para a Cidade de Campinas, quando quase que a totalidade dos funcionários também fora, e que teria passado a conviver com o *de cujus*. Expõe que os documentos e fotografias referidas se limitam a colegas de trabalho na mesma empresa, tanto que ocorrera retificação da certidão de óbito para que fosse retirada a expressão de que '*convivia maritalmente com I.C.T.*'. Por último requer o provimento do apelo, para que a ação seja julgada improcedente.

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão da apelante, págs. 237/241.

A douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer opinando pelo desprovimento do apelo, págs. 246/248.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece ser mantida.

A apelada comprovou de forma clara e precisa a convivência com o falecido M. desde 2010 até a morte do companheiro, que ocorrera em agosto de 2015.

Acesso ao Sumário

No caso em exame, todos os colegas de trabalho conheceram a recorrida e o falecido, afirmando que existia a convivência e se apresentavam no meio social como se casados fossem.

Ademais, também em relação ao local em que a convivência se desenvolvera existe o contrato de locação, ou seja, a apelada e o falecido residiam no mesmo imóvel, portanto, os requisitos da publicidade, notoriedade e continuidade se fazem presentes, logo, referência genérica e superficial da apelante de aspectos subjetivos sobre afeto ou outros itens correlatos não tem relevância para o desfecho da ação.

Oportuna a transcrição doutrinária:

"*União estável é a relação convivencial 'more uxorio', que possa ser convertida em casamento, ante a ausência dos impedimentos do artigo 1.521 do Código Civil, visto que as causas suspensivas arroladas no artigo 1.523 não impedem sua caracterização, e reconhecida como entidade familiar. Consiste numa convivência pública entre homem e mulher livres, contínua e duradoura, constituindo uma família. Assim, solteiros, viúvos, separados judicialmente, ou de fato, e divorciados poderão constituir união estável, por força do § 1º do artigo 1.723.*" (Maria Helena Diniz. Código Civil Anotado. Editora: Saraiva. 8ª edição. 2002. Pág. 1.119/1.120).

A jurisprudência assim entende:

"*A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito*." (REsp n.º 1.194.059/SP. Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. J. 06-11-2012).

"*União Estável. Ausência de prova da posse de estado de casado, consistente de relacionamento público, notório, duradouro, que configure um núcleo familiar. Inexistência de vida em comum more uxório. Recurso improvido.*" (Apelação Cível n.º 0.301.317-48.2009.8.26.0000. Relator Des. Francisco Loureiro. Quarta Câmara de Direito Privado. J. 11-03-2010).

Destarte, de rigor a manutenção da r. sentença, pois as provas apresentadas apontam para a existência da união estável entre a apelada e o pai da apelante, corroboradas, ainda, com os depoimentos das testemunhas.

3. Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento ao apelo.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023874-24.2015.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante GETULIO FRANCISCO RODRIGUES (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - CAASP, CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL, QUALICORP ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS e UNIMED PAULISTANA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO - EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL.

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 39601)**

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

São Paulo, 11 de junho de 2018.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM" - Obrigação de fazer - Portabilidade com manutenção de valores - Qualicorp - Administradora do plano de saúde, que, juntamente com a operadora, integra perante o consumidor uma única cadeia de fornecimento de serviços - Legitimidade passiva reconhecida - Preliminar afastada.

PLANO DE SAÚDE - Obrigação de fazer - ANS que determinou o encerramento das atividades da Unimed Paulistana - Pretensão de garantia dos mesmos valores inicialmente contratados - Portabilidade extraordinária nos termos das Resoluções Operacionais da ANS, que não dá garantia de manutenção dos valores da mensalidade - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação de r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação de obrigação de fazer c/c danos morais e materiais, em que

o autor pretende a portabilidade do seu plano de saúde operado pela Unimed Paulistana, cuja carteira foi alienada compulsoriamente, pelo mesmo valor de mensalidade, condenando este a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observada sua condição de beneficiário da justiça gratuita.

Recorre este, sustentando, em síntese, que seu pedido deve ser analisado sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. Alega que a Resolução do Conselho de Saúde Suplementar prevê que as operadoras dos planos de saúde coletivos cancelados devem disponibilizar aos usuários planos na modalidade individual ou familiar, com as mesmas características de cobertura, e resolução da ANS garante, ainda, nos casos de portabilidade do plano, faixa de preço igual ou inferior ao plano de origem, não admitindo que em virtude de cancelamento para o qual não concorreu, seja o segurado surpreendido com a obrigação de suportar o pagamento de mensalidade mais onerosa que aquela que lhe era anteriormente exigida. Aduz que o Termo de Ajuste de Conduta firmado em razão da alienação compulsória do plano de saúde do autor (Unimed Paulistana) garante a migração para plano de saúde nas mesmas condições inicialmente contratadas, contudo, a manutenção da rede credenciada resulta em alteração substancial na mensalidade, acarretando prejuízos ao consumidor, o que constitui abusividade. Argui que são indenizáveis os danos morais acarretados pela a falha na prestação do serviço da operadora lhe gerou transtornos que ultrapassam o mero aborrecimento.

Recurso processado com respostas das corrés CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - CAASP, CENTRAL NACIONAL UNIMED - COOPERATIVA CENTRAL, UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS e QUALICORP ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS S/A, sustentando esta última sua ilegitimidade "ad causam".

É o relatório.

Preliminarmente, não prospera a alegação de ilegitimidade passiva da corré, Qualicorp Administradora de Benefícios S/A. Decorrendo a legitimidade das partes da exata correspondência entre os sujeitos das relações jurídicas material e processual, correta é a presença da administradora do plano de saúde no polo passivo. Não há como se negar que a ré deve responder pelo cumprimento do contrato de plano de saúde firmado com o autor, cujo cancelamento é objeto da demanda.

Acesso ao Sumário

Aliás, é importante esclarecer que ao contrato em tela aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor, conforme teor das Súmulas nº 608 do C. STJ ("*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão*") e nº 100

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

Assim sendo, figura a Qualicorp como parte legítima para constar no polo passivo processual, já que integra, junto com a operadora Unimed, uma só cadeia de fornecimento de serviços perante o consumidor. Neste sentido: Apel. 1010739-81.2015.8.26.0004, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Mauro Conti Machado, j. em 03.10.2017; Apel. 1128849-42.2015.8.26.0100, 10ª Câmara de Direito Privado, rel. João Carlos Saletti, j. em 23.05.2017.

No mais, sabe-se que o autor aderiu, junto à CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - CAASP, ao plano de saúde coletivo operado pela corré, Unimed Paulistana, por intermédio da administradora corré, QUALICORP, bem como que, em setembro de 2015, depois de determinação pela ANS de alienação compulsória da carteira de clientes da Unimed Paulistana (conforme Resolução Operacional nº. 1891/2015), a administradora lhe ofereceu a portabilidade para plano de saúde operado pela Unimed FESP (fl. 14/15).

Na exordial, sustenta o autor que os valores dos planos oferecidos em portabilidade, de R$ 2.901,10, pelo contrato de adesão nº 8429574 (fl. 14), ou de R$ 2.221,72, pelo contrato de adesão nº 8502981 (fl. 15), são muito discrepantes do que vinha arcando para o plano operado pela Unimed Paulistana (R$ 528,24 - fl. 16), pelo que ingressou com a presente demanda, para que lhe seja garantida as mesmas condições de preço do contrato anterior.

Ocorre que, publicada a Resolução Operacional nº 1.891 da ANS, de 1 de setembro de 2015, restou determinada a alienação compulsória da carteira de clientes da Unimed Paulistana, sendo garantido que, caso houvesse a compra da carteira de clientes, a portabilidade garantiria a manutenção da rede de cobertura e preço.

Contudo, decorreu o prazo para alienação compulsória da carteira de clientes da Unimed Paulistana sem que houvesse interessados, ocasião em que foi celebrado TAC - Termo de Ajustamento de Conduta nº 51.161.1023/2015 firmado junto aos Ministérios Públicos Estadual e Federal, ANS e Procon, a Central Nacional Unimed e a Unimed FESP, que se comprometeram a assegurar aos beneficiários da carteira da Unimed Paulistana a manutenção dos serviços de assistência médico-hospitalar, sem a necessidade de cumprimento de novos períodos de carência, mas não garantiu a manutenção do preço na portabilidade.

Posteriormente, ainda, a possibilidade foi aberta a todas operadoras pela Resolução Operacional nº 1.950 da ANS, de 18 de novembro de 2015, sem mencionar nada a respeito da manutenção de preços, garantindo ao interessado apenas a possibilidade de migrar para outro plano, a sua escolha, sem o cumprimento de requisitos limitadores e prazos de carência.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, nos termos das Resoluções Operacionais editadas pela ANS, o direito à portabilidade extraordinária implica a celebração de um novo contrato de plano de saúde com novas operadoras pertencentes ou não ao "sistema Unimed", cujos termos, condições, valores e rede credenciada são próprios, com a exceção da carência e prazos de cobertura parcial temporária já cumpridos.

Nesse sentido, vem decidindo este Egrégio Tribunal de Justiça:

"PLANO DE SAÚDE. PORTABILIDADE UNIMED PAULISTANA. Autoras que visam compelir a ré a à manutenção do seu plano de saúde garantindo-se o mesmo preço, rede credenciada e período de remissão a que faz jus a coautora Elza. Sentença de procedência. Apelos de ambas as partes. Requerida que é parte legítima para figurar no polo passivo da presente demanda. Pretensão de manutenção dos valores das mensalidades praticadas, rede credenciada e período de remissão da Unimed Paulistana. Impossibilidade. ***Manutenção do preço, rede credenciada e remissão que apenas seriam garantidas se alguma empresa tivesse comprado a carteira de clientes da Unimed Paulistana, o que não ocorreu. Termo de Compromisso de Ajustamento 51.161.1023/2015 e Resolução Operacional nº 1.950 da ANS garantiram apenas a portabilidade extraordinária, que assegura carências e cobertura parcial temporária (CPT), mas não a manutenção do preço, rede credenciada e período de remissão****. Contratação do novo plano que é faculdade dos consumidores, que podem optar por planos de outras operadoras. Pedido improcedente. Requerida que cancelou indevidamente o plano de saúde da coautora Rosely após o falecimento do titular, impedindo que faça jus à portabilidade extraordinária. Ré que deve providenciar a documentação necessária à comprovação de que ambas as autoras eram beneficiárias de plano de saúde e fazem jus à portabilidade nos moldes já mencionados. Recurso das autoras desprovido, provido em parte o da ré." (g.n) (Apel. nº 1008085-58.2015.8.26.0704, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Mary Grun, j. em 24.05.2018).*

"Ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por danos materiais e morais - Plano de saúde - Sentença de improcedência - Insurgência do autor - Concessão dos benefícios da gratuidade judiciária - Pleito referente ao reajuste abusivos nas mensalidades - Inadmissibilidade de inovar o pedido em sede de recurso de apelo, sob pena de ofender os princípios da adstrição e do duplo grau de jurisdição - Ausência de designação de audiência conciliatória que não gera a nulidade da sentença, tendo em vista que as partes podem se conciliar a qualquer tempo - Alegação de intempestividade da contestação da corré Central Nacional Unimed afastada - Portabilidade extraordinária

Acesso ao Sumário

*do contrato de plano de saúde originalmente celebrado junto à Unimed Paulistana - Matéria regulada pelas Resoluções Operacionais editadas pela ANS e pelo TAC firmado com a Unimed Paulistana, operadoras de saúde do 'sistema Unimed' e Ministério Público - Garantia de não sujeição a novos prazos de carência - **Ausência de obrigatoriedade de se manter a mesma rede credenciada e valor do prêmio** - Recurso conhecido em parte e, na parte conhecida, provido em parte." (g.n) (Apel. nº 1095095-75.2016.8.26.0100, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Marcia Dalla Dea Barone, j. em 23.05.2018).*

*"APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. Ação cominatória. Portabilidade de contrato originalmente celebrado com a Unimed Paulistana. Pleito de manutenção da mesma rede credenciada e do valor das mensalidades. Sentença de improcedência. Apelo do demandante. Matéria regulada pelas Resoluções Operacionais editadas pela ANS e pelo Termo de Ajuste de Conduta firmado com a Unimed Paulistana, operadoras de saúde do sistema 'Unimed', Procon e Ministério Público. **Inexistência de obrigatoriedade de manutenção da rede credenciada e dos valores das mensalidades**. Precedentes desta Corte em igual sentido, inclusive desta 3ª Câmara de Direito Privado. Manutenção da sentença de improcedência. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO". (g.n) (Apel. nº 1118277-27.2015.8.26.0100, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Viviani Nicolau, j. em 25.04.2018).*

"SAÚDE - Unimed Paulistana e Unimed FESP - Portabilidade extraordinária - Nova contratação - Dispensa do cumprimento de carências, mas sem garantia das mesmas condições do contrato original, seja em relação ao valor da mensalidade, seja em relação à rede credenciada - Situação diversa da sucessão para a carteira de clientes - Imposição da ANS - Caso em que foi firmado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), com previsão sobre o tema - Improcedência - Recurso provido." (g.n) (Apel. nº 1129040-87.2015.8.26.0100, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Monica de Carvalho, j. em 13.09.2017).

Desta forma, o contrato com a Unimed Paulistana se extingue e é firmado novo contrato com outra operadora de plano de saúde, não subsistindo a obrigação de que os novos contratos celebrados pratiquem os mesmos preços do contrato original firmado com a Unimed.

Destaca-se que a opção da portabilidade para o plano oferecido pela administradora Qualicorp é uma faculdade do autor, sendo possível contratar outro plano de sua escolha, com qualquer operadora, com a portabilidade extraordinária de carências.

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

Acesso ao Sumário

elevando os honorários advocatícios da parte vencedora a 12,5% do valor atualizado da causa, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, nos termos do art. 85, § 11º, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006222-71.2009.8.26.0356, da Comarca de Mirandópolis, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados AIRTON JOSE GOMES e MARIA INES CANUTO DE SOUZA GOMES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª 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 31804)**

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

São Paulo, 17 de abril de 2018.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - Ação de execução por título extrajudicial fundamentada em contrato bancário - Lapso prescricional de cinco anos para exigência do débito e para o cômputo da prescrição intercorrente - Paralisação do feito que não atingiu este tempo - Prescrição afastada - Sentença anulada - Determinado o prosseguimento do feito - Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, cujo relatório se adota, que julgou extinto o processo com fundamento no artigo 924, V do CPC, porquanto ocorreu a prescrição intercorrente. Condenou o exequente ao pagamento das verbas de sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da causa.

Aduz o apelante para a reforma do julgado que a r. sentença é nula, pois não observado o disposto no art. 240, § 1º do CPC (*a interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação*); o autor não agiu

com desídia; o processo ficou paralisado porque não foram encontrados bens à penhora e afirma que o início do prazo prescricional é a data de vigência do novo CPC, ou seja, 18/03/2015 (art. 1056 do CPC).

Recurso tempestivo, devidamente preparado e contrariado.

É o relatório.

A presente ação de execução se fundamenta em um Termo de Renegociação de Operações de Crédito, Confissão e Parcelamento de Dívida e Instituição de Novas Garantias firmado em 13 de junho de 2008 (fls. 10/15).

Para o cômputo da prescrição intercorrente deve ser observado o prazo prescricional para a cobrança do título, que na espécie se encontra disposto no artigo 206, § 5º, I do Código Civil, sendo o prazo de cinco anos.

A ação foi distribuída em 01 de setembro de 2009 e a citação dos executados realizada em 20 de novembro de 2009.

Compulsando-se os autos, observa-se que o r. despacho de fls. 109, disponibilizado em 29 de novembro de 2010, determinou a retificação do polo passivo bem como que se aguardasse o cumprimento do despacho de fls. 99 por dez dias (apresentação do cálculo discriminado do débito).

Ressalte-se que o despacho de fls. 99 foi disponibilizado em 30 de setembro de 2010.

Diante da ausência de manifestação, os autos foram remetidos ao arquivo em 07 de janeiro de 2011 (fls. 111).

Em 08 de abril de 2015, o apelante protocolou petição requerendo o desarquivamento dos autos (fls. 112).

Em 31 de julho de 2015, o banco acostou as custas para desarquivamento (fls. 115) e em 16 de setembro de 2015 requereu a penhora *on line*.

Perante este quadro, ainda que consideremos a data de publicação do r. despacho de fls. 99 (01 de outubro de 2010), podemos observar que os autos não ficaram paralisados por cinco anos, pois, para tanto, não poderia ter qualquer manifestação até 01 de outubro de 2015.

Desta forma, observa-se que não ocorreu a prescrição intercorrente.

Por conseguinte, dá-se provimento ao recurso para anular a r. sentença proferida e determinar o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos, prejudicadas as demais questões ventiladas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1031260-

Acesso ao Sumário

79.2016.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante PAULO AFONSO NOGUEIRA RAMALHO, é apelado PAULO ROBERTO ANTONIO JUNIOR.

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 40.503)**

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

São Paulo, 24 de abril de 2018.

ARALDO TELLES, Relator

Ementa: Ação declaratória de falsidade de documento. Decisão saneadora que determina a realização da prova pericial, com custeio pelo autor. Acionante que, mesmo intimado, não apresenta agravo de instrumento e muito menos providencia o depósito dos honorários respectivos. Preclusão operada. Cerceamento de direito inocorrente. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de falsidade de documento, sob o argumento de que o autor não assinou termo de acordo judicial.

Julgada improcedente, apela o acionante a sustentar que a r. sentença é nula, posto que o Juiz deve apurar a falsidade documento, mesmo de ofício, em busca da verdade real.

Há contrariedade e o preparo foi anotado.

É o relatório, adotado o de fls. 208/209.

O recurso beira a inépcia, pois, apesar de discorrer sobre o mérito da ação declaratória de falsidade documental, pouco combate os fundamentos da r. sentença.

Pela decisão saneadora de fls. 169/170, fixou-se como ponto controvertido a falsidade da assinatura aposta na petição de acordo, nomeando-se perito e determinando-se o recolhimento dos respectivos honorários pelo autor.

Todavia, contra tal decisão o acionante não se insurgiu, estando, portanto, circundada pela preclusão, nos termos do artigo 507 do Código de Processo Civil.

Poderia, o prejudicado, interpor agravo de instrumento, mas, como não o fez no momento oportuno, deve arcar com os prejuízos da inércia. Por isso, não

Acesso ao Sumário

há que se falar, depois de proferida sentença de primeiro grau, em cerceamento de direito.

Aliás, é bom observar que, pela r. decisão de fls. 200, foi dada por preclusa a produção da prova pericial e, mais uma vez, conformou-se o autor, vindo demonstrar irresignação apenas agora no apelo.

Por esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002829-50.2016.8.26.0462, da Comarca de Poá, em que é apelante ANDRE LAGO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35821)**

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

São Paulo, 4 de maio de 2018.

Roque Antonio Mesquita de Oliveira, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Sentença de improcedência - Insurgência - Inadmissibilidade - Prova documental que revela que o débito questionado na inicial é relativo a cartão de crédito - Anotação irregular do nome do requerente em cadastros de proteção ao crédito não observada - Danos morais não configurados - Hipótese em que a conduta do autor se amolda ao disposto no art. 80 e incisos do NCPC - Preliminar rejeitada - Apelação não provida.

VOTO

1) Cuida-se de ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização

Acesso ao Sumário

por danos morais julgada improcedente pela r. sentença de folhas 136/138, cujo relatório fica adotado.

Apela o autor (fls. 141/150). Alega que o réu inseriu o seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, embora não tenha celebrado qualquer contrato com ele para justificar a negativação, tendo o requerido praticado ilícito causador de danos morais. Diz que é descabida a sua condenação por litigância de má-fé. Contrarrazões às fls. 156/168, com preliminar de intempestividade.

Recurso regularmente processado, mas não preparado devido à isenção legal.

Recebo a apelação, observando-se, quanto aos efeitos, o que dispõe o artigo 1.012 do NCPC.

Nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011, as partes foram intimadas acerca do julgamento virtual (folhas 171/172). Todavia, não ocorreu nenhuma manifestação, conforme certidão de folhas 174.

É o relatório.

2) Trata-se de ação em que o autor alega que a ré promoveu indevidamente a inclusão do seu nome nos cadastros de proteção ao crédito (contrato nº 001622777390000 no valor e R$ 59,00). Requer que seja declarada a inexistência do débito, com a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais.

O réu apresentou contestação (fls. 44/53). Alega que a dívida questionada decorre de cartão de crédito regularmente contratado pelo requerente, sendo a negativação legítima, já que existia débito em aberto.

O autor não apresentou réplica.

A r. sentença julgou improcedente a ação. Carreou ao requerente os ônus da sucumbência, fixando os honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da causa. Condenou o autor nas penas pela litigância de má-fé.

De início, fica rechaçada a preliminar suscitada em contrarrazões.

Ao contrário do que pareceu ao apelado, a sentença não foi publicada no DJe no dia 28/09/2017. Ela foi disponibilizada no DJe no dia 28/09/2017, conforme se verifica às fls. 140, tendo o recurso sido protocolizado no dia 24/10/207 (15º dia do prazo recursal), evidenciando a sua tempestividade.

Com efeito, embora o autor alegue que o réu promoveu a inclusão do seu nome nos cadastros de proteção ao crédito por dívida que desconhece, ele não apresenta qualquer indício de prova que evidencie a verossimilhança de sua alegação.

O réu, com a sua defesa, alega que o débito que gerou o apontamento é decorrente da inadimplência de faturas de cartão de crédito, não tendo o autor impugnado tal alegação em réplica.

Acesso ao Sumário

A alegação genérica de desconhecimento do débito não tem o condão de isentar o autor do pagamento.

Analisando todo o processado, deflui-se cristalino que as provas produzidas não confirmaram, de maneira efetiva, a versão dos fatos em que se fundamentou o pedido inicial, tendo ficado suficientemente claro o negócio concretizado entre as partes, tal qual consta do "decisum".

Os argumentos do apelante não são aptos a infirmar os seguintes fundamentos da sentença recorrida: "(...) **Sustenta o autor desconhecer a origem do débito protestado em seu nome pela ré, negando a contratação. A ré, por sua vez, explica que os referidos débitos decorrem do inadimplemento de faturas referentes à cartão de crédito contratado pelo autor e utilizado por longo período.**

Com a contestação, a requerida juntou documentos que corroboram a sua versão.

De início, ficou demonstrada a existência de relação jurídica entre as partes, bem como a concretude do débito do requerente por intermédio da documentação acostada pela ré, a qual demonstra pormenorizadamente a evolução do débito do autor ao longo dos meses.

Ademais, foi apresentada, com a contestação, transcrição de gravação telefônica havida entre as partes, que atesta inequivocamente a voluntariedade do uso do cartão de crédito pelo requerente. Ainda, comprovou o réu que o autor anuiu com a emissão do cartão de crédito, trazendo aos autos documento comprobatório da contratação (fls.71).

Assim, resta inequívoca a conclusão de que o autor foi regular portador e usuário do cartão cujo débito de fatura lhe é imputado, não havendo verossimilhança em suas alegações.

Tão robusta foi a prova documental coligida com a contestação, que o requerente nem mesmo se insurgiu, quedando-se silente, quando intimado a se manifestar acerca dos documentos que atestam a existência e regularidade da dívida.

Assim, uma vez questionada a legitimidade da cobrança perpetrada pela ré, e, tendo esta satisfatoriamente comprovado a origem e regularidade do débito, não há outra conclusão senão a de que a parte autora é, de fato, devedora do débito negativado em seu nome, sendo forçoso o reconhecimento da existência de débito do autor junto à ré e da legitimidade da cobrança perpetrada.

No mais, uma vez reconhecida a legitimidade da cobrança entabulada pelo réu, por óbvio não há que se falar em declaração de inexistência de débito ou obrigação de retirada do nome do autor dos órgãos de proteção ao crédito, tampouco em indenização por danos morais. (...)". (grifo do relator).

Acesso ao Sumário

Destarte, não merece acolhida a pretensão do autor para declarar a inexistência do débito, com a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais.

A propósito:

"Apelação. Ação declaratória de inexistência de débito. Inclusão indevida em cadastros restritivos de crédito. Aplicação do CDC. Inversão do ônus da prova. Ausência de verossimilhança das alegações. Alegação do autor de que inexiste débito. Não comprovação dos fatos constitutivos do seu direito. Origem da dívida que encontrou respaldo nos documentos apresentados pelo réu. Dívida de cartões de crédito. Ausência de comprovação do seu pagamento. Ônus que competia ao devedor. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido." (Apelação nº 1027189-29.2015.8.26.0577, Rel. Des. Pedro Kodama, j. 10/05/2016, TJSP).

Diga-se que nada nos autos indica que o autor agiu com boa-fé. A conduta dele se amolda ao disposto no inciso II do art. 80 do NCPC:

"Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

(...)

II - alterar a verdade dos fatos; (...)"

Mediante tais considerações, mantém-se a r. sentença da lavra da eminente magistrada Ana Claudia de Moura Oliveira Querido, majorados os honorários advocatícios para 15% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do NCPC, observada a gratuidade da justiça deferida ao autor (art. 98, §§ 2º e 3º do NCPC).

3) Pelo exposto, rejeita-se a preliminar e nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004712-02.2015.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante YUYU & DARONG ARTIGOS PARA PRESENTES LTDA. - EPP (SILVIA PRESENTES), são apelados YONGCHAO CHEN - ME, SURF CO LTDA., RC BRASIL LTDA., MORMAII INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA., DC SHOES, INC, 54TH STREET HOLDINGS S.A.R.L., SUNTECH SUPPLIES INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓTICOS E ESPORTIVOS LTDA., BRAZILIAN LAB EXPORTADORA E IMPORTADORA LTDA., ZHENG SHAOTING - ME (ZHENG), DAZHI SU PRESENTES - ME (ANNA PRESENTES) e JR ADAMVER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓTICOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.654)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e AZUMA NISHI.

São Paulo, 7 de maio de 2018.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Ementa: Direito marcário. Ação cominatória, com pedidos indenizatórios, visando a impedir corrés, diversas lojas de diferentes proprietários, todas localizadas no Município de Piracicaba, de comercializar produtos contrafeitos e que violariam os direitos marcários das autoras. Sentença de procedência. Apelação de corré.

Autoras que, embora tenham comprovado a titularidade de inúmeras e valiosas marcas, não foram capazes de produzir provas mínimas de que a apelante tenha fabricado e vendido produtos contrafeitos. Apresentação de um único documento, contendo recibo de cartão de crédito que não discrimina os produtos adquiridos, e foto de boné que não possui qualquer elemento de vinculação com as atividades da corré. Mandado de busca e apreensão cumprido nas dependências da apelante que, diferentemente das outras corrés, não localizou sequer um artigo contrafeito. Falta de provas de violação da propriedade industrial que, desse modo, torna imperioso o reconhecimento da improcedência da ação, em relação à apelante.

Reforma da sentença recorrida. Apelação provida.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de ação cominatória, com pedidos de índole indenizatória, ajuizada por Surf Co Ltda. e outras contra Yuyu & Darong Artigos para Presente Ltda.-EPP e outras, julgada procedente por r. sentença que se lê a fls. 401/405 e que porta o seguinte relatório:

Acesso ao Sumário

"SURF CO LTDA E OUTROS ajuizaram ação de obrigação de não fazer como pedido liminar de tutela antecipada c/c indenização por perdas e danos em face de YOUNGCHAO CHEN ME E OUTROS. As coautoras alegaram ser legítimas titulares no Brasil de todos os direitos sobre o registro de marcas que representam, bem como suas variações figurativas, conforme registros apresentados no INPI. Afirmaram que gozam de fama e prestígio perante os consumidores, porém vêm sofrendo prejuízos devido à prática de contrafação de suas marcas pelas empresas corrés, pois estas não são licenciadas ou autorizadas pelas coautoras a comercializar e produzir contrafeitos com suas marcas. Ademais, sustentaram que a falsificação ocorre pelo fato das corrés não apresentarem nos produtos a identificação dos fabricantes, vez que as coautoras expõem a razão social e o nº do CNPJ nas etiquetas dos produtos ou nas embalagens que comercializam legitimamente. Prolongaram-se afirmando que os produtos de contrafação utilizam-se de artimanhas para dificultar o trabalho de combate a pirataria. Estenderam-se argumentando que tais atos causaram danos morais, vez que os produtos falsificados adquirem má fama entre os consumidores, minguando assim, as compras e rendimentos. Outrossim, alegaram que a prática das corrés gera danos materiais e lucros cessantes, diante da vulgarização da marca, acarretando a redução do patrimônio das coautoras, por razões dos preços, ocasionando a prática de concorrência desleal.

Requereram a procedência da ação, bem como a expedição de mandado de busca e apreensão dos produtos falsificados pelas corrés e que neste cumprimento fosse autorizada a participação do representante das coautoras. Ainda, requereram a concessão da tutela antecipada de obrigação de não fazer em caráter liminar, a condenando as corrés ao pagamento de indenização por danos materiais, danos morais e lucros cessantes.

A inicial veio instruída pelos documentos a fls. 27/240.

A corré YUYU & DARONG foi citada e apresentou contestação a fls. 290/296.

Preliminarmente, alegou inépcia sob o argumento que esta não preenchia as condições necessárias para o seguimento. No mérito, impugnou o indício de prova apresentada junto à inicial, sustentando que o documento de compra não retrata de forma objetiva o indício de qualquer ilícito, bem como se estende afirmando que seriam necessários vários documentos para comprovar tais alegações proferidas pelas coautoras e cessou completando que o documento acaba por mostrar o oposto desejado pelas coautoras, a regularidade do corréu, tanto que, menciona que o mandado de busca e apreensão nada encontrou em seu estabelecimento. Aliás, completa contrapondo que se não comprovados os pedidos das coautoras, estas que deverão ser condenadas ao pagamento de danos morais, custas processuais e honorários.

Acesso ao Sumário

Requereu a extinção do feito, sem julgamento de mérito ou, a improcedência da ação caso não seja acolhida a preliminar da inépcia da inicial.

Documentos anexados a fls. 297/311.

Houve réplica à contestação a fls. 334/339.

Houve acordo homologado a fls. 369 entre as partes coautoras e os corréus YOUNGCHAO CHEN ME e DAZHI SU PRESENTES ME. O corréu YUYU & DARONG manifestou-se a fls. 381 declarando a não produção de novas provas, além do não interesse na realização de audiência de conciliação.

Decisão de fls. 384 determinou o cumprimento do comunicado CG 438/2016 pelas coautoras para não causar tumulto processual [cumprimento de sentença em incidente processual] e as demais corrés para manifestarem-se quanto ao interesse na produção de outras provas.

As corrés manifestaram-se a fls. 386/392.

Decisão de fls. 393 designou audiência de conciliação.

Termo de audiência a fls. 399/400." **(fls. 401/402)**.

Tendo destacado que "*as autoras demonstraram que são as legítimas titulares (...) dos registros das marcas indicadas*" e que "*as requeridas estavam, sim, comercializando produtos contrafeitos*", o douto Juízo ***a quo*** afirmou que "*sobre o pedido de dano emergente feito pelas autoras, não é possível, nesta oportunidade, avaliar a extensão do prejuízo de ordem material, apesar de ser viável a condenação das rés na reparação dos danos materiais (...)* **[cuja]** *apuração deverá ocorrer em (...) liquidação de sentença*" e que "*sobre o pedido de danos morais, está (...) evidente que a conduta das rés de explorar comercialmente produtos (...) contrafeitos das marcas (...) das autoras trouxe perda de credibilidade e confiança*".

Embargos de declaração opostos pela corré Yuyu a fls. 407/415, rejeitados por r. decisão à fl. 417.

Apelação da corré Yuyu a fls. 419/438. Alega que ***(a)*** o julgamento é nulo por ser "*genérico, colocando réus em posições (...) completamente diferentes*" em situações similares; ***(b)*** não há prova de que tenha comercializado produtos contrafeitos; ***(c)*** a inicial é inepta; ***(d)*** não se admite a cumulação dos "*danos e prejuízos trazidos pelas apeladas*"; ***(e)*** o valor fixado para a indenização por danos morais é excessivo; ***(f)*** não têm mais as autoras a prerrogativa de escolher o critério de apuração dos danos patrimoniais, uma vez que a questão está preclusa.

Certificada ausência de contrarrazões (fl. 444).

Ausente oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

FUNDAMENTAÇÃO.

Anotando que as preliminares suscitadas pela recorrente confundem-se com o mérito, com estes cabendo ser analisadas, reformo a r. sentença recorrida.

Conquanto não se ignore que as recorridas são, de fato, titulares de inúmeras e valiosas marcas (fls. 168/232), não há, quanto à recorrente, evidências mínimas de que tenha fabricado e comercializado produtos contrafeitos ou, de qualquer forma, violado os direitos marcários em discussão.

Efetivamente, as autoras apresentaram apenas um único documento (fl. 234) que, em seu entender, comprovaria a violação.

Data venia, trata-se de recibo de pagamento de cartão de crédito que não discrimina os produtos adquiridos, acompanhado de foto de boné que, embora ostente marca de titularidade das autoras, não possui nenhum elemento de vinculação com as atividades empresariais da ré Yuyu.

Igualmente a infirmar as alegações das autoras, anoto que - diferentemente dos outros corréus - o mandado de busca e de apreensão, deferido liminarmente e cumprido nas dependências da Yuyu, não localizou nenhum produto contrafeito (fls. 271/273).

Inexistindo, desse modo, evidências de violação da propriedade industrial, imperioso reconhecer a improcedência da ação em relação à corré Yuyu, razão pela qual, como dito, reformo a r. sentença recorrida.

Sucumbentes, as autoras deverão arcar com as custas e despesas processuais da corré e com honorários advocatícios, fixados em 20% do valor atualizado da causa.

DISPOSITIVO.

Dou provimento à apelação.

Consideram-se, desde logo, prequestionados todos os dispositivos constitucionais e legais, implícita ou explicitamente, influentes na elaboração deste voto. Na hipótese, de apresentação de embargos de declaração, em que pese este prévio prequestionamento, ficam as partes intimadas a manifestar, no próprio recurso, querendo, eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 deste egrégio Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

É como voto.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1065248-96.2014.8.26.0100, da Comarca de Araçatuba, em que são apelantes

FRANCISCO CÉSAR MARTINS VILLELA, JOSÉ BILHAMIL PELHO FILHO, EDELWEISS BENEZ BRANDÃO PELHO, FSRV AGROPECUÁRIA LTDA., FCP EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS EIRELI, FABIO BRANDÃO PELHO, RICARDO COSTA VILLELA, VERA CRISTINA COSTA VILLELA e MARIA JOSÉ COSTA VILLELA, é apelado CREDIT SUISSE PRÓPRIO FUNDO DE INVESTIMENTO MULTIMERCADO INVESTIMENTO NO EXTERIOR.

ACORDAM, em 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: 43775)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA ROCHA (Presidente sem voto), ITAMAR GAINO e VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR.

São Paulo, 7 de maio de 2018.

SILVEIRA PAULILO, Relator

Ementa: AÇÃO PAULIANA - Conexão - Julgamento da ação - Impossibilidade - Súmula 235 do Colendo Superior Tribunal de Justiça - "a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado" - Artigo 55, parágrafo 1º, do Novo Código de Processo Civil.

CERCEAMENTO DE DEFESA - Não ocorrência - Documentos presentes nos autos suficientes para o deslinde da lide - Cabimento do julgamento antecipado do mérito.

INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO - Artigo 158, parágrafo 1º, do Código Civil - "O ajuizamento da ação pauliana pelo credor com garantia real (art. 158, par. 1º) prescinde de prévio reconhecimento judicial da insuficiência da garantia" - Consilium fraudis - Bens transferidos para empresas familiares ou para parentes (filhos) de forma onerosa e gratuita - Insolvência demonstrada - Apelo não provido.

VOTO

Cuida-se de apelação, respondida e bem processada, por meio da qual pretendem os apelantes a modificação da r. sentença de procedência proferida

nos autos da ação pauliana que declarou ineficazes as alienações detalhadas na inicial, com relação aos imóveis constantes das matrículas nº 1802, 1803 e 1805 do CRI de Ribeirão Cascalheira/MT; 82.333 e 54.883 do CRI de Araçatuba; nº 21.672 de Penápolis/SP e 34 e 376 do CRI de Duartina/SP. Custas atribuídas aos vencidos e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da causa, atualizado.

Defendem, preliminarmente, que, quando da distribuição da presente ação, o crédito do Banco ainda era inexistente. Sustentam que o crédito da instituição financeira é pignoratício e que inexiste insolvência dos apelantes. Afirmam que o crédito é garantido por penhor da lavoura de cana de açúcar, totalizando o valor de R$ 29.641.655,66. Argumentam que o crédito firmado é oriundo de contratos celebrados com o Banco, devidamente garantidos (*contrato de alienação fiduciária de equipamento, contrato de cessão fiduciária de direitos sobre a venda de equipamentos, contrato de cessão fiduciária de direitos sobre a venda de imóvel e contrato de cessão fiduciária de direitos*). Aduzem a possibilidade de penhora dos imóveis arrestados pelo *Banco BTG*, não podendo serem apenados pela desídia da instituição financeira. Apontam que os imóveis registrados nas matrículas nºs 1.802, 1.803 e 1.805 (CRI de Ribeirão Cascalheira/MT) foram utilizados para integralização do capital social da coapelante *FSRV*, e que não reduziram os correcorrentes *Francisco* e *Maria* à insolvência. Pugnam pelo reconhecimento de cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado do mérito eis que necessária a prova pericial, oitiva de testemunhas e do depoimento pessoal do representante legal do Banco seriam necessários para demonstração da não ocorrência da fraude contra credores. Pretendem, ainda, o reconhecimento de conexão da presente ação com as demais propostas pela instituição financeira (medida cautelar inominada, ação de execução por quantia certa, procedimento arbitral e impugnação de crédito). Por fim, reitera a inexistência de crédito constituído em face da apelante quando da propositura da presente ação pauliana.

O Banco apresentou contrarrazões por meio das quais pugna pela manutenção da r. sentença. Defende a ausência de conexão entre as demandas propostas pela instituição financeira em face dos apelantes por tratarem-se de causa de pedir e pedido diversos da presente ação, bem como tendo em vista o entendimento sumulado do Colendo Superior Tribunal de Justiça (súmula 235 do STJ). Insurge-se contra a alegação de cerceamento de defesa e de que seu crédito estaria garantido. Reitera a insolvência dos recorrentes, destacando que sofrem várias execuções que superam os R$ 600.000.000,00. Insiste na existência dos elementos para procedência da ação pauliana.

É o relatório.

Refuta-se a alegação de conexão aventada pelos apelantes.

Acesso ao Sumário

A finalidade do instituto é evitar decisões conflitantes; desta forma "*a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado*", conforme entendimento sumulado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça - Súmula 235. E, ainda, determinado pelo artigo 55, parágrafo 1º, do Novo Código de Processo Civil, que reza: "*os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado*".

Frisa-se, ainda, que as ações apontadas pelos apelantes como conexas a esta têm causa de pedir e pedido diverso do aqui tratado de modo que não se faz cabível o reconhecimento da conexão.

Afasta-se, do mesmo modo, o cerceamento de defesa.

Em matéria de julgamento antecipado do mérito predomina a prudente discrição do magistrado no exame da necessidade ou não da realização de provas, ante as circunstâncias de cada caso concreto.

Destaca-se, ademais que a prova a ser realizada no presente caso é eminentemente documental, não havendo necessidade de dilação probatória, ou seja, prescindível, nesses termos, a realização de prova pericial ou testemunhal na hipótese, mostrando-se correta o r. *decisum* ao julgar antecipadamente o mérito.

A instituição financeira apelada celebrou com a *ARALCO S/A - INDÚSTRIA e COMÉRCIO*, contratos de Swap, sendo os réus figurado como fiadores. A recuperação judicial da empresa ensejou o vencimento antecipado dos contratos e o Banco ingressou com ação executiva em face dos garantes, conforme autorização do artigo 49, parágrafo 1º e artigo 59 da Lei 11.101/05. Diante da transmissão de alguns bens aos descendentes e às empresas, que constam como sócios viu a apelada necessário o ingresso da presente ação com o intuito de ver declarada a ineficácia dessas transmissões.

Como bem fundamentado na r. sentença: "*o artigo 158, par. 1º, do Código Civil, aponta que não só os quirografários, mas os demais credores com garantia insuficiente, podem se valer da ação pauliana, a saber: '**Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente**'. Nesse sentido, ainda, confira-se: '**O ajuizamento da ação pauliana pelo credor com garantia real (art. 158, par. 1º) prescinde de prévio reconhecimento judicial da insuficiência da garantia**'*" (fl. 2156).

A decisão de primeiro grau de forma brilhante elucida a fraude ocorrida.

À colação o referido trecho:

"*Os bens foram transferidos para empresas familiares ou para parentes (filhos), seja onerosa ou gratuitamente, em claro movimento de esvaziamento de patrimônio. E na hipótese a insolvência era praticamente notória; veja que aconteceu em período em que as dificuldades da empresa certamente tinha (sic) trânsito entre os acionistas e diretores, e,*

Acesso ao Sumário

portanto, entre os seus familiares. Como se disse o pedido de recuperação da empresa supera a casa de 1 bilhão de reais. Por certo tal situação de endividamento não poderia estar em segredo, até porque a empresa está sujeita a balanços e os acionistas sempre estão buscando informações a respeito de suas participações. As operações entabuladas e a situação dos coobrigados certamente era ventilada entre si e familiares. O próprio movimento de se buscar várias operações de transferência de bens em período posterior a contratação de operações de vulto, para familiares, indica a intenção de esvaziar patrimônio e conhecimento dos familiares.

Os quadros apresentados na inicial são bem elucidativos. Para a Comarca de Araçatuba, foi efetivada a transferência dos bens das matrículas de nºs 54.883, 82.333, 82.234, 79.810 e 79.810. As transferências se deram para os filhos dos coobrigados ou para empresas que foram por eles constituídas (fls. 12). Na Comarca de Ribeirão Cascalheira-MT houve a transferência de bens para empresas constituídas pelos próprios devedores, matrículas nº 1.802, 1.803 e 1.805; como disse existe reserva de cotas, mas existe inegável prejuízo para os devedores, especialmente pelo valor inexpressivo da integralização (fls. 14).

Na Comarca de Penápolis, o imóvel da matrícula n. 21.672 foi transferido ao filho do casal coobrigado (fls. 15). Já na Comarca de Duartinha houve doação de bens aos filho do casal coobrigado, como se verifica das matrículas n. 34 e 376 (fls. 16)" (fl. 2158).

Forçoso destacar que os imóveis de matrículas nºs 82.334 e 79.810 foram transferidos à *LOMY ENGENHARIA EIRELI* antes da propositura da ação de execução e mesmo do vencimento antecipado dos contratos de *swap*, que ensejaram a procedência, com trânsito em julgado, dos embargos de terceiro opostos pela empresa, razão pela qual o douto Magistrado *a quo*, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos, assim reconheceu, dando por prejudicado o pedido no tocante aos imóveis mencionados (fl. 2184).

Quanto à ausência de insolvência defendida pelos apelantes, esclarece a instituição financeira, em suas razões, que necessário se fez o ingresso de uma ação cautelar inominada com o intuito de substituir o penhor agrícola da safra de cana de açúcar e que, diante do descumprimento da ordem judicial, foi constituída em favor do Banco hipoteca judicial sobre determinados imóveis (fls. 2510/2511).

Reiteradamente, de forma elucidativa, a r. sentença fundamentou a inexistência de solvência dos apelantes:

"*Com relação à insolvência, a mesma se encontra patenteada nos autos. De uma forma ou de outra, os coobrigados tinham relação com a empresa, ainda que como acionistas. A dificuldade da empresa interfere*

Acesso ao Sumário

na órbita do empresário, seja ele acionista ou diretor. Os passivos apresentados na recuperação judicial ultrapassam a casa de 1 bilhão de reais. Existem ainda, como demonstrado que os coobrigados respondem a outras execuções com bens vinculados, tendo o Banco BTG Pactual S/A ajuizado ação da ordem de 39 milhões de reais. Consta da inicial a relação de ações ajuizadas e comprometimento do patrimônio dos coobrigados requeridos." (fl. 2156).

Os próprios apelantes admitem a existência de arresto de seus bens na execução promovida pelo Banco BTG (fl. 2461), de modo a caracterizar a ausência de bens livres capazes de satisfazer o crédito da instituição financeira.

Por fim, considerando que o recurso de apelação implicou em trabalho adicional para os patronos da instituição financeira com apresentação de contrarrazões, como *in casu*, majora-se os honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil, para 20% sobre o valor da causa.

Pelo exposto, pelo meu voto, é negado provimento ao recurso, majorando-se a verba honorária para 20% do valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008482-49.2017.8.26.0510, da Comarca de Rio Claro, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado WAGNER SEBASTIÃO ROCCO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42624)**

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

São Paulo, 8 de maio de 2018.

J. B. FRANCO DE GODOI, Relator

Ementa: SENTENÇA - Julgamento 'ultra petita' - Ocorrência, em parte - Autor que não requereu a limitação do valor das parcelas, mas apenas devolução do salário retido em setembro/2017, além de revisão dos juros e indenização por danos morais - Sentença

Acesso ao Sumário

que determinou o recálculo das parcelas - Julgamento que exorbitou o pedido - Possibilidade de integração pelo Tribunal - Recurso nesta parte provido.

CONTRATO BANCÁRIO - Empréstimo - Retenção do salário integral do autor-apelado em setembro/2017 para pagamento do débito - Inadmissibilidade - Garantia de impenhorabilidade - Arts. 833, IV, do novo CPC e 7º, X, da CF - Determinação de restituição do valor retido em setembro/2017, devidamente atualizado - Recurso nesta parte improvido.

SUCUMBÊNCIA - Honorários advocatícios - Hipótese em que o autor teve seus pedidos em parte acolhidos e em parte rejeitados - Sucumbência recíproca que deve ser mantida, conforme dispõe o art. 86, do NCPC - Recurso nesta parte improvido.

VOTO

1) Insurge-se o banco-apelante contra r. sentença que julgou parcialmente procedente a ação declaratória movida pelo apelado, alegando, em síntese, que: a petição inicial deve ser indeferida por ofensa ao disposto no art. 330, § 2º, do NCPC; a r. sentença é "extra petita", pois ultrapassou os limites pleiteados pelo autor-apelado; não há que se falar em retenção do salário, pois os débitos ocorridos nas datas em que recebeu seu salário foram feitos para cobrir o saldo devedor; o autor tinha ciência de todas as cláusulas contratuais; não há que se falar em devolução de valores; o princípio do "pacta sunt servanda" deve ser respeitado; agiu no exercício regular de direito; os honorários advocatícios devem ser pagos pelo autor.

Efetuou-se o preparo.

O apelado apresentou contrarrazões argumentando que os descontos devem ser limitados a 35%; houve conduta ilícita do banco, autorizadora da condenação à devolução do valor excedente; não houve julgamento "extra petita".

É o breve relatório.

2) Merece acolhimento em parte o recurso.

Ao contrário do que entende o apelante, a eficácia da sentença não deve ser suspensa, pois não demonstrada a probabilidade de provimento integral do recurso ou o risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º, do NCPC).

Do mesmo modo, não há que se falar em indeferimento da inicial por ofensa ao disposto no art. 330, § 2º, do NCPC, pois o autor discriminou a

obrigação e o valor que queria controverter, conforme fls. 10.

De fato, a r. sentença é "ultra petita" na parte em que o MM. Juiz "a quo" determinou o recálculo das parcelas do empréstimo para que a prestação mensal não ultrapasse o percentual de 50% dos rendimentos líquidos do apelado.

Verifica-se dos autos que o autor não apresentou tal pedido, mas sim, de declaração da ilegalidade da retenção do salário, com a devolução do salário retido em setembro/2017, além de revisão dos juros e indenização por danos morais (fls. 14/15).

Ao contrário da sentença "extra petita", a decisão "ultra petita" não é nula, podendo seu vício ser sanado pelo Tribunal com redução da condenação aos limites do pedido **(TJ/SP - Emb. Infr. 051.520-5/3-02 - 4º Grupo de Câmaras de Direito Público - Rel. Des. RICARDO LEWANDOWSKI - j. 15.08.01).**

Nesse sentido a lição de **LUIZ GUILHERME MARINONI** e **SÉRGIO CRUZ ARENHARDT**:

> "*Já a sentença que julga além do pedido, podendo ser corrigida para menos, ou seja, para os limites do pedido, pode ser alterada pelo tribunal, pois seria um atentado à celeridade e à economia processual exigir uma sentença de primeiro grau de jurisdição para definir o que já foi julgado procedente.*" **("CURSO DE PROCESSO CIVIL - Processo de Conhecimento" - 6ª edição - vol. II pág. 410 - RT - 2007 - São Paulo)**.

Dessarte, a r. sentença deve ficar restrita ao que foi decidido em correlação com o pedido do autor: devolução do salário retido em setembro/2017, além de revisão dos juros e indenização por danos morais, sendo que estes dois últimos pedidos não foram objeto do recurso.

Feitas essas considerações, deve ser reformada a r. sentença na parte em que determinou a devolução apenas da importância de R$ 4.014,99, e não, do valor do salário integralmente retido em setembro/2017, que corresponde a R$ 6.719,26 (fls. 38).

Sustenta o autor-apelado que a quantia constrita é fruto de seu trabalho e comprovou suas alegações (fls. 38).

Conforme preceitua o art. 833, IV, do novo CPC, não pode o banco privar o autor de seus vencimentos:

> "*Art. 833. São impenhoráveis:*
>
> *(...)*
>
> *IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de*

Acesso ao Sumário

trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;"

Referido dispositivo legal tem como fundamento a garantia constitucional, prevista no art. 7º, X, da Constituição Federal, que determina, "in verbis":

"*Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*

(...)

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

(...)

XXIV - aposentadoria;"

Quis a lei preservar a necessidade básica de sobrevivência do indivíduo, que não pode ver penhorados os recursos destinados à sobrevivência de sua família, conforme nos ensina **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**:

"*A remuneração do trabalho pessoal, de maneira geral, destina-se ao sustento do indivíduo e de sua família. Trata-se, por isso, de verba de natureza alimentar, donde a sua impenhorabilidade.*" **("PROCESSO DE EXECUÇÃO" - 15ª edição - pág. 253 - EDIÇÃO UNIVERSITÁRIA DE DIREITO - 1991 - São Paulo)**

A norma processual (§ 2º, do art. 833, do CPC/15) prevê apenas duas exceções relativas à regra da impenhorabilidade dos vencimentos, que diz com o pagamento de prestação alimentícia ou nos casos em que o devedor aufere valores mensais superiores a 50 (cinquenta) salários mínimos, que não é o caso dos autos!

Pelos documentos carreados aos autos, verifica-se que o saldo bloqueado refere-se aos seus vencimentos (fls. 38).

Dessarte, restou comprovado que os valores percebidos pelo autor e que foram bloqueados têm sim caráter salarial, portanto, são considerados absolutamente impenhoráveis.

Em caso análogo já se decidiu que:

"*EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - BLOQUEIO DE CONTA CORRENTE PELO SISTEMA BACENJUD - ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DAS QUANTIAS ENCONTRADAS NA CONTA CORRENTE, PORQUE ADVINDAS DE RENDA DO PROFISSIONAL LIBERAL - CABIMENTO - O artigo 649, IV, do Código de Processo Civil estabelece a impenhorabilidade das verbas de natureza salarial, inclusive do profissional liberal que recebe rendimentos alimentares em quantias e periodicidades variáveis - Caso em que a análise da conta corrente em causa revela que o bloqueio judicial incidiu na conta onde*

Acesso ao Sumário

depositado o cachê da devedora, que exerce trabalho artístico autônomo, e não houve acúmulo injustificado de renda na aludida conta de depósito, mantendo sua natureza alimentar - Impenhorabilidade reconhecida - Desbloqueio determinado. Recurso provido." **(Agr. Instr. nº 2118596-84.2015.8.26.0000 - 11ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. WALTER FONSECA - j. 27.08.15)**

De rigor, portanto, a reforma da r. sentença para que o banco seja condenado a restituir ao autor a importância de R$ 6.719,26 (seis mil, setecentos e dezenove reais e vinte e seis centavos), devidamente atualizada, conforme determinado na r. sentença, sendo decotada da r. decisão a determinação de recálculo das parcelas mensais, pois ultrapassou os limites do pedido, conforme acima exposto.

Por fim, mantida a fixação da sucumbência recíproca, tendo em vista que o autor teve seus pedidos em parte acolhidos e em parte rejeitados, conforme dispõe o art. 86, do NCPC.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, mantida a fixação da sucumbência recíproca, observada a gratuidade processual concedida ao autor-apelado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005073-19.2017.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante ORLANDO MARTINS DOS SANTOS, é apelado BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.110)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente), ROBERTO MAC CRACKEN e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 9 de maio de 2018.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: REVISIONAL - CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO - JUSTIÇA GRATUITA - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS PARA OUTORGA DO BENEFÍCIO - LITIGÂNCIA

Acesso ao Sumário

DE MÁ-FÉ EVIDENCIADA - MULTA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Ação revisional de contrato de financiamento de veículos foi julgada extinta sem resolução do mérito com fulcro no art. 485, IV, e § 3º, do CPC, indeferida a justiça gratuita e com aplicação de sanção por litigância de má fé ao autor e seu patrono.

Apelou o autor. Pede assistência judiciária gratuita. Diz que não houve má fé.

Recurso tempestivo, respondido.

É o Relatório.

Pedido de justiça gratuita já havia sido por duas vezes indeferido em duas oportunidades anteriores, não havendo razão de direito para decisão diversa, ao exame dos documentos que instruíram a inicial.

A sanção por litigância de má-fé foi bem imposta, pois, como asseverou o juiz, "...o autor -, na pessoa de seu advogado -, mesmo após o trânsito em julgado das sentenças que extinguiram os mencionados feitos anteriores, inclusive com condenação no pagamento dos encargos processuais, repropôs mais uma vez a demanda, sem qualquer mínima alusão ao processo anterior, tornando-se evidente o seu intuito de burlar o sistema de distribuição e ter seu pedido reanalisado por outro juízo"

Em caso análogo, o STJ tem entendimento de que a parte que intencionalmente ajuiza várias cautelares, com mesmo objetivo, até lograr êxito no provimento liminar, configurando a litispendência, litiga de má-fé, devendo ser condenada na multa específica (cf. REsp nº 1.055.241/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 18.08.08; REsp 108.973/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 09.12.97; RMS 18.239/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13.12.04; AgRg no REsp 466.775/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 01.09.03).

Foi justamente o que ocorreu. Verificando a repropositura de ação sem que houvesse superação dos óbices determinantes da extinção do processo sem resolução de mérito, cuidando tratar-se de evidente tentativa de burlar a regularidade da distribuição, aplicou o juiz a sanção e mandou comunicar o fato ao Tribunal de Ética da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil para as providências pertinentes, nos termos do Provimento CSM nº 1486/2008, art. 3º.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1032711-69.2017.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante BANCO BMG S/A, é apelada ROSELI BENEDITA DE OLIVEIRA TALHAFERRO (JUSTIÇA GRATUITA).

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 39595)**

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

São Paulo, 10 de maio de 2018.

VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexigibilidade de débito com pedido de repetição do indébito e indenização por danos morais. Descontos efetuados no benefício previdenciário, a título de 'Reserva de Margem Consignável'. Sentença de parcial procedência. Descontos declarados inexigíveis. Danos morais afastados. Apelação do réu. Contrato não apresentado. Contratação de cartão de crédito pela autora não comprovada. Réu que não se desincumbiu do ônus probatório que lhe cabia. Inexigibilidade dos descontos efetuados a título de 'Reserva de Margem Consignável'. Honorários majorados. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Roseli Benedita de Oliveira Talhaferro ajuizou ação declaratória de inexigibilidade de débitos cumulada com repetição do indébito e danos morais contra o Banco BMG S/A. Alegou, em síntese, ter contratado apenas um empréstimo consignado junto ao requerido. Contudo, sem qualquer solicitação de sua parte, recebeu um cartão de crédito da instituição bancária, que passou a realizar descontos mensais de seu benefício previdenciário, por meio da denominada '*Reserva de Margem Consignável*' - RMC. Requer a declaração da ilegalidade dos indevidos descontos efetuados, a restituição do indébito e a indenização por danos morais. O d. Juiz de Primeiro grau julgou parcialmente

Acesso ao Sumário

procedentes os pedidos, declarando inexigíveis os descontos a título de '*Reserva de Margem Consignável*', porém afastando os danos morais [fls. 206/208]. Inconformado, apelou o banco, batendo-se pela improcedência da ação. Sustenta a validade do negócio jurídico e a regularidade dos descontos. Recurso processado, em seguida, com as contrarrazões.

É o relatório.

O recurso é desprovido. Adiante os fundamentos.

No caso, impugnado o desconto mensal no benefício previdenciário da autora, cabia ao réu comprovar a contratação e a utilização do cartão, a fim de justificar os descontos a título de 'Reserva de Margem Consignável'.

O banco não trouxe qualquer documento no sentido de comprovar a contratação do cartão pela autora, com autorização de descontos em seu benefício a título de 'Reserva de Margem Consignável'.

Assim, o banco não se desincumbiu do ônus de demonstrar que a cobrança em questão originou-se de prévia contratação pelo autor de um cartão de crédito [fls. 19/20].

Nesse sentido, porque não comprovada a contratação e a autorização dos descontos, pela autora, devem ser declarados inexigíveis os descontos efetuados pelo banco.

Nesses termos, mantém-se integralmente a r. sentença de Primeiro grau.

Majoram-se os honorários advocatícios, por equidade, a R$ 1.500,00, em razão do baixo valor da causa, nos termos do artigo 85, parágrafos 2º e 8º, do Código de Processo Civil, com as observações do artigo 98, parágrafo 3º, CPC/2015.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014824-72.2017.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelada CAMILA GONÇALVES BORELLI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16766)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA (Presidente) e SALLES VIEIRA.

São Paulo, 2 de maio de 2018.
WALTER BARONE, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. Pedido de indenização por danos morais fundado em devolução indevida de cheque. Sentença de procedência parcial, condenando a parte requerida ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$10.000,00. Irresignação da parte ré. Cabimento em parte. Devolução fundada na alínea 22 - "divergência ou insuficiência da assinatura". Parte ré não demonstrou a divergência de assinatura do título e o padrão de assinaturas da cliente, ônus que lhe competia, tendo pleiteado, inclusive, o julgamento antecipado do feito. Devolução do cheque, portanto, indevida. Responsabilidade objetiva. Aplicação do art.14 do CDC. Dano 'in re ipsa'. Súmula 388 do E. STJ. 'Quantum' indenizatório reduzido para R$5.000,00, em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Juros de mora incidentes desde a citação. Atualização a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do STJ). Ônus da sucumbência corretamente atribuídos à parte ré. Inaplicável o disposto no artigo 85, §11, do CPC, em virtude do provimento apenas parcial do apelo. Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls.66/70 que julgou procedente em parte ação indenizatória decorrente de devolução supostamente indevida de cheque fundada na alínea 22, condenando "*a parte requerida no pagamento de indenização por dano moral, à autora, no valor de R$10.000,00 (dez mil reais), com incidência de correção monetária a partir do arbitramento ora realizado (Súmula 362 do STJ) e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação*". Em razão da sucumbência, condenou a parte ré ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

A parte ré, ora apelante, sustenta, em síntese, que: 1) a devolução do cheque foi lícita, vez que a instituição financeira constatou a divergência de assinatura do título emitido pela parte autora; 2) caracterizou-se a impossibilidade jurídica

Acesso ao Sumário

do pedido; 3) a situação descrita nos autos configura mero aborrecimento, não configurando a existência de dano moral, mas, caso mantida a condenação, o 'quantum' deve ser reduzido; 4) a indenização deve ser corrigida desde a data do arbitramento; 5) não se aplica o CDC ao caso dos autos; 6) a parte autora não comprovou os fatos constitutivos de seu direito; 7) a instituição financeira não agiu com culpa; 8) os honorários advocatícios devem ser carreados à parte contrária, nos termos do princípio da causalidade. Prequestiona, ademais, a matéria.

Houve resposta.

É o relatório.

Ressalte-se, primeiramente, que o apelo em tela foi interposto já sob a vigência do Novo Código de Processo Civil, aplicando-se à hipótese dos autos, por conseguinte, a nova disciplina processual por ele fixada.

A parte autora sustenta, em apertada síntese, que emitiu cheque para transmitir ao seu cliente montante obtido no "*Processo Judicial nº 1036265-17.2014.8.26.0576, que tramitou pela 1ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto, no qual, como patrona, fez o levantamento do valor*" (fls.02), mas o título teria sido indevidamente devolvido pelo Banco do Brasil, com fundamento na alínea 22, a qual diz respeito a "*Divergência ou insuficiência da assinatura*".

A hipótese dos autos versa sobre relação de consumo e a responsabilidade objetiva da parte apelante deve ser analisada à luz do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que: "*o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços*".

Nos termos do artigo 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, para afastar a responsabilidade pelo fato do serviço, cabia à parte ré demonstrar a inexistência de defeito no serviço ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

A parte ré, contudo, limitou-se a afirmar que a devolução do cheque foi motivada pela divergência entre a assinatura do título e o padrão de assinaturas da cliente.

Todavia, não comprovou tal alegação, o que lhe cabia, nos termos da legislação consumerista aplicada à espécie (fls.58).

Aliás, conforme bem ressaltado pelo d. Juízo de origem, "*sem a comprovação de que houve divergência entre a assinatura da autora e o seu padrão de assinaturas, a devolução do cheque resta imotivada, o que não é permitido. Ademais, a instituição bancária requerida nem ao menos entrou em contato com a requerente para cientificar-se se o título havia sido emitido por ela. Assim, o banco demandado incorreu em prática de ato ilícito, decorrente de desvio de conduta ao prestar serviço com evidente vício*" (fls. 68).

Acrescente-se que, intimada a especificar as provas que pretendia produzir (fls.57/59), a parte ré limitou-se a afirmar que "*não há provas a produzir*" (fls.61), requerendo o julgamento antecipado do processo.

A parte ré, portanto, não conseguiu demonstrar a existência de divergência de assinatura alegada que porventura justificasse a devolução do título. E, na medida em que não houve tal comprovação, a conclusão é de que a devolução foi mesmo indevida.

No que diz respeito à existência do dano moral, dispõe a Súmula nº 388 do E. Superior Tribunal de Justiça que "*A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral*".

A hipótese dos autos, portanto, versa sobre dano moral 'in re ipsa', dispensando prova efetiva do abalo da honra objetiva da autora.

Quanto ao valor da indenização, para atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação do 'quantum' a ser pago pelo dano moral causado, deve-se ter em conta os fatos que ensejaram o abalo à vítima, o nível econômico do ofendido e o porte econômico do ofensor.

Isso porque o arbitramento deve ser significativo de modo a não só compensar a dor, a angústia, o vexame, o abalo psicológico da vítima, mas também a penalizar o causador do dano, considerados, pois, a sua contribuição para o sofrimento daquela, o grau de sua culpa e sua capacidade econômica.

Sobre o tema, cumpre colacionar os ensinamentos da doutrina:

"Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Enfim, razoável é aquilo que é, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. **Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes." (CAVALIERI FILHO, SERGIO - Programa de Responsabilidade civil - 10.ed. - São Paulo: Atlas, 2012 - p.105 - realces não originais)**

O valor de R$10.000,00, fixado pelo Juízo de origem, mostra-se excessivo, devendo ser reduzido. A quantia indenizatória de R$5.000,00 mostra-se mais adequada para atender à finalidade sancionadora e reparadora, observados os

Acesso ao Sumário

princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Tendo em vista o contexto em que se deram os fatos, justifica-se a pretendida redução do valor fixado a título de indenização, considerando, ainda, que a quantia ora fixada está em consonância com aquela arbitrada por esta C. Câmara em casos semelhantes.

Sobre o tema, já decidiu esta C. Câmara:

1001711-12.2016.8.26.0180
Classe/Assunto: Apelação/Cheque
Relator(a): Walter Barone
Comarca: Espírito Santo do Pinhal
Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado
Data do julgamento: 24/11/2017
Data de publicação: 24/11/2017
Data de registro: 24/11/2017
Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA. Pedido de indenização por danos morais fundado em devolução indevida de cheque. Sentença de improcedência. Irresignação da parte autora. Cabimento. Nulidade não configurada. 'Decisum' que não se apresenta 'extra petita'. Título emitido pela parte autora para pagamento de débito junto a terceiro. Devolução fundada na alínea 35 - "Cheque fraudado, emitido sem prévio controle ou responsabilidade do participante ('cheque universal'), ou ainda com adulteração da praça sacada, ou ainda com rasura no preenchimento". Parte ré não demonstrou a fraude alegada, nem sequer o motivo específico que deu ensejo à devolução. Contestação genérica. Responsabilidade objetiva. Aplicação do art.14 do CDC. Dano 'in re ipsa'. Súmula 388 do E. STJ. 'Quantum' indenizatório fixado em R$5.000,00. Juros de mora incidentes desde a citação. Atualização a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do STJ). Ônus da sucumbência atribuídos à parte ré. Honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação. Recurso provido.

Tal quantia deve ser acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, na medida em que a controvérsia tem origem em responsabilidade civil contratual, bem como corrigida a partir da sentença, isto é, do arbitramento da indenização, nos termos da Súmula 362 do STJ, observado que ora se procedeu ao mero acertamento do valor indenizatório.

Acesso ao Sumário

Na medida em que foi provido em parte o recurso, mantém-se a verba honorária fixada pelo Juízo de origem, sem a incidência do disposto no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil.

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

Ante o exposto, pelo meu voto, **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE**

ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1021007-69.2016.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante DELBI APARECIDA BULGO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados SÃO JOAQUIM HOSPITAL E MATERNIDADE LTDA. e UNIMED DE FRANCA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 866)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente sem voto), JAIRO OLIVEIRA JUNIOR e VICENTINI BARROSO.

São Paulo, 9 de maio de 2018.

ELÓI ESTEVÃO TROLY, Relator

Ementa: Responsabilidade civil. Inocorrência de falha na prestação de serviços. Dano moral não configurado. Paciente pronta e cirurgicamente atendida, de modo que eventual ausência de acomodação para transferência imediata não representa experiência indenizável. Improcedência mantida. Recurso da autora não provido.

VOTO

Trata-se de ação ordinária proposta por Delbi Aparecida Bulgo em face, originalmente, de Hospital e Maternidade São Joaquim Ltda., com posterior inclusão no polo passivo de Unimed Franca Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico e Hospitalar (fl. 188), objetivando indenização por dano moral que teria experimentado em decorrência da deficiência do ambiente ao qual encaminhada no pós-operatório e demora na transferência para quarto correspondente ao patamar contratado.

A r. sentença de fls. 259-263, cujo relatório se adota, julgou improcedente o pedido, impondo à autora honorários advocatícios no importe de 15% sobre o valor atualizado da causa.

Acesso ao Sumário

Inconformada, apela a autora insistindo na produção de prova oral requerida a fls.177-178. No mérito, reitera a alegado inicialmente consistente em: responsabilidade objetiva do plano que credencia número de clientes em volume "*superior à capacidade de atendimento dos hospitais credenciados, colocando em risco todos os pacientes*"; inadequação da sala em que foi colocada após a realização do procedimento cirúrgico, eis que "*submetida a risco de infecção devido à presença de lixo hospitalar*" decorrente da inadequada guarda dos lençóis utilizados (fotos a fls. 22-23) e sem a prévia e necessária higienização; somado ao fato da inexistência de banheiro anexo à sala, o que não representaria mero aborrecimento diante da "*restrição de locomoção*" que apresentava (fls. 267). Salienta, ainda, que a transferência para o quarto a que tinha direito lhe foi liberada somente após a intervenção do PROCON, acionado às 11 horas da manhã.

Contrarrazões a fls. 274-280.

Recurso regularmente processado, com dispensa de preparo em razão da assistência judiciária gratuita concedida à autora (fls. 89-90).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre salientar que não houve cerceamento de defesa.

Inexiste controvérsia acerca das circunstâncias em que se deram os fatos que importam para o julgamento do pedido.

As partes convergem quanto aos ambientes para os quais encaminhados a autora após a cirurgia e em que momentos teriam ocorrido as respectivas transferências.

As partes produziram farta prova documental, capaz de elucidar as condições e aparelhagem de que dispunham na sala de pós-operatório infantil para a qual a apelante foi destinada.

Portanto, conforme salientou o digno magistrado na sentença, o conjunto probatório era suficiente para o julgamento antecipado, portanto, sem necessidade de provas orais, desnecessárias no presente caso.

Acesso ao Sumário

A respeitável sentença não merece reparo algum.

A autora foi internada para cirurgia emergencial de APENDICITE AGUDA COM PERITONITE GENERALIZADA no dia 04.04.2016.

Relata que sofrera danos morais em decorrência do constrangimento em função de ter sido encaminhada, em recuperação pós-operatória, para sala desprovida de banheiro e inadequada vez que referido ambiente apresentaria risco de contaminação. Continua sua narrativa, referindo que alegado dano também decorre da demora na transferência para o quarto a que faria jus conforme contratado por seu plano de saúde, cuja transferência teria sido obtida

em razão de reclamação junto ao PROCON.

Pois bem.

As partes não divergem quanto aos fatos essenciais, quais sejam: a autora, após a cirurgia, foi encaminhada à sala de recuperação infantil, que era desprovida de banheiro contíguo tendo lá dado entrada na noite do dia 04.04.2016, com transferência realizada por volta do meio-dia do dia subsequente.

O documento hospitalar que instruiu a petição inicial retrata o caráter de urgência cirúrgica, constatado pelo plantão, e que a acomodação futura corresponderia a "apartamento luxo" (fl. 58).

A cirurgia teve início às 20h e 15min com a realização de anestesia raque (fl. 64), tendo sido encaminhada para sala de recuperação infantil cujas fotos encontram-se a fls. 126-127, que conta com aparado de oxigênio e monitoramento, às 21h e 30min, havendo relato de inexistência de vaga na descrição do estado geral do paciente a fl. 65.

Quando na sala de pós-operatório, o campo operado encontrava-se fechado com curativo e a rouparia outrora utilizada naquele ambiente estava adequadamente dispensada no adequado cesto aberto, não havendo em referida sala nenhum sinal de que o hospital descumprisse a legislação que lhe competia.

Sobre esse aspecto, oportuna a transcrição de trecho da diligente sentença: "*Da comparação de tais fotos (vide folhas 117/118), percebe-se que, ao contrário do alegado, não houve reforma recente no local, pois, apesar de aquelas apresentadas pelo réu serem de melhor qualidade (talvez o motivo de aparentar reforma), são semelhantes nos detalhes. E de tais fotos percebe-se a existência de janelas e ar-condicionado, não calhando a afirmação de local com restrição à ventilação. (...) Quanto à menção de risco de contaminação biológica em virtude da existência de lixo hospitalar em cesto sem proteção e a existência de despejo de materiais descartáveis, atentando-se que já explicitado sobre a existência de janelas e ar-condicionado, não me parece afirmação a ser acolhida. Percebe-se que nas fotos que há um cesto de lixo comum e aquilo denominado* hamper*, para colocação de roupas. Quanto ao cesto de lixo bastaria abaixar a tampa, perceptível que aquela espécie de recipiente não é destinada a materiais com potencial de contaminação. (...) Conforme expendido, não há que se falar em risco de contaminação biológica. Inclusive, nenhuma intercorrência houve*". **(fl. 261)**.

A autora acabou por ser tardiamente dirigida à acomodação a que fazia jus, não tendo sofrido qualquer prejuízo digno de reparação.

Isso porque, usou com exclusividade da sala de recuperação, ainda que infantil, e foi assistida, quando necessário, à utilização do banheiro.

Não há, tampouco, qualquer contorno de descumprimento da obrigação contratual junto à sua seguradora de saúde, vez que não constatada mora na

Acesso ao Sumário

autorização para qualquer dos procedimentos ou encaminhamentos necessários.

Outro seria o resultado deste feito se estivéssemos diante de uma cirurgia eletiva com reserva de quarto/leito.

A apelante foi prontamente socorrida e sua cirurgia foi realizada com sucesso não tendo sido apresentada qualquer intercorrência (fl. 66).

O hospital permitiu que a paciente recebesse seu acompanhante naquele ambiente (destinado a pós-operatório), cuja utilização lhe foi franqueada de modo exclusivo até que efetivamente fosse possível a transferência para o quarto a que tinha direito.

A higienização de um quarto hospitalar para troca de paciente é procedimento de minúcia e demanda tempo após sua desocupação pelo paciente anterior.

Trata-se de situação que apesar de não se coadunar com o ideal, não configura efetivo dano moral indenizável.

Todos, indistintamente, até em hospitais de ponta, estão sujeitos a dissabores decorrentes da falta imediata de leito para internação após um atendimento de emergência.

No relatório de evolução de fl. 69 há notícia de solicitação de transferência com prioridade, havendo prova que os serviços de hotelaria vinham sendo realizados, com a entrega de dieta à acompanhante.

A paciente recusou o banho disponibilizado às 8:45 horas do dia 05.04.16 (fl. 69) e, por volta do meio-dia, havia sido finalmente transferida para a devida habitação (fl. 76), onde permaneceu até sua alta médica.

O que se depreende dos autos é que a autora não suportou qualquer atitude omissiva, quer por conta do hospital, quer por conta do plano de saúde, não sendo este, nos moldes em que o pleito inicial foi elaborado, o meio para verificação do número de vagas que deveriam ser efetivamente oferecidas à rede de saúde conveniada.

Conforme salienta Claudio Luiz Bueno de Godoy "*uma das funções mesmo da responsabilidade civil, que serve a coibir repetição de igual prática danosa, quer pelo lesante, quer por quaisquer pessoas, em um papel de prevenção especial e geral*" **("Responsabilidade Civil pelo Risco da Atividade", São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 7)**.

Acesso ao Sumário

Assim, a contramão também há de ser ressaltada, de modo que o consumidor devidamente atendido não se veja estimulado a colocar uma lupa em sua eventual hipersensibilidade de modo a acreditar que o mero dissabor experimentado seja característico de indenização.

No caso dos autos, portanto, verifica-se atendimento eficaz, pertinente e dentro das condutas técnicas exigidas pelo Estado e inexistência de qualquer

recusa do plano de saúde ao fornecimento/cumprimento do contratado.

Por fim, nesta fase recursal, impõe-se a majoração dos honorários do advogado da ré de 15 para 20% (vinte por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, observada a gratuidade da justiça concedida à autora (fls. 89-90).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1068385-81.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALEXANDRINA APARECIDA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES DE CRÉDITO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27196)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO GIAQUINTO (Presidente), NELSON JORGE JÚNIOR e TAVARES DE ALMEIDA.

São Paulo, 14 de maio de 2018.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexistência de débito c.c. pedido de indenização por danos morais - Negativação do nome da autora, por dívida não reconhecida - Inaplicabilidade da inversão do ônus da prova, por ausência de verossimilhança das alegações - Prova da ré no sentido da existência de negócio jurídico entre as partes - Dívida decorrente de fatura de cartão de crédito não quitada - Negativação efetivada em exercício regular de direito do credor - Sentença mantida - Recurso negado.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais, ajuizada por **ALEXANDRINA APARECIDA DA SILVA** em face de **SCARD ADMINISTRADOA DE CARTÕES DE CRÉDITO**

Acesso ao Sumário

LTDA., **julgada improcedente** pela r. sentença de fls. 106/108, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, arbitrados, por equidade, em R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), observada a gratuidade.

Apela a autora, procurando reverter a r. sentença, alegando, em síntese, que os documentos juntados com a contestação são insuficientes a comprovar a origem do débito e a legitimar a inscrição de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, eis que não há cópia do contrato com numeração correspondente àquela objeto do apontamento restritivo e tampouco valores compatíveis com o débito negativado, motivo pelo qual deve ser reconhecida a sua inexigibilidade, bem como a ocorrência de danos morais indenizáveis, julgando-se procedente a ação (fls. 111/117).

Recurso regularmente processado, respondido e recebido no duplo efeito, nos termos do art. 1.012, *caput*, do CPC.

É o relatório.

VOTO.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais, decorrentes da inscrição do nome da autora nos cadastros de proteção ao crédito, por débito de R$40,99, vencido em 15/07/2015, referente ao contrato nº F093075195-1.

Constou da inicial "*importante destacar que a parte autora não sabe de onde provém os supostos débitos, e nunca recebeu nenhum tipo de cobrança, nem tão pouco assinou os supracitados contratos*" (fl. 2), motivo pelo qual pleiteia o reconhecimento da inexigibilidade das referidas dívidas, bem como o recebimento da correspondente indenização por danos morais.

A ação foi julgada improcedente pela r. sentença apelada, entendendo-se suficientemente comprovada a efetiva existência de relação jurídica entre as partes, bem como a dívida que deu origem aos apontamentos restritivos em nome da autora.

O recurso é desprovido.

Aplica-se ao caso o CDC, porque o serviço prestado pelo réu se insere no contexto das relações de consumo, na qual se enquadra a autora como destinatária final, nos termos do art. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90.

Contudo, em que pese a relação consumerista, não se evidencia no caso fundamento suficiente para o julgamento da causa com a inversão do ônus da prova, de acordo com o art. 6º, VIII, do CDC.

A inversão do ônus da prova não é automática, cabendo ao Magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência (art. 6º, VIII, do CDC), justificada a sua aplicação nos casos

Acesso ao Sumário

em que o fornecedor possui maior facilidade na obtenção da fonte de prova do caso questionado, por deter o domínio da prova.

Assim já decidiu o STJ: "***Não ocorre a inversão automática do ônus da prova na hipótese de relação jurídica regida pelo CDC, uma vez que é indispensável a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência, não bastando apenas o fato de a relação ser consumerista, pois a facilitação da defesa dos direitos do consumidor não significa facilitar a procedência dos seus pedidos, mas a elucidação dos fatos por ele narrados, transferindo o ônus da prova a quem, em tese, possua melhores condições de fazê-lo, em razão da assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio.***" (REsp 927.457/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 01/02/2012).

No caso, não pode a autora se valer da inversão do ônus da prova, por não demonstrada verossimilhança de suas alegações, do que resulta o reconhecimento do regime ordinário de distribuição do ônus da prova.

O conjunto probatório produzido demonstrou, ao contrário do alegado na inicial, efetiva existência de relação jurídica entre as partes, bem como a origem do débito negativado.

A autora negou o débito de R$40,99, vencido em 15/07/2015 e disponibilizado em 27/08/2015, referente ao contrato F093075195-1 (fl. 24/25).

Ao contestar (fls. 43/53), alegou a requerida mantém as partes relação jurídica desde 26/11/2013, quando a autora fez cadastro para compra na loja Taka Taka Calçados, assinando contrato e fornecendo cópia dos documentos pessoais e tirando fotografia, com vistas a legitimar a contratação. Sustenta que o débito negativado tem origem no inadimplemento da parcela nº 05/10 de uma compra efetuada no cartão de titularidade da autora originando a fatura de numeração F093075195, correspondente à declinada pela autora às fls. 24/25.

Assim, sustenta descabida a declaração de inexigibilidade do débito ou o reconhecimento da ocorrência de danos morais, eis que o apontamento restritivo foi realizado em exercício regular de direito.

Como prova de suas alegações, apresentou a requerida, ficha cadastral e termo de confissão de dívida assinados pela autora, cópia de seu documento pessoal (fls. 54/56), não havendo qualquer impugnação de tais documentos em réplica.

Apresentou, ainda, a ré fotografia tirada da autora com webcam no ato da contratação, a não deixar qualquer margem de dúvidas de que foi a autora efetivamente a contratante (fl. 57).

Ademais, juntou faturas de cobrança de fls. 58/71, demonstrando a efetiva utilização do cartão por longo período, inclusive constando a existência de pagamentos, a afastar o perfil de fraude na contratação.

Acesso ao Sumário

Em réplica (fls. 97/100), se limitou a autora a alegar que tais documentos são insuficientes para comprovar a efetiva origem da dívida, sem no entanto impugnar a efetiva contratação do cartão e tampouco questionar sua regular utilização por longo período ou quaisquer dos lançamentos constantes das faturas, deixando de prestar qualquer esclarecimento sobre os pagamentos totais ou parciais noticiados nos autos.

Neste contexto, tem-se da análise das provas produzidas, não impugnadas especificamente pela autora apelante, comprovou o réu a existência de relação jurídica entre as partes, desincumbindo-se do ônus probatório, demonstrando a inadimplência referente ao cartão de crédito, sendo legítima, no caso, a negativação do nome da autora, realizada em exercício regular de direito do credor (art. 188, I, do C. Civil).

Por corolário, não há falar em configuração de danos morais passíveis de indenização, nesse cenário.

Portanto, caso de manutenção da r. sentença apelada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante do trabalho adicional realizado em grau de recurso pelo apelado, ofertando contrarrazões (fls. 120/126), elevo os honorários em mais R$500,00, com suspensão de sua exigibilidade porque autora beneficiária da justiça gratuita.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006610-53.2017.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ITAÚ UNIBANCO S/A, é apelado KLEBER DE BRITTO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16705)**

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

São Paulo, 14 de maio de 2018.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos morais - Saques indevidos efetuados na conta corrente do autor - Alegação sobre a segurança das operações

bancárias sem provas da regularidade das transações impugnadas - Movimentações contestadas que não se enquadram no perfil do correntista - Poderia o apelante ter trazido a conhecimento no relatório o endereço onde ocorreram os saques reclamados, ou mesmo ter informado o modo de realização dos saques - O recorrido se insurgiu contra as transações extrajudicialmente, fato não contestado pelo apelante e sequer juntada a resposta desta reclamação aos autos - Os valores das transações impugnadas são incompatíveis com o uso habitual do apelado, demonstrado pelos extratos juntados pelo próprio banco - Devida a declaração de inexistência dos débitos e respectivos encargos cobrados, bem como a indenização por danos morais, porquanto, o nome do autor foi inserido em cadastro de maus pagadores - Dano moral configurado e arbitrado em módica quantia, que não comporta redução - Honorários advocatícios sucumbenciais majorados nos termos do art. 85, § 11, do CPC - Recurso desprovido, majorados os honorários advocatícios sucumbenciais devidos ao patronos do autor de 10% para 15% do valor da condenação, já considerada a atuação na esfera recursal.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença proferida às fls. 174/179, declarada às fls. 190, que julgou procedente o pedido para declarar inexigível o débito relacionado na inicial, valor que deverá ser devolvido em dobro pelo réu, também condenado ao pagamento de indenização de R$ 10.000,00, corrigido monetariamente a partir do seu arbitramento e juros de mora de um por cento ao mês, a partir da citação, por danos morais, bem como as custas e honorários advocatícios fixados em dez por cento sobre o valor da condenação.

Inconformado, busca o réu a reforma do julgado (fls. 192/204). Para tanto aduz que não haveria como provar que as transações não tenham sido feitas pessoalmente pelo autor, pois a autorização se dá pelo uso de cartão com *chip* a ser validado mediante senha e não pela identidade física do consumidor. A tecnologia empregada no *chip* seria certificada por empresas internacionais. A regularidade dos saques estaria demonstrada nos autos, ausente fraude no uso do cartão. Não foi comunicado ao banco a perda ou furto do cartão, de

Acesso ao Sumário

modo que impossibilitado de proceder ao bloqueio do seu uso. Afirma também que as despesas contestadas guardam similaridade com as transações habituais do apelado. O ônus da prova pelo autor, nos termos do art. 373, inciso I, do CPC não teria sido observado. Dessa forma, não seria devido reparar o dano material, inclusive em dobro, por ausência de má-fé, bem como descabido pagar indenização por danos morais. Subsidiariamente, caso se entenda pela manutenção desta condenação, que o valor então arbitrado seja reduzido para quantia razoável.

Vieram as contrarrazões às fls. 211/247 pelas quais o apelado sustenta a manutenção da sentença tal como prolatada. Diz que as imagens dos caixas eletrônicos seriam de responsabilidade do banco, não podendo se escusar de apresenta-las em Juízo, o que não ocorreu no presente caso. Afirma que apenas soube dos saques dias depois quando procurou a agência para aquisição de serviço, o qual teria sido negado por ostentar saldo negativo na conta. De posse de tal informação, realizou contestação formal das transações perante a agência que, após o prazo de análise, restou indeferido pela casa bancária, o que o levou a registrar os fatos na delegacia de polícia e ajuizar a demanda. Os saques reclamados sequer se enquadram no seu perfil de uso. A tecnologia do *chip* nos cartões não seria infalível, mormente por haver notícias da atuação de quadrilhas especializas em clonagem de informações para usos ilícitos. Teria solicitado as imagens das câmeras de segurança, o que não restou atendido pelo apelante, cenário a militar em desfavor deste. O dano patrimonial foi demonstrado e correta a imposição de devolução em dobro. A dívida apontada em sua conta corrente decorrente das movimentações reclamadas impossibilitou o pagamento de contas particulares, fato que ocasionou a negativação de seu nome, a permitir que seja indenização pelos danos morais sofridos.

É o relatório.

Por meio da presente demanda o autor pretende a declaração de inexigibilidade de seis saques ocorridos em sua conta corrente, no valor de R$ 500,00 cada um, além dos juros e demais encargos sobrevindos de tais cobranças; a devolução, em dobro, da quantia de R$ 56,42 então depositada na referida conta e indenização por danos morais em razão da negativação que suportou em seu nome em razão do saldo devedor que reputa indevido.

No que toca às transações reclamadas, é fato incontroverso que foram realizadas com a utilização de cartão com *chip*, mediante o uso de senha pessoal. Contudo, o banco não demonstrou a regularidade destas transações. Tampouco há informação acerca dos endereços dos caixas onde foram realizadas as transações, bem como se o seu uso dispensaria a utilização de senha, mediante validação por biometria.

Poderia o apelante ter juntado relatório atestando a idoneidade das

Acesso ao Sumário

operações, ou mesmo ter informado o modo de realização dos saques. Note-se que o autor se insurgiu contra as transações extrajudicialmente em 06-10-2016 (fls. 3), fato não contestado pelo apelante e sequer juntada a resposta desta reclamação aos autos.

Na verdade, consta às fls. 96/98 um laudo referencial, colacionado pelo apelante, onde traz um detalhamento das transações contestadas que milita em seu desfavor. Isto porque não há ao menos a indicação do local onde aquelas teriam ocorrido e que também estariam no perfil de movimentação da conta.

Ora, revendo os extratos também juntados pelo banco às fls. 111/113, verifica-se que os saques realizados pelo apelado nos dois meses anteriores eram de baixo valor, quais sejam, R$ 50,00, R$ 40,00, R$ 20,00, R$ 140,00, R$ 70,00, R$ 200,00, R$ 150,00 e R$ 100,00 em agosto, R$ 60,00, R$ 50,00, R$ 100,00, R$ 50,00, R$ 500,00, R$ 80,00, R$ 70,00, R$ 10,00, R$ 50,00 e R$ 100,00 em setembro.

Houve apenas uma retirada no valor de R$ 500,00 em 14-09-2016, que não pode ser tida por parâmetro a tomar que seis movimentações ocorridas num intervalo de apenas três dias, seja enquadrada no perfil do correntista.

Observa-se, pois, que os valores das movimentações impugnadas são incompatíveis com o uso habitual do apelado, situação demonstrada pelos extratos supra mencionados.

Ademais, tendo sido expressamente requerida na inicial às fls. 17, item 5, a apresentação das imagens das câmeras dos caixas eletrônicos, não se calçou o apelante em providenciar sua vinda aos autos, o que poderia esclarecer sobre a autoria dos saques, sendo da instituição financeira o ônus de produção de tal prova.

Logo, por não ter sido juntada uma única prova de idoneidade das transações é devida a declaração de inexigibilidade das transações reclamadas e respectivos encargos que incidiram sobre a dívida, bem como a indenização por danos morais em razão da inserção do nome do recorrido em cadastro de maus pagadores.

No que toca ao *quantum* indenizatório, deve se levar em conta o grau e tipo da ofensa perpetrada, bem como a extensão dos danos causados por conta da mesma, o que, no caso vertente, bem se verificou que foi de âmbito considerável, pois o apelado experimentou a restrição em seu nome perante os órgãos de proteção ao crédito em razão da cobrança indevida.

Assim, não cabe sequer sua redução, uma vez que os R$ 10.000,00 a que foi condenado a indenizar é quantia inferior ao que se tem decidido como devido por esta Câmara em caso análogo, que não pode ser majorado em virtude de não haver recurso do autor:

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS - ANOTAÇÃO*

INDEVIDA EM CADASTRO DE ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - VALOR MAJORADO - Infere-se dos autos que não há prova da legitimidade do débito em nome do autor, que levou à anotação em órgão de proteção ao crédito, até mesmo à vista da ação anterior movida em face do banco cedente, com declaração de inexigibilidade do valor, sofrendo dano de natureza moral pela inscrição indevida - Ônus da prova quanto à legitimidade e à regularidade do débito que incumbia à parte ré - Valor da indenização que deve ser fixado de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser majorado (no caso, com sua fixação em R$ 15.000,00) - Recurso do réu desprovido, sendo parcialmente provido o recurso do autor." (Apelação 1082390-79.2015.8.26.0100; Relator: Luiz Arcuri; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; j. 24/03/2017).

A r. sentença, por fim, foi publicada já na vigência do atual NCPC. Sobre tal particularidade, diz o Enunciado Administrativo nº 7, do Superior Tribunal de Justiça que "somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC". Destaque-se que tal majoração é automática, não dependendo, assim, de requerimento das partes, como já tem sido de entendimento pretoriano[1]. Assim, os honorários advocatícios ficam majorados de 10% para 15% do valor da condenação.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, majorados os honorários advocatícios sucumbenciais devidos aos patronos do autor de 10% para 15% do valor da condenação, já considerada a atuação na esfera recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005907-47.2017.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante CARLOS ADRIANO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CONECTCAR SOLUÇÕES DE MOBILIDADE ELETRÔNICA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.849)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente) e JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO

Acesso ao Sumário

1 STF - AI 864.689 (AgR/MS) - 1ª. T. - Rel. para o acórdão Min. EDSON FACHIN - j. 27-9-2016 - Dje de 14-11-2016. TJ-SP Ap. 1007542-98.2014.8.26.0604 - Sumaré - 31ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. ADÍLSON DE ARAÚJO - j. 23-8-2016; Ap. 0034662-04.2011.8.26.0002 - São Paulo - 32ª Câmara de Direito Privado - Rel. Des. KIOITSI CHICUTA - j. 1º-12-2016.

PEIXOTO.

São Paulo, 15 de maio de 2018.

VICENTINI BARROSO, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - DANO MORAL - Sistema sem parar (TAG) - Falha no dispositivo que impediu a abertura da cancela em praça de pedágio durante viagem - Incidência da lei consumerista que não conduz necessariamente ao acolhimento do pedido - Ausência de conduta abusiva ou vexatória passível de responsabilização civil - Vício de serviço não comprovado - Ação improcedente - Sentença mantida - Apelação desprovida.

VOTO

1. A sentença de fls. 113/117, de relatório adotado, julgou improcedente ação de indenização por danos morais, movida pelo apelante à apelada - honorários advocatícios de 10% do valor da causa, observada justiça gratuita.

Alega ter efetuado a recarga de R$ 30,00, no dia 15/01/2017, do seu cartão "Conectcar" (sistema sem parar - TAG), porém, não houve abertura da cancela, ocasião em que a atendente informou a ausência de saldo em seu cartão. Experimentou situação vexatória, ocasionada pelo serviço defeituoso da ré. Busca a condenação da apelada pelos danos morais decorrentes de tais circunstâncias, cuja responsabilidade é do prestador de serviços. Requer a inversão do ônus da prova, com incidência do Código do Consumidor, pois não se trata de mero aborrecimento do cotidiano. Foi humilhado na frente de várias pessoas, o que demonstra a culpa da apelada, se esta tivesse evitado o problema (fls. 120/131).

Veio resposta (fls. 135/142).

É o relatório.

2. Apelação infundada. Trata-se de ação de indenização em que se alega que a apelada teria lhe prestado serviço defeituoso em 15.01.2017, quando pretendeu utilizar o aparelho TAG em determinada praça de pedágio e, mesmo possuindo saldo de créditos positivo, foi impedido de efetuar a passagem automática do seu veículo, ante a não abertura da cancela. Pretende seja a apelada condenada ao pagamento de danos morais em R$ 14.055,00.

De fato, incide o Código do Consumidor. Cuida-se de pessoa física que utilizou serviços a ela disponibilizados como destinatária final da relação de consumo - observado, pois, do enquadramento como consumidor (art. 2º

Acesso ao Sumário

daquele Código). Todavia, a só incidência da lei consumerista, no caso, não conduz ao acolhimento do pedido, tampouco leva à indiscriminada inversão do encargo probatório - ausente pressuposto de verossimilhança dos argumentos.

Os fatos descritos na inicial são incontroversos e não há dúvida que podem ter ocorrido aborrecimentos. Há prova no sentido de que o apelante efetuou pagamento em dinheiro do valor de R$ 5,40, bem como que houve recarga no valor de R$ 30,00 (fls. 21/22). Outrossim, houve uso do sistema de cobrança dia 15/01/2014 - noutras três ocasiões (fl. 15).

Impende frisar, no entanto, como salientado pela apelada na contestação, não ficou comprovado que o impedimento de realizar a cobrança automática em praça de pedágio decorreu de conduta da ré, uma vez que podem ocorrer as situações descritas nas recomendações de fl. 73, as quais não têm o condão de interferir com a aferição direcionada à análise de vício, ou não, na prestação dos serviços.

Assim, apesar da relatada insatisfação com os serviços prestados, os argumentos da sentença subsistem.

Cumpre ressaltar que os acontecimentos narrados não configuram lesão moral a justificar o arbitramento de indenização. Apesar dos aborrecimentos experimentados, não se infere que o autor tenha sido submetido à humilhação ou profundas aflições. Apesar de desagradáveis, os fatos não alcançam o patamar de dano moral.

Nesse sentido:

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Sistema 'sem parar' (TAG). Falha no dispositivo que impediu a abertura da cancela na praça do pedágio durante viagem. Aborrecimentos com a má-prestação do serviço sem potencial de causar danos à honra ou imagem. Dano extrapatrimonial não configurado - Recurso não provido". (Apelação nº: 0015793-79.2011.8.26.0038, rel. Alfredo Attié, j. 10/08/2017).

"Indenização. Dano moral. Sistema 'sem parar' (TAG) - Falha no dispositivo que impediu a abertura das cancelas nas praças dos pedágios durante viagem em família - Aborrecimentos com a má-prestação do serviço sem potencial de causar danos à honra ou imagem - Dano moral não configurado - Ratificação da sentença nos moldes do artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça - Recurso improvido". (Ap. 1001964-49.2016.8.26.0196, rel. Souza Lopes, j. 26/06/2017).

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SERVIÇO DE PAGAMENTO ELETRÔNICO DE PEDÁGIO ('SEM PARAR'). AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Legitimidade passiva da concessionária do serviço público. Responsabilidade solidária. Relação de consumo. Autor que foi impedido de passar na cancela do serviço 'Sem Parar' em razão do bloqueio de seu dispositivo eletrônico. Inadimplência do autor. Débito

Acesso ao Sumário

automático não efetivado em razão de insuficiência de fundos em sua conta-corrente. Danos morais não reconhecidos. Sentença reformada. Recurso do autor desprovido. Recurso da corré Centrovias provido." (Ap. 0000934-76.2010.8.26.0302, rel. Edgard Rosa, j. 25/07/2013).

Cediço de que não se pode presumir os danos morais, principalmente, porque não há indícios de ato ilícito cometido pela apelada, ausente conduta abusiva ou vexatória passível de responsabilização.

Desse modo, a situação, qual posta, não justifica a condenação pretendida. Indenização por dano moral exige mais que isso: ofensa anormal à personalidade, que se não configura pela situação apontada, não temerária ou abusiva e a não ofender a dignidade da pessoa humana.

3. Pelo exposto, desprovê-se o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011793-42.2010.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante/apelado RÁPIDO TRANSPAULO LTDA., são apelados/apelantes CLAUDINEI DE SOUZA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e ALINE CAMARGO PEREIRA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA) e Apelado JÚLIO CESAR DA CUNHA LUZ - ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso da ré, com observação, prejudicado o conhecimento do recurso dos autores, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19379)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 21 de maio de 2018.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - inaplicabilidade, na espécie - contrato celebrado para transporte de máquina de fazer sorvete destinado a fomentar a atividade desenvolvida pelos autores - figura do destinatário final não evidenciada.

RECURSO DA RÉ - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C.C. OBRIGAÇÃO DE

Acesso ao Sumário

FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE - incontroversa a ocorrência dos danos materiais - prova documental e testemunhal que não dá margem de dúvida sobre a ocorrência dos danos materiais - indenização pelo dano material fixada em R$ 13.000,00 - valor correspondente ao montante que os autores pagaram pela máquina de sorvete que sofreu queda ao ser descarregada do caminhão pelos prepostos da ré - sentença mantida nessa parte - observação no sentido de que a máquina ficou em poder da ré que poderá das a ela o destino que lhe for mais conveniente.

DANO MORAL - NÃO OCORRÊNCIA - mero inadimplemento contratual que não enseja, automaticamente, dano moral - necessidade de demonstração em concreto do abalo moral indenizável - hipótese que não é de dano 'in re ipsa' - leitura da inicial da qual não se depreende qualquer narrativa dos autores a respeito de condutas específicas e concretas que tenham tido potencial para vulnerar a paz de espírito deles, ou qualquer outro bem da personalidade - panorama que se apresentou nos autos a partir do exame dos fatos que não revelou qualquer conduta da transportadora ré que desbordasse da hipótese de descumprimento contratual puro e simples - sentença reformada quanto a isso - prejudicado o recurso dos autores, no qual foi pedido o aumento da indenização.

Resultado: recurso da ré parcialmente provido, com observação, prejudicado o conhecimento do recurso dos autores.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais cumulada com obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada ajuizada pelos autores Claudinei de Souza Silva e Aline Camargo Pereira Silva contra Júlio Cesar da Cunha Luz e Rápido Transpaulo Ltda. Alegaram os autores, resumidamente, que compraram do primeiro réu uma máquina de fazer sorvete pelo preço de

R$ 13.000,00, pago à vista, mediante empréstimo bancário. No ato da entrega, ao descarregarem a máquina, os prepostos da segunda ré a deixaram cair, o que ocasionou a quebra de dois pés, tornando-a imprópria para uso. Postularam pela devolução do valor despendido para aquisição do equipamento ou a substituição da máquina por uma nova, bem como indenização pelos danos morais sofridos. Pediram a procedência da ação.

A demanda foi julgada parcialmente procedente para o fim de ser condenada a ré Rápido Transpaulo Ltda. a pagar a quantia de R$ 13.000,00 aos autores a título de indenização por danos materiais, além do montante de R$ 20.000,00 em razão dos danos morais por eles sofridos. A responsabilidade pelos danos materiais e morais suportados pelos autores não foi estendida ao fabricante Júlio César da Cunha Luz, por não ter sido alegado vício na qualidade ou defeito do produto. A ré também foi condenada na integralidade do pagamento das custas e despesas processuais suportadas pelos autores e pelo réu Júlio César da Cunha Luz, bem como no pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação em favor dos patronos dos autores (sentença de fls. 249/250 vº).

Há recursos de lado a lado. O dos autores é adesivo.

Em seu apelo (fls. 255/261), a ré Rápido Transpaulo Ltda. dentre outros argumentos, alegou que não estão preenchidos os pressupostos necessários às indenizações por danos materiais e morais pretendidas pelos autores. Não houve comprovação de ação ou omissão culposa da sua parte, bem como do nexo de causalidade entre os fatos alegados e os danos sofridos. Não tem culpa pela avaria ocorrida no equipamento que foi somente por ela transportado. Esse fato foi corroborado pelo depoimento da testemunha dos autores. A condenação no reembolso do valor integral da mercadoria transportada caracteriza enriquecimento indevido dos autores, uma vez que ficou constatado por meio de laudo que o dano atingiu somente duas rodas do equipamento, sem comprometer o seu funcionamento. O corréu Júlio, em audiência de conciliação, ofereceu aos autores a troca do produto avariado e o respectivo transporte sem custo para eles, mas foi recusado. Não cometeu ato ilícito a ensejar a indenização por danos morais e não deu causa à demanda. Entende ser vultosa a quantia de R$ 20.000,00 arbitrada a título de indenização por danos morais pelo juiz na sentença. Requereu, para o caso de ser mantida a sua condenação em indenizar os autores pelos danos morais, a redução do valor da indenização para R$ 5.000,00. Pelo que expôs, requereu o acolhimento dos seus inconformismos, pugnando pela improcedência da ação.

No seu recurso adesivo, os autores sustentaram que o valor da indenização deve ser majorado, considerado o tempo da demanda sem que os danos morais por eles vivenciados tivessem sido minimizados pela ré.

Acesso ao Sumário

Somente os autores apresentaram resposta (fls. 272/277), na qual basicamente pediram que o apelo da parte contrária fosse desprovido.

É a síntese necessária.

Antes de tudo, uma observação é necessária.

O julgamento dos recursos se dará de acordo com as regras do CPC de 1973.

Não se olvida que o artigo 1.046 do CPC de 2015 dispõe que "*Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973*".

Entretanto, não tem lugar a inteira aplicação do dispositivo de lei em comento na hipótese dos autos, dado que a publicação da sentença e a interposição do recurso se deram sob a vigência do CPC de 1973. Incide a hipótese prevista no artigo 14 do CPC de 2015, de seguinte teor: "*A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada*".

Cediço que a teoria do isolamento dos atos processuais preceitua a preservação dos atos praticados antes da vigência de nova norma processual.

Em outro dizer, a lei nova não alcança os efeitos produzidos em atos já realizados por força da garantia constitucional do ato jurídico perfeito (cf. art. 5º, inciso XXXVI da CF) - anote-se que a doutrina entende ser possível falar-se em ato jurídico processual perfeito.

Por conseguinte, em termos gerais, os atos já realizados ou consumados não são atingidos pela lei nova. Daí porque as regras do CPC de 1973 não são automaticamente afastadas no julgamento do recurso.

Assim anotado, o recurso da transportadora ré comporta parcial provimento, o que torna prejudicada a análise do recurso dos autores.

Respeitado o entendimento da i. magistrada de 1º grau, a relação dos autos não é de consumo. Trata-se de contrato de transporte de máquina de fazer sorvete adquirida pelos autores para fomento da atividade empresarial por eles desenvolvida, já que possuíam comércio voltado para a venda de picolés e salgados. Assim, por haver sido celebrado contrato para transporte de maquinário destinado ao fomento da atividade empresarial desenvolvida pelos autores, é inaplicável a legislação consumerista.

Em audiência de instrução e julgamento a ré se comprometeu a retirar a máquina de fazer sorvete e encaminhá-la para o fabricante, onde seria feita perícia para constatar os danos e a extensão deles. Estipularam, ainda, que caso não houvesse acordo, a ré se comprometeria a devolver aos autores a máquina no estado em que se encontra. O processo foi suspenso por 60 dias (fls. 181).

Acesso ao Sumário

Os autores comunicaram ao juízo que as partes não se compuseram e que a ré não devolveu a máquina de fazer sorvete para eles, como ficou combinado em audiência (fls. 207/208). Esse fato foi certificado nos autos, conforme determinado (fls. 209 e fls. 210).

Restou comprovada, pela prova documental (fls. 24/26, 28, 33, etc) e testemunhal (mídia digital de fls. 230), a responsabilidade da ré pelos danos materiais suportados pelos autores.

O motorista do caminhão (fls. 230) que fez o transporte da máquina de sorvete adquirida pelos autores confirmou em seu depoimento que ao descarregarem o equipamento que pesava cerca de 200 kg, houve queda de uma altura de aproximadamente meio metro. Isso implicou a quebra de duas das quatro rodas da máquina. Foi acionada a gerência da transportadora e o responsável compareceu até o local para constatar o ocorrido. Esse depoimento foi corroborado pela outra testemunha da ré, Sr. Rondiney (fls. 230).

Assim sendo, são desnecessárias maiores digressões acerca da responsabilidade da ré pelos danos materiais sofridos pelos autores, ocorridos quando do desembarque do equipamento.

O valor da indenização pelo dano material foi fixado pela juíza em R$ 13.000,00, montante correspondente àquele pago pelos autores pela máquina de fazer sorvete (fl. 25). Esse valor não comporta reparo e não caracteriza enriquecimento indevido dos autores, considerado que a máquina não foi a eles devolvida, tendo a ré descumprido o que ficou acordado em audiência. Caso a ré tivesse devolvido o equipamento para os autores, a solução seria outra. Conforme constatado em laudo técnico (fls. 228/229), a máquina sofreu avaria somente nos 4 rodízios pés, os quais deveriam ser trocados, não restando inutilizada para o seu fim. Todavia, como a máquina não foi devolvida pela ré, os autores fazem jus ao ressarcimento do valor integral (R$ 13.000,00) pago pelo maquinário e não apenas ao abatimento do preço. Fica a observação de que a ré pode dispor do equipamento da maneira que lhe for mais conveniente.

Os danos morais não se patentearam.

Cediço que o dano moral é lesão de bem que integra os atributos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc.

Nesse sentido, o mero inadimplemento contratual não enseja, automaticamente, a reparação por dano moral. Na hipótese, sempre haverá a necessidade de demonstração em concreto do abalo moral indenizável.

Dito isso, da leitura da inicial não se depreende qualquer narrativa dos autores concernente às perturbações que tenham atingido suas reservas anímicas.

Em realidade, os autores teceram seus argumentos mais persuasivos a respeito do descumprimento contratual da ré no tocante à substituição da

Acesso ao Sumário

máquina de fazer sorvete. Nada foi mencionado acerca de condutas específicas e concretas que tenham tido potencial para influenciar de forma grave a paz de espírito dos autores.

Em que se pese a necessidade de ajuizamento de demanda judicial não seja ato que possa ser admitido como harmonioso em relação à reserva anímica, a circunstância de a ré não ter cumprido o contrato à risca não é suficiente para implicar o reconhecimento da ocorrência de abalo moral com aptidão indenizatória. Ademais, o panorama que se apresentou nos autos a partir do exame dos fatos não revelou qualquer conduta da ré que desbordasse da hipótese de descumprimento contratual puro e simples. Corolário, o dano moral não se patenteou nos autos.

Em decorrência de se considerar inexistente qualquer dano moral, a análise do recurso adesivo dos autores, no qual pediram o aumento da indenização, restou prejudicada.

Por fim, o corréu Júlio não propôs aos autores na audiência de conciliação a troca do equipamento avariado e o respectivo transporte sem custo para eles. Infere-se do termo de audiência (fl. 226) que a preposta do citado réu apenas pugnou pela juntada do laudo de constatação de avaria na máquina de sorvete transportada pela corré, nada mais além disso.

Portanto, essa afirmação da ré restou isolada e não comprovada nos presentes autos e não interfere, de qualquer forma, no desate da lide.

Corolário, reforma-se parcialmente a sentença para o fim de ser dela excluída a condenação da transportadora ré no pagamento de indenização por danos morais aos autores. Pela sucumbência recíproca, cada parte arcará com os honorários de seus respectivos procuradores - o que se dá porque, como anotado, a regência do tema é do CPC de 1973.

Nestes moldes, **dá-se parcial provimento ao recurso da ré, com observação, prejudicado o conhecimento do recurso dos autores.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003758-84.2014.8.26.0296, da Comarca de Jaguariúna, em que é apelante NAZIRA DE ALMEIDA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado EDSON JOSE VERSORI.

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 26621)**

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

São Paulo, 23 de maio de 2018.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - Sentença de parcial procedência - Insurgência - Compensação - Elementos dos autos que comprovam a existência das dívidas que se pretende compensar, inexistindo prova de quitação, já que a declaração de imposto de renda constitui declaração unilateral e a tanto não se presta - Dívidas vencidas, líquidas e certas, entre credores e devedores recíprocos, devendo-se extinguir as obrigações até onde se compensem (ipso iure), com fundamento e inteligência dos artigos 368 e 369 do Código Civil - Decisão mantida - Sucumbência majorada - Apelo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 198/201, que nos autos dos Embargos à Execução, opostos por Edson José Versori, o juiz sentenciante proferiu: "*Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os embargos à execução, para extinguir parcialmente a dívida cobrada na execução, pela compensação parcial do crédito do executado com a exequente, no valor de R$ 237.000,00 (duzentos e trinta e sete mil reais); o débito a ser compensado deverá ser corrigido monetariamente pela tabela do TJSP desde dezembro de 2011, com juros de mora legais, e após a atualização ser deduzida do débito executado*".

Inconformada apela a embargada aduzindo em síntese (fls. 206/224): *(1) que o recorrido pretendeu compensar a dívida da execução em discussão, com supostos valores a receber da recorrente; (2) que o recorrido alegou que a recorrente inseriu em sua declaração de imposto de renda 2011/2012 duas dívidas em relação ao recorrido, totalizando o valor de R$ 237.000,00, sendo R$ 137.000,00 provenientes de suposto empréstimo e R$ 100.000,00 de uma suposta dívida com terceiro; (3) que quanto a juntada das declarações de imposto de renda, são documentos confidenciais da recorrente e foram objeto de furto por parte do recorrido; (4) que se trata de prova ilícita, obtida sem o consentimento da recorrente e sem autorização judicial, devendo ser desconsiderada; (5) que o juiz entendeu que a recorrente confessou a dívida em sua impugnação, fato*

Acesso ao Sumário

que não ocorreu; (6) que a recorrente apenas exerceu seu direito de defesa, apresentando argumentos e pontos alternativos; (7) que tentou demonstrar que referidas dívidas não são devidas; (8) que apresentou dois pontos para afastar as supostas dívidas como passíveis de compensação: a ilegalidade na juntada de documentos sigilosos da recorrente e invocando o princípio da eventualidade, a quitação integral da suposta dívida; (9) que a recorrente nunca reconheceu dívida alguma e apenas apresentou argumentos, visando invalidar a tentativa desesperada do recorrido de abater a dívida reconhecida pela nota promissória; (10) que não tem cabimento a execução de um título perfeitamente válido e reconhecido pelo recorrido sofrer abatimento em seu valor, com base em declaração de renda, sem que tenha que juntar o comprovante do suposto empréstimo que realizou, no vultoso valor de R$ 237.000,00; (11) que a sentença entendeu que a simples declaração de imposto de renda posterior com quitação da dívida não comprova a quitação dos supostos empréstimos, mas o recorrido também não comprovou documentalmente os supostos empréstimos; (12) que um dos supostos empréstimos sequer era do proveniente do recorrido, mas sim de um terceiro, o que também não foi comprovado nos autos. Clama pela reforma da decisão.

Recurso formalmente em ordem, devidamente processado, deferido o recolhimento das custas para o final às fls. 302 e apresentada reposta às fls. 231/257.

Realizada intimação nos termos da Resolução 549/2011 (fls. 306); sem insurgência.

É o relatório do necessário.

2. Aduz o embargante que emitiu o título de crédito executado, entretanto a pretensão da embargada não merece prosperar, eis que possuem créditos a compensar, restando inclusive saldo a seu favor.

Alega conforme consta da declaração de imposto de renda deste embargante, no ano de 2011 havia um crédito a receber da embargada no importe de R$ 237.000,00 e o mesmo débito é confessado na declaração de imposto de renda da embargada, como comprovam as declarações.

Informa que consta da declaração da embargada uma dívida no valor de R$ 137.000,00, proveniente de empréstimo junto ao embargante e outra no valor de R$ 100.000,00 junto ao Sr. Luiz Adolfo Baschera. Ocorre que o embargante emprestou referida quantia a embargada para quitação da dívida, ficando a embargada devedora de referida quantia também ao embargante.

Aduz que referido documento ficou em seu poder, eis que durante a vida em comum as declarações de imposto de renda eram guardadas juntas.

Disse ainda, que no ano de 2011 realizou diversos depósitos na conta da embargada a título de empréstimo, totalizando o valor de R$ 15.148,00,

Acesso ao Sumário

assim sendo seu crédito em 2011 com a embargada era de R$ 252.148,00, ou seja, maior do que o da embargada. Pretende a compensação dos créditos e consequente baixa no protesto da nota promissória (fls. 02/30).

Recebidos os embargos sem efeito suspensivo (fls. 49).

Apresentada impugnação aos embargos aduzindo (fls. 54/64): *"Em relação à juntada das declarações de renda de folhas 14 a 17 (...) trata-se de prova ilícita, obtida sem o consentimento da exequente/embargada e sem autorização judicial, devendo ser desconsiderada.* ***No entanto, caso este juízo assim não entenda, o que se admite por amor ao debate, ocorre que referidos valores já foram totalmente quitados, conforme consta nas declarações de 2012/2013, cuja dívida foi paga parcialmente e reduzida a R$ 35.000,00 e na declaração de IRPF 2013/2014, quando a dívida foi integralmente quitada" (fls. 55)***.

Manifestação do embargante (fls. 70/93); determinada a especificação de provas (fls. 96), a embargada pede a produção de prova oral (fls. 99) e o réu a produção de prova oral e expedição de ofício a Delegacia da Receita Federal (fls. 102); saneado o feito e designada audiência para colheita de prova oral (fls. 131/132); realizada audiência (fls. 188/189); sobrevindo sentença de parcial procedência, da qual se insurge a embargada.

Conhece-se do recurso interposto, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O recurso, contudo, não merece provimento.

Em detida análise dos autos tem-se que o magistrado deu à lide justa solução, pois, ao contrário do aduzido em suas razões recursais, confessou, sim, a recorrente a existência de dívida para com o recorrido, não se desincumbindo, contudo, do ônus que lhe competia de comprovar a quitação.

Da simples leitura de sua impugnação - fls. 55 - a apelante de forma expressa afirma: "*que referidos valores já foram totalmente quitados, conforme consta nas declarações de IRRF 2012/2013, cuja dívida foi paga parcialmente e reduzida a R$ 35.000,00 e na declaração de IRPF 2013/2014, quando a dívida foi integralmente quitada*".

Ora, evidente que se a apelante alega a quitação da dívida informada pelo apelado, colacionando cópias de suas declarações de imposto de renda (fls. 61/62), é porque reconhece ser devedora do débito.

Contudo, como muito bem anotado pelo magistrado, a simples declaração de imposto de renda não basta para comprovar a quitação, uma vez que se trata de documento unilateralmente produzido pela embargada.

Com efeito, a declaração de imposto de renda é mero indício, cuja comprovação carece de complementação por constituir declaração unilateral.

Acesso ao Sumário

E, conforme se infere do artigo 320 do Código Civil, o pagamento prova-se por escrito, visto que o devedor tem o direito à quitação regular, que designará o valor a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou a quem este pagou, o tempo, o lugar do pagamento, a assinatura do credor, ou do seu representante.

Na hipótese, não trouxe a apelante nenhum outro documento apto a comprovar a alegada quitação da dívida por ela confessada, já que, como acima anotado, a declaração de imposto de renda a tanto não basta e, ademais, forçoso reconhecer que não é crível que a apelante tenha pago mais de R$ 200.000,00 e não tenha um comprovante de depósito ou um recibo de pagamento.

Outrossim, da detida análise do caderno processual, verifica-se que se por um lado a apelante Nazira de Almeida trouxe o abatimento da dívida (de R$ 237.000,00, para R$ 35.000,00) na declaração de 2012/2013 e a quitação na declaração de 2013/2014 (fls. 61/62), o apelado Edson José Versori, nos mesmos anos, manteve em sua declaração de imposto de renda o crédito no valor original de R$ 237.000,00 (fls. 76/82).

Logo, impossível reconhecer a quitação da dívida, como pretende a apelante, por meio apenas de sua declaração de imposto de renda e, uma vez que alega o pagamento, trouxe para si o ônus de comprovar referida quitação, do qual não se desincumbiu.

E, aqui oportuna lição do sempre brilhante doutrinador Humberto Theodoro Júnior:

"*No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.*". (Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 462).

Anote-se, ainda, que não há que se falar em valoração diversa para a mesma prova - declaração de imposto de renda - posto que como muito bem anotado pelo magistrado: *"E nem se fale que age erroneamente este juízo ao reconhecer como prova da existência do crédito do embargante as declarações de imposto de renda das partes juntadas com a inicial e agora não valora tal prova para reconhecer o pagamento do crédito.* ***Isso porque o reconhecimento do crédito do embargante decorre da confissão da embargada exarada na***

Acesso ao Sumário

impugnação e não no documento por ele apresentado*". (g.n)*

Por derradeiro, perfeitamente cabível o direito de compensação entre as dívidas líquidas, certas e exigíveis, com fulcro nos artigos 368 e 369 do Código de Processo Civil:

"*Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.*

Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis".

Sobre o instituto da compensação ensina Carlos Roberto Gonçalves (Direito Civil Brasileiro; vol. 2: teoria geral das obrigações - São Paulo, Saraiva, 2004, p. 325/333):

"*Compensação é o meio de extinção de obrigações entre pessoas que são ao mesmo tempo, credor e devedor uma da outra. Acarreta a extinção de duas obrigações cujos credores são, simultaneamente, devedores um do outro. É modo indireto de extinção das obrigações, sucedâneo do pagamento, por produzir o mesmo efeito deste. (...) A compensação visa eliminar a circulação inútil de moeda evitando duplo pagamento. (...) Os requisitos da compensação legal, que valem também para a compensação judicial, são: a) reciprocidade de créditos; b) liquidez das dívidas; c) exigibilidade das prestações; d) fungibilidade dos débitos (homogeneidade das prestações devidas)" (...) Em regra, a diversidade da causa debendi (razão pela qual foi constituído o débito), não impede a compensação das dívidas. Se ambas são da mesma natureza (em dinheiro, por ex., líquida e vencíveis), compensam-se, ainda que a causa de uma delas seja o mútuo e a outra uma compra e venda*".

Assim, no caso em análise perfeitamente viável a compensação entre os valores devidos, devendo-se extinguir as obrigações até onde se compensem (*ipso iure*), nos termos dos artigos 368 e 369 do Código Civil como muito bem determinou o magistrado primevo.

Desse modo, mantém-se íntegra a sentença cuja reforma se persegue.

Por fim, nos termos do artigo 85, parágrafo 11º, do Novo Código de Processo Civil, são devidos honorários recursais, cumulativos, ao vencedor.

Bem por isso, e considerando os critérios objetivos fixados pela própria lei para fixação dos novos honorários na fase recursal e considerando, igualmente, as peculiaridades da causa, majoram-se os honorários ao patrono do vencedor em mais 5% do valor da condenação.

3. Destarte, **nega-se provimento ao recurso.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000280-51.2009.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante RENATA LUCIA DE OLIVEIRA, é apelado W R MARGONARI ME.

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 25300)**

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

São Paulo, 24 de maio de 2018.

MARINO NETO, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - DUPLICATA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - APELAÇÃO - Autora que alega ter sido surpreendida com o protesto de uma duplicata no valor de R$ 3.512,00, porque nunca celebrou nenhum negócio jurídico com a ré - Na contestação, a ré afirmou que foi contratada pela autora para a prestação de serviços de pintura em alumínio e juntou aos autos nota fiscal de serviços - Protesto realizado em exercício regular de direito - Ausência de ato ilícito a ensejar a responsabilização da ré - Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença (fls. 95/96) que julgou improcedente ação de indenização por danos materiais e morais c.c. sustação de protesto[1], ajuizada por **Renata Lúcia de Oliveira** em face de **W. R. Margonari Me**, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, respeitada a gratuidade de justiça concedida.

Na petição inicial a autora narra que foi surpreendida com o protesto de uma duplicata (DMI N° 2545-1-5) no valor de três mil, quinhentos e doze reais (R$ 3.512,00), pois nunca celebrou nenhum negócio com a empresa ré.

Na contestação, a ré alegou que foi contratada para prestar serviços de

Acesso ao Sumário

1 Valor da causa: R$ 3.512,00, janeiro de 2009. Sentença disponibilizada no DJE de 29/08/2016.

pintura em alumínio, no valor de dezessete mil, quinhentos e sessenta reais (R$ 17.560,00), para pagamento em cinco parcelas de R$ 3.512,00 cada, juntando aos autos cópia da nota fiscal. Além disso, a ré instruiu a resposta com um cheque que comprovaria que as partes já celebraram outros negócios.

A ré também trouxe cópia da sentença proferida no proc. n° 927/09, que tramitou no Juizado Especial Cível de Catanduva, que julgou improcedente ação de indenização por danos moral e material, relativa a outra duplicata referente ao mesmo serviço de pintura.

Nas razões de apelação, a autora reitera os argumentos narrados na inicial e requer a procedência da ação.

Recurso respondido.

O feito foi primeiramente distribuído a C. 38ª Câmara de Direito Privado que declinou da competência em razão de prevenção a esta C. 11ª Câmara de Direito Privado.

É o relatório.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça: "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

No caso em exame, observa-se que o Juízo *a quo* analisou detidamente os elementos constantes dos autos, corretamente concluindo pela improcedência da ação.

Isso porque a ré comprovou que existe negociação entre as partes, a contrariar as alegações da autora.

A nota fiscal mostra o valor de R$ 17.560,00, o qual teria sido dividido em 5 parcelas, cada qual justamente no valor da duplicata, ou seja, R$ 3.512,00.

Ademais a questão já foi tema de julgamento por esta C. 11ª Câmara quando da apreciação da Apelação nº 9000012-38.2009.8.26.0132 que tratou da exigibilidade da duplicata 2545-2-5.

E mais não é preciso dizer para que seja mantida, por seus próprios fundamentos, a r. sentença recorrida.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

Em atenção ao artigo 85, §§ 1º e 11 do Código de Processo Civil, majora-se os honorários devidos **pela autora apelante** para 20% do valor da causa, respeitada a gratuidade de justiça concedida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004479-11.2017.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante AEROVIAS DE MÉXICO S/A DE C. V. AEROMEXICO, é apelada NILCEIA SIVIERO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.464)**

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

São Paulo, 24 de maio de 2018.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - Transporte aéreo - Responsabilidade da empresa contratada pelos danos causados por companhia aérea que ela própria escolheu para realizar o voo - Atraso de dois dias para retorno da autora ao Brasil - Falha na prestação do serviço - Dano moral configurado - Manutenção da indenização fixada em primeiro grau - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença, disponibilizada no DJE em 23/01/2018, cujo relatório se adota, que, em "*ação de reparação de danos*" proposta por NILCEIA SIVIERO contra AEROVIAS DE MÉXICO S/A DE C. V. AEROMEXICO, julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a ré a pagar à autora o valor de R$ 15.000,00, a título de dano moral, com correção monetária desde a data da sentença e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. A ré ainda foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da condenação (fls. 276/279).

Recorre a ré. Alega a ocorrência de culpa exclusiva de terceiro, não podendo ser responsabilizada por ato atribuível somente à empresa WestJet. Sustenta que a autora não comprovou os supostos danos sofridos, nem qualquer situação apta a autorizar a indenização pleiteada. Afirma que o dano hipotético, sem comprovação, não é passível de reparação. Aduz que os fatos narrados

Acesso ao Sumário

na inicial constituem mero desconforto. Defende que o ordenamento jurídico nacional impede a concessão de indenização por danos morais a título punitivo (fls. 282/297).

Recurso recebido e contrariado (fls. 304/311).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir.

Consigna-se que a r. sentença assentou corretamente:

"*A prova documental produzida pela autora (p. 19/26) comprova que contratou com a ré o serviço de transporte aéreo entre as cidades de Guarulhos (no Brasil) e a de Toronto (no Canadá), tanto na ida quanto na volta.*

O fato de parte do trecho aéreo ter sido operado por companhia aérea distinta - no caso, WestJet Encore -, não retira a responsabilidade da ré. Isso porque a companhia aérea terceirizada foi escolhida exclusivamente pela companhia aérea contratada (Aeroméxico). Logo, a ré é responsável pelo fato de terceiro. Por essa razão, a tese de culpa exclusiva de terceiro não se sustenta.

Pela prova documental que instrui a inicial (p. 19), observa-se que o voo de retorno da autora deveria sair da cidade de Quebec (Canadá) no dia 30/05/2017, às 6h. Todavia, o voo de retorno somente ocorreu no dia 01/06/2017 (p. 27), ou seja, dois dias depois.

A ré, por outro lado, não demonstrou que proporcional assistência integral e adequada à autora, de modo a minimizar os incômodos e prejuízos causados pelo vício do serviço.

Assim, diante do fato retratado nos autos, fica evidente que a situação vivenciada pela autora, que estava em país estrangeiro, em procedimento de retorno ao lar, transcendeu ao mero dissabor" (277/278).

De fato, o contrato de transporte aéreo foi celebrado entre a autora e a ré (fls. 19/26).

Na condição de empresa contratada, a ré responde pelos danos causados pela companhia aérea que ela própria escolheu para realizar o voo descrito na inicial, devendo ser afastada a alegação de culpa exclusiva de terceiro.

No caso, em razão de falha na prestação do serviço, a autora somente conseguiu retornar de Quebec (Canadá) a São Paulo dois dias depois da data inicialmente prevista, sendo incontroverso que nesse período lhe foi oferecida hospedagem, mas não alimentação.

Ademais, restou provado que, em razão do atraso no voo, a autora perdeu

Acesso ao Sumário

o aniversário de sua genitora (fls. 16).

Nesse contexto, não se pode considerar que os transtornos enfrentados pela autora configurem mero aborrecimento, impondo-se a responsabilização da requerida pelo dano moral experimentado pela requerente.

A fixação do dano moral deve ser ponderada, visando inibir a repetição da conduta danosa, sem importar enriquecimento sem causa do lesado.

Assim, considerando as circunstâncias do caso, e tendo em vista os padrões de quantificação de ressarcimento reiteradamente adotados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça e por esta Câmara, tem- se que o valor de R$ 15.000,00 fixado na r. sentença revela-se adequado aos fins colimados.

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1107972-47.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado RENATO CELESTINO (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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.112)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores THIAGO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), CARLOS ABRÃO e TAVARES DE ALMEIDA.

São Paulo, 25 de maio de 2018.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Empréstimos consignados - Autorização para débito das prestações dos empréstimos tomados pelo autor - Descontos, todavia, que não podem superar o percentual admitido por esta Egrégia 14ª Câmara de Direito Privado de 30% dos rendimentos líquidos do autor - Prevalência da Lei Federal nº 10.820/03 sobre o Decreto estadual nº 51.314/06, revogado, mais tarde, pelo Decreto nº 60.435/2014, alterado, por sua vez,

pelo Decreto nº 61.470/2015 - Limitação, aliás, que não implica em perdão de parte da dívida, mas tão-somente o alongamento dos prazos de amortização, com adequação do valor das prestações, que deverão ser observados para fins de novos empréstimos (e margem consignável) que porventura venha o autor pretender tomar junto ao mercado financeiro - Verba honorária que comporta redução - Recurso do banco provido, em parte.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada por Renato Celestino contra Banco do Brasil S.A., para limitar os descontos dos contratos firmados em 30% dos rendimentos líquidos do autor, que, pela r. sentença de fls. 135/137, proferida pelo d. magistrado SWARAI CERVONE DE OLIVEIRA, cujo relatório se adota, foi julgada procedente, carreando ao banco a sucumbência de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Irresignado, apelou o banco batendo, em apertada síntese, pela improcedência da pretensão, ao principal argumento de que deve prevalecer o que fora livremente pactuado entre as partes, em obediência ao princípio do *pacta sunt servanda*. Aduz, ainda, caso mantida a limitação dos descontos, deve ser observado o disposto no Decreto nº 60.435/2014, que admite margem consignável de 50% dos vencimentos do servidor público. Pede, por fim, seja reduzida a condenação imposta a título de honorários de advogado.

Recurso bem processado, acusando resposta, subiram os autos.

É o relatório.

Efetivamente, não se pode negar que há contratos firmados entre as partes, que autorizam os descontos das parcelas dos empréstimos. Não se demonstrou coação na subscrição dos contratos e tampouco se vê ofensa a normas do Código de Defesa do Consumidor, de modo que, em princípio, devem eles ser cumpridos.

Todavia, embora admitidos os descontos das prestações dos empréstimos, porque autorizados pelo autor, penso que deve ser mantida a orientação adotada por esta E. Câmara em casos análogos, independente do tipo de desconto (débito em conta corrente ou débito direito na fonte pagadora), já que não pode a instituição financeira se apropriar de parte considerável dos rendimentos do autor, pois atinge recursos que servem à sobrevivência do cliente e colocaria o banco em posição de credor especialmente privilegiado.

Dessa forma, o total dos descontos realmente não pode ultrapassar

Acesso ao Sumário

o percentual de 30% do valor dos rendimentos líquidos do autor, limite de desconto que vem sendo admitido por essa E. 14ª Câmara de Direito Privado para esse tipo de negociação, até a satisfação da dívida.

Nem se argumente que a limitação dos descontos tem que observar o disposto em Decreto Estadual, porque, conforme já decidiu esta E. 14ª Câmara de Direito Privado, é "...necessário observar a limitação máxima de 30% de constrição, nos termos da Lei Federal nº 10.820/03, que, pela hierarquia das normas, e por analogia jurisprudencialmente reconhecida, prevalece sobre o Decreto Estadual 51.314/06 (vigente à época da contratação), o qual, a propósito, foi revogado pelo Decreto 60.435/14, mais tarde alterado pelo Decreto 61.470/2015." (cf. Apel. 1021403-71.2015.8.26.0005, Rel. Des. Carlos Abrão).

O fato é que o banco tinha o dever de verificar se o mútuo excedia o limite consignável, avaliando previamente a capacidade financeira do contratante, e a limitação dos descontos a 30% dos vencimentos líquidos do autor não significa o perdão de parte da dívida, mas tão somente o alongamento dos prazos de amortização, que deverão ser observados para fins de novos empréstimos - e margem consignável - que porventura venha o autor pretender tomar junto ao mercado financeiro.

Por fim, realmente exagerada a condenação imposta a título de verba honorária de sucumbência (10% sobre o valor da causa - R$118.986,81), em razão de causa que não revela nenhuma complexidade, além do tema estar pacificado; assim, tendo em conta os serviços prestados, a natureza e finalidade da demanda, grau de zelo do profissional, os honorários advocatícios são fixados, por apreciação equitativa, em R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), prejudicada, inclusive, a pretensão do apelado de majoração da verba com fundamento no §11 do art. 85, do CPC.

Pelo exposto, dou provimento, em parte, ao recurso da instituição financeira.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000146-58.2016.8.26.0262, da Comarca de Itaberá, em que é apelante J.C.D., é apelado E.E.S. 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, ficando, em consequência disso, majorados os honorários advocatícios arbitrados em favor do patrono da parte apelada, observada a gratuidade conferida ao apelante, V.U.", de conformidade com o

voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25518)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA LOPES (Presidente) e JOÃO BATISTA VILHENA.

São Paulo, 4 de junho de 2018.

PAULO PASTORE FILHO, relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Julgamento antecipado da lide - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Conjunto probatório dos autos que não autoriza o acolhimento da pretensão indenizatória - Impossibilidade de responsabilização da apelada pelos danos materiais afirmados, pois decorrentes de conduta assumida pelo próprio apelante - Dano moral não caracterizado - Sentença mantida - Recurso não provido, com aplicação do art. 85 do novo CPC, que, em seus §§ 1º e 11, prevê a majoração dos honorários advocatícios na fase recursal.

VOTO

O apelante pretende a modificação da r. sentença de fls. 83/90, cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte o pedido, para o fim de, "*confirmando a tutela antecipada concedida a fl. 30, determinar que a requerida cumpra o contrato de fls. 13/15, realizando as obras necessárias e instalando a rede elétrica pactuada, no prazo máximo de 30 dias, sob de multa diária fixada em R$200,00 (duzentos reais), limitada a R$20.000,00 (vinte mil reais)*", tendo sido afastada a pretensão relativa aos danos materiais e morais.

Afirma que a r. decisão não pode prevalecer, argumentando, em primeiro lugar, que houve violação ao direito de produção de provas, devendo, por isso, ser decretada a nulidade da decisão, sob pena de se coroar o cerceamento de defesa.

Depois, sustenta, em síntese: serem aplicáveis à hipótese os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, inclusive o que estabelece a inversão do ônus probatório; que comprovou os fatos constitutivos de seu direito, quais sejam, celebração de contrato de prestação de serviços com a apelada, serviços esses que não foram realizados, não obstante ele tenha cumprido a sua parte, efetuando o pagamento do valor ali estabelecido; que a recorrida não demonstrou fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, na medida em que reconheceu a obrigação por ela assumida, tanto que tentou justificar os

Acesso ao Sumário

retardamentos da obra; que o atraso na prestação de serviços que já haviam sido pagos caracteriza dano moral indenizável; que o dano material se deu 06 meses após a contratação, ou seja, quando a apelada já estava em mora, sendo patente, portanto, o dever de indenizar.

Recurso regularmente processado e contrariado.

É o relatório.

O recurso não merece prosperar.

Antes do mais, não há se falar em cerceamento de defesa.

A eventual colheita de provas, ainda que regularmente especificadas, deve ficar a critério do magistrado, que determinará a produção das que entender necessárias ao deslinde da causa, dispensando as que julgar protelatórias ou inúteis para tanto.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal que a necessidade da produção de prova há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do Magistrado (RE nº 101.171-8/SP, Rel. Min. Francisco Rezek).

Veja-se, no mesmo sentido, entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "*Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, devidamente fundamentado, sem a produção das provas tidas por desnecessárias pelo juízo, uma vez que cabe ao magistrado dirigir a instrução e deferir a produção probatória que considerar necessária à formação do seu convencimento.*" (AgInt no AREsp 814657/SC, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 06.10.2016, DJE 17.10.2016).

No caso em tela, o MM. Juiz entendeu suficientes para fundamentar sua decisão os elementos já existentes nos autos, razão pela qual dispensou a produção de outras provas.

E não poderia ter decidido de forma diversa.

Isso porque, analisando-se o conjunto probatório amealhado, verifica-se que foi a conduta do próprio apelante que deu causa aos prejuízos que ele afirma haver experimentado.

Como muito bem dispôs o D. Magistrado:

"*Com efeito, embora seja incontroverso nos autos o contrato celebrado entre as partes visando a ampliação do fornecimento elétrico, bem como o prazo pactuado, é certo ainda que os danos ocorreram não em razão do inadimplemento contratual por parte da requerida, mas sim em razão da conduta adotada pelo próprio autor.*

Isso porque, ciente de que sua instalação elétrica não suportava a produção para duas estufas, o autor mesmo assim resolveu arriscar e passou

Acesso ao Sumário

a produzir na nova estufa sem a instalação adequada, pouco tempo após ter solicitado a instalação.

Nesse sentido, o próprio laudo trazido pelo autor afirma que '(...) A segunda estufa, teve sua construção concluída no início de junho de 2015 e transplantio concluído no final do mesmo mês, com colheita iniciada em outubro de 2015, quando no mês de dezembro de 2015 o motor utilizado queimou, pelos motivos apontados abaixo, comprometendo a produtividade dessa estufa (...)' (fl. 22).

Ou seja, o autor passou a plantar na segunda estufa, recém construída, no final de junho de 2015, ainda dentro do prazo previsto para início das obras necessárias para a instalação elétrica solicitada, cujo prazo para início era de até 45 dias a partir de 28/05/2015.

Portanto, ao contrário do que afirmou em sua inicial, o autor não aguardou por vários meses a instalação solicitada. Apenas um mês depois de ter pactuado o aumento de sua carga elétrica já passou a produzir no novo local, utilizando da carga elétrica prevista para uma única estufa, conforme era de seu conhecimento".

Destarte, ainda que se admita, como entende o apelante, ter aplicação à hipótese o Código de Defesa do Consumidor, não há mesmo como se responsabilizar a apelada pelos danos materiais afirmados na inicial, ainda que estes tenham ocorrido quando ela já se encontrava em mora.

Reproduzindo o fundamento adotado pela r. sentença, por sua exatidão:

"*O dano decorreu de ato praticado pelo autor, que preferiu assumir o risco de produzir sem a necessária instalação elétrica.*

Existiria ato ilícito imputável à requerida caso o autor, deixando de produzir na nova estufa, pleiteasse indenização por lucros cessantes, após o transcurso do prazo máximo estipulado contratualmente, em razão de ter sido impedido de produzir pela ausência de instalação.

Poderia também o autor, verificada a mora, ajuizado ação visando à obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada visando a compelir a requerida a realizar a obra, mas tudo isso antes de realizar qualquer plantação no local.

Não foi, porém, o que ocorreu.

O autor traz como causa de pedir e pedido as perdas verificadas em sua produção (danos emergentes), quantificando o prejuízo em razão de baixa produção na estufa 1 (a antiga) e perda das mudas plantadas na estufa 2 (a nova), conforme laudo de fl. 23.

Ora, se houve baixa produção na estufa 1 e perda das mudas na estufa 2, em razão da queima do motor, tal dano decorreu de ato praticado

Acesso ao Sumário

pelo próprio autor que preferiu arriscar e produzir com a instalação elétrica subdimensionada".

Portanto, não há mesmo nexo de causalidade entre a mora da apelada e os danos materiais reclamados.

Também agiu com acerto o r. juízo de origem ao afastar a pretensão relativa ao dano moral.

Para se reconhecer a existência de direito à indenização por dano moral, é necessário que se constate ter havido lesão à intimidade da pessoa, à sua privacidade, à sua honra e imagem, o que não se verifica no caso.

Ademais, como bem mencionado na sentença, apenas o descumprimento contratual, sem que ele seja a causa de atentado ao patrimônio imaterial do contratante, não enseja reparação por dano moral.

O C. Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu: "*Civil. Dano moral. O inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais, não danos morais, cujo reconhecimento implica mais que os dissabores de um negócio jurídico frustrado*" (REsp. n. 201414/PA, Rel. Min. Ari Pargendler).

Diante destas considerações, os argumentos trazidos pelo apelante são absolutamente insuficientes para justificar a alteração da bem lançada r. sentença.

Tendo em vista a sentença haver sido proferida já na vigência do novo Código de Processo Civil, de rigor a aplicação do art. 85 do referido *codex*, que, em seus §§ 1° e 11, prevê a majoração dos honorários advocatícios na fase recursal.

Dessa forma, e considerando-se que os honorários foram arbitrados pela sentença no patamar mínimo, ficam eles majorados para 15% sobre o valor da causa atualizado.

Ressalte-se, por fim, que, ao interpor o recurso de apelação já na vigência do novo CPC, o apelante sabia da possibilidade de não provimento do apelo e, nesse caso, da consequente majoração dos honorários advocatícios arbitrados em favor do patrono da parte contrária, cuja finalidade, como bem destacam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, é "*de evitar recursos abusivos (mesmo havendo já a multa em razão da litigância de má-fé e pela interposição de embargos de declaração protelatórios*)" (idem, nota 43 ao artigo 85, § 11, p. 437).

Se, ainda assim, optou por apresentar o recurso, assumiu o risco de ver sua condenação na verba honorária aumentada e, portanto, deve pagar pelo trabalho desenvolvido pelo advogado de seu adverso em grau recursal. Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, ficando, em consequência disso, majorados os honorários advocatícios arbitrados em favor do patrono da parte apelada, nos termos acima lançados, observada a gratuidade conferida ao apelante.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006902-15.2015.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que são requerentes MARIA DE FATIMA SANTOS, FABIO FERREIRA DOS SANTOS, VIVIAN FERREIRA DOS SANTOS, MICHEL FERREIRA DOS SANTOS e AMILTON FERREIRA DOS SANTOS, é requerido VAGNER ALFREDO ZAPPONI (ESPÓLIO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.313)**

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

São Paulo, 4 de junho de 2018 .

CAUDURO PADIN, Relator

Ementa: Ação de reintegração de posse. Ação julgada improcedente. Apelantes não provaram exercício da posse. Esbulho não configurado. Posse mansa e pacífica do réu confirmada por documentação e depoimento de testemunha. Cedidos os direitos sobre o imóvel à companheira do réu, através de instrumento particular, há mais de 30 anos. Exegese do artigo 373, I, do CPC. Majoração dos honorários advocatícios. Manutenção da r. sentença combatida, inclusive quanto à multa por litigância de má-fé. Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação contra a sentença de fls. 288/292, que julgou improcedente o pedido inicial, condenando os autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00, além de multa por litigância de má fé em 10% do valor atualizado da causa.

Recorrem os réus (fls. 304/309).

Sustentam, em breve síntese, que o réu não provou a legitimidade de sua posse; que o réu se apropriou clandestinamente de bem imóvel alheio, passando

a destina-lo à locação de terceiros; que os documentos juntados na fase de instrução não são idôneos; as cessões aventadas pelo apelado não levaram em conta a hipoteca registrada na matrícula do imóvel e não há anuência do credor hipotecário; que são os únicos e legítimos proprietários do bem, conforme Certidão do 12º Registro de Imóveis (fls. 24/26); que no registro imobiliário não consta nenhuma transmissão, a qualquer título, da SDR Empreendimentos para o Sr. Vagner; que foi o apelado quem litigou de má-fé ao apresentar documentos forjados; não há prova de pagamento, seja da suposta Cessão de Direitos do imóvel ou de IPTU. Pretende a reforma da r. sentença a fim de que seja julgado procedente o pedido inicial.

Em juízo de admissibilidade verifica-se que o recurso é tempestivo e foi regularmente processado, com recolhimento do respectivo preparo.

Sobreveio resposta do réu às fls. 328/331.

É o relatório.

Interpuseram os autores a presente ação de reintegração de posse alegando serem legítimos proprietários do imóvel localizado à Rua Tapuirana, nº 8, Itaim Paulista, nesta Comarca, adquirido em 28 /09 /1979 por Edemir Ferreira dos Santos, junto com sua esposa Maria de Fátima Santos e seu irmão Amilton Ferreira dos Santos, através do "Instrumento Particular de Compra e Venda, Confissão de Dívida, Pacto Adjeto de Hipoteca, Cessão de Crédito e Outras Avenças" copiado às fls. 28/40.

O réu integrou os autos afirmando que os autores cederam os direitos sobre o imóvel à Sra. Elizabete Aparecida Catto em 1983 - de quem era então companheiro -, mediante "Instrumento Particular de Promessa de Cessão e Transferência de Direitos". Instruiu sua manifestação com os documentos de fls. 94/121.

Em sede de instrução, foram ouvidos os autores Maria de Fátima e Amilton, além de uma testemunha arrolada em nome do réu (Srª. Vanda) e outra arrolada pelos autores (Sr. Weslley), esse ouvido na qualidade de informante apenas (conforme mídia digital anexada aos autos).

Acesso ao Sumário

Sobreveio a prolação da r. sentença, na qual o Mm. Juiz *a quo* entendeu pela improcedência da pretensão exordial, considerando que os autores não exercem a posse sobre o imóvel, ao contrário do réu.

Pois bem.

Não se verifica a presença dos requisitos do esbulho possessório, necessários ao eventual deferimento da reintegração pretendida.

A legitimidade da posse exercida pelo Sr. Vagner restou comprovada nestes autos, pelos documentos que instruíram o feito, e confirmada pelo depoimento da testemunha arrolada.

A autora, por outro lado, afirmou que deixou o imóvel, junto com sua família, por volta do ano de 1985 (em seu depoimento não soube precisar a data) e lá não mais retornaram e nenhuma destinação deram ao bem ao longo dos anos.

Fato é que não demonstrou que ela ou seus familiares tenham exercido qualquer ato de posse por mais de três décadas.

Em que pese afirmar que pagava o IPTU, não há prova nesse sentido anterior ao ano de 2015, quando interpôs tanto esta ação quanto a de inventário dos bens de seu falecido esposo. O réu, por sua vez, comprovou que já arcava com o imposto em oportunidade muito anterior, ao menos desde 2006, como se vê pelos documentos de fls. 108/110 (juntou outros documentos com data anterior, porém deles não consta seu nome).

Inclusive, a "Certidão de Dados Cadastrais do Imóvel" emitida pela Prefeitura de São Paulo, trazida aos autos por ela própria (fl. 27), identifica como contribuinte o Sr. Vagner.

Mais importante é o fato de que os autores negociaram o imóvel com a Sra. Elisabete, à época companheira do Sr. Vagner, através do documento copiado ás fls. 94/95, o qual está firmado pelas partes. Os autores confirmaram que as assinaturas são "semelhantes" às suas, mas negam que tenham cedido os direitos sobre o imóvel. No entanto, oportunizada a produção de provas, não suscitaram a falsidade das firmas, como lhes cumpria.

A testemunha ouvida atestou que os familiares do réu ocuparam o bem, por certo período, e depois esse passou a locá-lo, lá comparecendo com frequência para receber os aluguéis.

Pelo documento de fls. 144/145, a Sra. Elizabete confirma que cedeu a ele seus direitos sobre o imóvel "desde o início do ano de 1983".

Assim, evidente que o réu (já falecido) exercia, há tempo considerável, a posse mansa e pacífica, enquanto os autores pretendem a desocupação do bem, repita-se, cujos direitos foram cedidos à terceiro há mais de trinta anos.

Assim é que as argumentações genéricas e superficiais, desacompanhadas de suficiente conteúdo probatório, sem que os autores tenham se desincumbido do ônus que lhe competia por força do artigo 373, I, do Código de Processo Civil, não são bastantes a conduzir à adoção de entendimento diverso do proferido pelo julgador de origem.

Por fim, nos termos do Enunciado Administrativo nº 7 do Superior Tribunal de Justiça e art. 85, §§ 1º, 2 º e 11 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios devem ser majorados e fixados em R$ 2.500, 00 (dois mil e quinhentos reais), considerando os critérios legais e a remuneração condigna da advocacia.

No mais, mantenho a penalidade por litigância de má-fé, posto que os

Acesso ao Sumário

autores intentaram a presente ação buscando a reintegração de posse de imóvel que há muito não lhes pertence - informação omitida - e sobre qual não exercem a posse há mais de 30 anos.

Ante o exposto, o meu voto nega provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012731-12.2017.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante JENNIFER KATELINY DE LIMA DANTAS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO ITAUCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.665)**

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

São Paulo, 4 de junho de 2018.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Exibição de documento - Ação de produção antecipada de provas, visando compelir o réu à exibição de contrato gerador de desabono em órgãos de proteção ao crédito - Sentença de extinção do processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual, permitindo a juntada de documentos complementares da gratuidade processual requerida - Recurso de apelação em que a autora pretende a reforma e a procedência da pretensão - Recurso conhecido em parte, diante do deferimento da gratuidade pelo juízo de primeiro grau - Falta de prova da recusa do réu à exibição - Pedido administrativo de envio do documento a endereço diverso do da autora - Risco de quebra do sigilo - Desnecessidade da medida "*ad perpetuam rei memoriam*", se não há risco de perda da documentação - Carência de interesse processual - Processo extinto, nos termos do art. 485, inciso VI,

Acesso ao Sumário

do novo CPC - Manutenção da r. sentença - Recurso conhecido em parte e desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 15/16, cujo relatório fica incorporado, julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual, nos autos de ação de produção antecipada de provas em que a autora pretendeu constranger o réu à exibição de contrato gerador de desabono em órgãos de restrição ao crédito, permitindo à autora prova documental complementar sobre a gratuidade processual requerida.

Inconformada, a autora interpõe recurso de apelação, expondo que é inequívoco o interesse processual, pois o réu, instado a exibir o documento pretendido, negou-se, daí ter acudido ao Judiciário. Reitera que desconhece a dívida cobrada, fato que pode ensejar ação de indenização por danos morais, a ser instruída com o contrato exibido pelo réu. Aduz que a gratuidade processual está prevista nos artigos 98 e 99 do novo CPC e, uma vez providenciada "declaração de pobreza", impõe-se a concessão. Busca reforma.

Instada, a autora juntou documentos e a fls. 33 foi deferida a gratuidade processual, seguindo-se a citação do réu que contra-arrazoou o recurso.

É o relatório.

O recurso não é conhecido na íntegra, pois o pedido de gratuidade processual, reiterado nas razões recursais, restou prejudicado diante do deferimento pelo juízo de primeiro grau a fls. 33.

No mais, improcede o recurso.

A autora, em verdade, sempre foi carecedora da ação de produção antecipada de provas ajuizada para compelir o réu à exibição de contrato gerador de desabono em órgãos de proteção ao crédito, à míngua de "***periculum in mora***" que a legitime, verdadeira medida de exibição "***ad perpetuam rei memoriam***", mesmo porque não fez a prova da recalcitrância do réu ao atendimento na esfera extrajudicial.

É válido lembrar que o Banco Central do Brasil, desde a edição da Resolução n. 2.878, de julho de 2001, dispõe que as instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral devem adotar "*transparência nas relações contratuais*" e assegurar "*resposta tempestiva às consultas, às reclamações e aos pedidos de informações*" (v. art. 1º, incisos I e II).

Sendo assim, foge ao "***id quod plerunque accidit***" que o réu tivesse se negado a atender solicitações da autora a respeito das relações contratuais em comum.

Acesso ao Sumário

Há, pelo lado da instituição financeira, o dever de fornecer à autora, sua cliente, todos os documentos e segundas-vias quando solicitados, contanto que mediante solicitação expressa e disposição de remuneração pelos serviços prestados, tarifados em consonância com critérios do Banco Central do Brasil.

Não há prova de ter o réu se negado à exibição na fase extrajudicial, sendo de realce que, conforme observado pela r. sentença, o pedido administrativo a fls. 14, datado de 12 de junho de 2017, foi recebido pelo réu em 06 de julho e a ação de exibição ajuizada em 25 de julho, em prazo exíguo.

Exame atento do pedido extrajudicial de envio do documento evidencia que deveria ser endereçado não ao domicílio da autora (Rua Catléias n. 960 - Jardim Nair - CEP 08071-100, na cidade de São Paulo), mas à Rua Prof. Aprígio Gonzaga n. 78, conj. 47/48 São Judas CEP 04303-000, na cidade de São Paulo, mesmo endereço da advogada que subscreve a petição inicial, Cristina Naujalis de Oliveira, OAB/SP n. 357.592 (conforme consta na petição inicial, no instrumento de procuração e demais peças dos autos), estranha ao vínculo entre a autora e o réu, a quem o último não estava coagido a enviar documentos sob pena de quebra do sigilo bancário e financeiro.

Portanto, além de não manifestar a disposição de arcar com a tarifa de emissão de segunda-via de documento, a exiguidade do prazo entre o pedido administrativo e o ajuizamento da ação de produção antecipada de provas e, finalmente, o pedido de envio a endereço diverso do seu, ou seja, a terceira estranha ao contrato, tornam inadmissível a pretensão.

O uso abusivo de ações de produção antecipada de provas ("***rectius***": exibição de documentos) do jaez da ajuizada pela autora, agravando inutilmente a pletora do serviço forense congestionado, tem levado o Col. STJ a julgamentos que servem de esteio à neutralização dessa prática demandista despida de utilidade/necessidade.

O Col. STJ, ao julgar o REsp 1.349.453-MS em procedimento para recursos repetitivos na forma do art. 543-C do CPC, relator o Min. Luis Felipe Salomão, pacificou que: "*A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária*".

Acesso ao Sumário

Noutro paradigma, bem adequado ao caso concreto, de pedido administrativo de envio de documento a escritório de advogado, o Col. STJ manteve "***decisum***" de segundo grau ao julgar o AREsp 876.213, relator o Min. Marco Buzzi, publicado no dia 25.04.16, no sentido de que: "*O documento*

de fls. 10 consistente no aviso de envio de correspondência ao demandado, é inadmitido como documento idôneo, vez que não especificado na declaração de conteúdo cópia de qual contrato se estava requerendo, bem como não demonstrado que a autora instruiu a correspondência na forma necessária à obtenção do documento (com as cópias de seus documentos, por exemplo, bem como juntando a procuração específica firmada ao procurador, tendo em vista que o requerimento foi enviado em seu nome, haja vista que a documentação pleiteada é revestida pelo sigilo bancário)". (o grifo é do voto).

Era imperativa a extinção do processo cautelar, com fundamento no art. 485, inciso VI, do novo CPC, sem resolução de mérito, como decretado pela r. sentença.

Diante do exposto, conhece-se em parte e nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1118969-55.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante VERA MARIA COLAVITTI (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADOS NPL 1.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22005)**

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

São Paulo, 5 de junho de 2018.

LUCILA TOLEDO, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - RESTRIÇÃO CANCELADA - REVELIA DO RÉU - PENDÊNCIA DE APONTAMENTOS ANTERIORES - NOTIFICAÇÃO PRÉVIA - INCUMBÊNCIA DO ÓRGÃO MANTENEDOR DO CADASTRO, E NÃO DO CREDOR - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - SÚMULAS 385 E 359 DO C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HONORÁRIOS DE ADVOGADO EM FAVOR

DO ADVOGADO DA AUTORA E DO RÉU, ANTE A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - ARBITRAMENTO EM R$ 1.000,00, COMPATÍVEL COM O TRABALHO EFETUADO MANUTENÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO

VOTO

A autora insurge-se contra sentença a fls. 27, cujo relatório adoto, na parte em que julgou improcedente pedido de indenização por dano moral decorrente de negativação indevida, com fundamento na Súmula 385 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Entende que não seria aplicável o disposto na Súmula nº 385 do C. Superior Tribunal de Justiça, por ausência de comprovação da legalidade dos demais apontamentos.

Acresce que não teria sido notificada acerca da negativação de seu nome.

Pede a condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral e majoração dos honorários de advogado em 20% do valor atualizado da causa.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

O réu não se desincumbiu do ônus de demonstrar o fato positivo contrário ao fato negativo alegado pela autora.

Independentemente do reconhecimento de eventual inexigibilidade do débito, não existe dano moral decorrente do apontamento indevido.

Isso porque só se ofende a honra, na hipótese, de quem tenha o nome limpo.

A sentença aplicou corretamente a Súmula 385 do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando pré-existente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento".

Note-se que, à época dos apontamentos impugnados, a apelante apresentava outras duas restrições em seu nome, inscritas pela Ativos S/A e Qualicorp Administradora, em abril de 2015 e julho de 2014, respectivamente, fls. 21.

Incumbia à autora comprovar a ilegalidade desses apontamentos para afastar a aplicação da referida Súmula.

Ora, se os cadastros de maus pagadores foram criados para dar publicidade a quem concede crédito de quem é mau pagador, é evidente que a inclusão em tela, apesar de ilícita, não configura dano moral. Só se protege o direito à honra

Acesso ao Sumário

de quem efetivamente honre suas obrigações e mostre, pelo comportamento, considerar relevante ter um nome limpo.

E esse não é o caso da requerente, conforme acima demonstrado.

Ressalto que a prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito incumbe ao órgão mantenedor do cadastro, e não ao credor, nos termos da Súmula 359 do C. Superior Tribunal de Justiça.

Diante da sucumbência recíproca, os honorários de advogado foram arbitrados, por equidade e dentro da margem legal, em R$ 1.000,00, compatível com o trabalho efetuado, em causa repetitiva e sem complexidade, de modo que não merece majoração.

Pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

Em razão da interposição de recurso, majoro os honorários de advogado, em prol do patrono do apelado, de R$ 1.000,00 para R$ 1.500,00.

A execução da sucumbência fica condicionada à alteração da situação de pobreza.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023966-73.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes MARLENE LOPES DE SOUSA (JUSTIÇA GRATUITA) e MARCOS VINÍCIUS SANTOS VENÂNCIO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada MARIA HIPÓLITO BARBA.

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 36066)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA LOPES (Presidente sem voto), AFONSO BRÁZ e JOÃO BATISTA VILHENA.

São Paulo, 6 de junho de 2018.

IRINEU FAVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Ação de reintegração de posse - Imóvel - Relação de subcomodato verbal - Comodatária que firmou contrato inicial de comodato verbal com mãe e nora dos réus por prazo indeterminado - Notificação para desocupação - Esbulho caracterizado - Retomada legitimada diante

Acesso ao Sumário

dos requisitos necessários do artigo 560 do CPC - Réus que alegam residir no imóvel no lugar de Terezinha para que esse não ficasse vazio - Negação de comodato verbal - Ocupação sem esclarecimento - Acervo probatório que confirma a versão da inicial, mostrando-se suficiente para embasar o convencimento judicial - Sentença de parcial procedência confirmada - Recurso Desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra sentença de fls. 118/120, cujo relatório fica adotado, prolatada pela MMª. Juíza de Direito Andrea de Abreu e Braga que julgou parcialmente procedente ação de reintegração de posse ajuizada pela apelada.

Sustentam os apelantes, em síntese, que a apelada omitiu o fato da Sra. Terezinha dos Santos ter sido companheira de seu pai e que residiu no imóvel até a data do falecimento daquele. Afirma não ter havido a realização de contrato de comodato verbal com a Sra. Ana Maria, mãe e sogra dos réus e filha da Sra. Terezinha, que continua residindo no imóvel. Narram que foram para lá quando a Sra. Terezinha foi se tratar na casa da filha, a fim de não deixar o imóvel vazio e que não existe contrato de comodato verbal. Sustentam que este comodato não restou comprovado nos autos. Afirmam que quem reside no imóvel é a Sra. Terezinha, na qualidade de companheira do pai da apelada. Apontam pela ilegitimidade passiva, pois a posse do imóvel é da Sra. Terezinha. Alegam estarem ausentes os requisitos para a ação possessória, apontam carência de ação pela impossibilidade jurídica do pedido. Requerem a devolução da posse à Sra. Terezinha, que lá se encontra há mais de quarenta anos, de forma mansa e pacífica. Apontam pela extinção do processo sem julgamento do mérito. Discorrem sobre a função social da propriedade. Arrematam o postulado, pugnando pelo provimento do recurso (fls. 122/140).

Recurso tempestivo, respondido (fls. 143/159), anotada a concessão da gratuidade processual aos recorrentes na sentença.

É O RELATÓRIO.

O recurso não comporta provimento.

As preliminares suscitadas confundem-se com o mérito, sendo com ele analisadas.

Visa a ação em tela a reintegração de posse de imóvel em favor da apelada, sob alegação de esbulho praticado pelos réus.

Traz a inicial relato de comodato verbal celebrado anteriormente com a Sra. Ana Maria, filha da Senhora Terezinha, mãe do correu Marcos e sogra da

corré Marlene. Posteriormente com a saída da Sra. Ana Maria, conta que firmou comodato verbal com os réus.

Com a notícia de débitos condominiais, de IPTU e problemas de vazamento, notificou os réus para saldarem os débitos e repararem os danos. Diante da inércia dos mesmos, notificou extrajudicialmente para rescindir o contrato e para que os mesmos desocupem o imóvel no prazo de trinta dias, o que inocorreu, caracterizando o esbulho.

Após citação e apresentação de defesa, onde os réus alegam ilegitimidade passiva, carência da ação e inexistência de comodato verbal, sobreveio a sentença ora hostilizada, que julgou a ação parcialmente procedente, restituindo a posse à autora, e condenando os réus a pagarem os débitos condominiais e de IPTU, bem como repararem os danos causados no piso e contrapiso do imóvel nº 36.

Pois bem.

De fato, conforme se imerge dos autos, ao contrário do alegado pelos réus, os mesmos encontravam-se residindo no imóvel, tendo sido notificados para pagarem os débitos e posteriormente notificados para desocuparem o imóvel. Assim, não colhe a alegação de ilegitimidade passiva.

Mesmo que tivessem ido morar no imóvel para não deixa-lo vazio na ausência da Sra. Terezinha, não justificaram a sua ocupação.

Também não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, pois ao contrário do que afirmam os réus, presentes os requisitos do artigo 561 do CPC.

A ação, como já visto visa reintegração de posse do imóvel da apelada, esbulhado pelos apelantes.

Tanto a propriedade quanto a posse são tutelados pelo ordenamento jurídico, valendo salientar que em sendo a questão possessória é garantida a manutenção ou reintegração em caso de turbação ou esbulho, como prevê o artigo 560 do CPC vigente.

Pelo que consta dos autos, é incontroverso que os requerentes estavam ocupando o imóvel e, não havendo justificativa para tal, resta evidente o comodato verbal, diante da ocupação anterior da Sra. Ana Maria.

Com a notícia de débitos condominiais e a queixa de infiltração, a autora notificou os réus para sanarem os problemas e, não mais interessada no comodato notificou-os para desocupação do imóvel, o que inocorreu.

Assim, caracterizado está o esbulho.

As notificações estão documentadas, conforme se verifica de fls. 43/46 e fls. 47/50.

É importante salientar que a notificação tem a finalidade de demonstrar à parte a mora, bem como a data, no caso da reintegração, o esbulho.

Acesso ao Sumário

Além do mais, os réus foram devidamente citados para a presente ação, conforme certidão do Sr. Oficial de Justiça de fls. 88, que, inclusive constatou que os réus lá residiam, sem sequer haver notícia da Sra. Terezinha.

Por fim, quanto à função social da propriedade, não se nega a existência de sérios problemas de moradia no país. Contudo, não se pode impor ao particular, de forma isolada o ônus social desse déficit.

Assim, nesse cenário e por inexistir nos autos qualquer elemento que aponte para situação diversa do subcomodato verbal existente entre as partes, correta a decisão pela reintegração de posse do imóvel à apelada, mostrando-se também irretocável quanto ao pleito de indenização, aliás sequer impugnado pelos réus.

Na esteira desse entendimento, a solução dada pela sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, ficando mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1118900-91.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GD MOTORS DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS LTDA., é apelado VKN MOTORS DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47486)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente sem voto) e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 6 de junho de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Demanda declaratória de inexigibilidade de dívida, com pedido cumulado de indenização de danos morais. Sentença de procedência parcial. Decisão parcialmente modificada. Valores indicados para compensação que já foram levados em conta pelo perito em seu laudo. Correta distribuição dos encargos de sucumbência diante do resultado do

julgamento. Redução dos honorários advocatícios arbitrados na instância de origem para patamar correspondente à complexidade do feito. Recurso provido em parte.

VOTO

É apelação contra a sentença a fls. 755/757, objeto de embargos de declaração parcialmente acolhidos a fls. 768, que julgou parcialmente procedente demanda declaratória de inexigibilidade de débitos, com pedido cumulado de indenização de danos morais.

Alega a apelante que a sentença não pode subsistir, pois os honorários arbitrados no montante de R$ 15.000,00, em favor da ré, são exorbitantes. Sustenta que deve arcar com 85% das custas e despesas processuais e não 90%. Argumenta ainda que não foram computados corretamente os valores que poderiam ser objeto de compensação. Pede a reforma.

Apresentadas contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

O recurso comporta provimento parcial.

Ao contrário do que afirma a apelante, a diferença de R$ 5.919,80 foi sim levada em conta pelo perito. É isso que se depreende do último parágrafo a fls. 711, segundo o qual tal valor está abrangido pelas quantias recebidas e discriminadas no anexo 3 do laudo pericial (fls. 719/722). Do mesmo modo os R$ 3,90 também foram objeto de compensação (cf. fls. 713).

Também foi escorreita a distribuição dos encargos de sucumbência. Em sua inicial a autora pleiteou a declaração da inexigibilidade de débito no montante de R$ 70.134,79 e indenização de danos morais no valor de R$ 78.800,00, o que implicou o valor da causa de R$ 148.934,79. Todavia, logrou êxito apenas em parte da pretensão declaratória, pois foram declarados inexigíveis apenas R$ 10.000,00 da dívida indicada na inicial.

Assim, o que se conclui é que a determinação para que arque com 90% das custas e despesas do processo está de acordo com a sucumbência verificada.

De resto, o recurso comporta provimento parcial, apenas para reduzir o valor dos honorários advocatícios arbitrados, pois o feito não se revestiu de dificuldades que justificassem o montante arbitrado. Tendo em vista a complexidade da matéria não ser elevada, certo que não houve nenhum percalço digno de nota no andamento do feito, arbitro a verba honorária, em R$ 10.000,00, atualizáveis a partir da intimação do presente, com fundamento no art. 85, § 8º, do C.P.C. de 2015.

Pelo exposto, dou provimento em parte ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1027086-61.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelada HELOISA MARIA KIEHL NORONHA ROESLER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37384)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente), MIGUEL PETRONI NETO e MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 8 de junho de 2018.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R. SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO, DIANTE DA INOCORRÊNCIA DE DANO INDENIZÁVEL - PEDIDO DE REFORMA - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO, ESPECIFICAMENTE NO QUE TANGE À SEGURANÇA - IMPERATIVA DEVOLUÇÃO DOS VALORES SACADOS DAS APLICAÇÕES DA AUTORA, NOS MOLDES EM QUE DETERMINADOS PELO JUÍZO - DANOS MORAIS QUE NÃO RESULTARAM ACOLHIDOS PELO JUÍZO, NÃO SE INSURGINDO A AUTORA CONTRA O ENTEDIMENTO ADOTADO EM 1º GRAU - RATIFICAÇÃO DOS TERMOS DA R. DECISÃO DE 1º GRAU, QUE SE MOSTRA SUFICIENTEMENTE MOTIVADA - RECURSO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Tratam os autos de Recurso de Apelação interposto contra R. Sentença que vem encartada a fls. 154/158, pela qual foi julgada parcialmente procedente

Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais, esta proposta por **HELOISA MARIA KIEHL NORONHA ROESLER** contra **BANCO DO BRASIL S/A**, momento em que o Juízo reconheceu como sendo indevidas as transações bancárias debatidas nos autos, assim condenando a casa de valores ré à restituição dos valores indevidamente movimentados, afastando, no entanto, a pretensão deduzida a título de indenização por danos morais, com imposição a casa de financiamentos ré de obrigação no que toca a arcar com dois terços dos ônus decorrentes da sucumbência, e com Honorários Advocatícios, estes por sua vez fixados em 10% sobre o valor da causa.

Inconformada com os termos da R. Sentença proferida, dela recorre a instituição financeira ré, conforme dá conta por meio das razões juntadas a fls. 161/179, clamando pela reforma do entendimento adotado pelo Juízo, pois segundo sustenta, se mostra inadequado no trato da questão discutida nos autos, uma vez que não se viu demonstrada qualquer conduta ilícita de sua parte, ressaltando que pelos fatos narrados não se mostra permitido concluir pela ocorrência de fraude. Por outro lado, sustenta que as transações objeto de questionamento se deram mediante utilização de senha de uso pessoal e intransferível colocada à disposição da autora, bem como por força de confirmação das chaves do "token" de segurança, não cabendo falar, portanto, na ocorrência de danos indenizáveis, sejam eles de ordem material ou moral, muito menos que fossem estes de sua responsabilidade, ainda que em tese existentes. Também se agarra ao fato de se mostrar totalmente indevida a aplicação da inversão dos ônus da prova, notadamente porque sustenta que não resultou comprovado o dano como alegado pela recorrente, não havendo ainda mostra nos autos de que tenha sido exposta a recorrida a qualquer situação vexatória, tanto é que pediu para que a R. Decisão fosse integralmente reformada, de sorte a ter por afastada a obrigação de indenizar que lhe foi indevidamente imposta.

Recebido o recurso, vieram aos autos as devidas contrarrazões (fls. 195/202), momento em que a recorrida pugnou pela manutenção do posicionamento adotado pelo Juízo, subindo então o feito a esta E. Corte, de sorte a que venha a ser reapreciada a matéria já decidida em 1º Grau de Jurisdição.

É o relatório.

O recurso como intentado pela instituição financeira inconformada não deve ser merecedor de acolhimento por parte desta Turma Julgadora, pois os limites definidos quando da prolação da R. Sentença hostilizada se mostraram plenamente adequados à realidade que vem estampada no conjunto encartado ao todo processado.

Mais especificamente, e no que toca ao recurso como intentado, melhor examinando o leque de provas juntadas aos autos, com real facilidade se verifica que a R. Sentença combatida analisou com sofrível acerto quase todas as

Acesso ao Sumário

questões em debate, inclusive no que tange a fixação dos ônus da sucumbência, haja vista que observou com razoável acerto nesse tocante, o quanto vem disposto pela legislação processual vigente, daí porque se mostra de pleno rigor a rejeição do Apelo como intentado pelo banco recorrente, sendo caso de se transcrever, ainda que de forma parcial, os adequados fundamentos constantes da R. Sentença indevidamente atacada, que ficam agora ratificados na íntegra por parte desta Turma Julgadora, conforme se verifica:

"**(...)A pretensão inicial deduzida é parcialmente procedente.**

Pretende a parte autora a restituição dos valores apontados às fls. 4/5, referentes a compras, que não reconhece, efetuadas em seu cartão, sendo parte das compras efetuadas a débito e parte a crédito.

No presente caso, em que a autora alega não ter realizado as compras descritas, cabia ao banco provar que de fato o contrato existiu e que a parte autora realmente deve o valor discutido.

Nos termos do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil, incumbe ao réu o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. É ônus de o fornecedor provar que as compras efetuadas com o cartão foram realizadas pelo próprio cliente, sendo impossível ao consumidor provar fato negativo, ou seja, provar que não autorizou as transações. Assim, atribui-se o ônus da prova ao réu, que opõe fato impeditivo do direito do autor, fundamentando-se tal conclusão na regra geral inserta no dispositivo acima mencionado.

No caso, a instituição financeira ré limitou-se a declarar apenas que as operações foram realizadas com cartão com tecnologia de chip e senha pessoal.

Outrossim, não se afasta a responsabilidade do fornecedor em razão da utilização, por terceiros, de cartão pertencente a cliente do réu na medida em que sua responsabilidade civil é objetiva, nos termos do artigo 14 da Lei 8078/90, restando irrelevante a presença de dolo ou culpa para a ocorrência do evento danoso.

Acesso ao Sumário

Deste modo, não provando os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito pretendido, notadamente a comprovação de que a parte autora seria efetivamente a devedora dos valores apontados com o uso do cartão, não havendo, portanto, comprovação das compras, de rigor a devolução do valor efetivamente pago.

O documento de fls. 96/99, juntado aos autos pelo próprio requerido, comprova que efetivamente o valor de R$9.588,07 foi debitado da conta corrente da parte autora, sendo devida a sua restituição.

Contudo, no tocante à indenização dos valores apontados como pagos a crédito (fl. 5), o pedido, nos moldes em que formulado, não comporta

acolhimento.

De fato, embora comprovada a existência do vício no serviço prestado pela ré, não comprovou a autora que sofreu danos materiais na importância informada, cabendo salientar que o pedido formulado pela autora foi de pagamento do valor certo de R$3.769,44.

Observe-se que a autora fundamenta o pedido de indenização por danos materiais nos valores que despendeu para pagamento.

Ocorre que não apresentou a autora qualquer elemento que denotasse o pagamento de tal valor, demonstrando que sofreu prejuízo na importância pleiteada.

Saliente-se que a reparação por danos materiais não se pode dar por estimativa de danos emergentes, demandando demonstração do valor do prejuízo, o que não ocorreu, motivo pelo qual inviável é o acolhimento do pedido.

No que tange ao pedido de indenização por danos morais, não merece acolhimento o pedido de condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

A fixação de indenização por danos morais, na presente hipótese, demandaria provas de que o atraso acarretou à autora consequências que excederam o aborrecimento pelo não estorno do valor, ferindo-lhe a alma.

Não se nega que todo e qualquer inadimplemento contratual gera decepção e aborrecimento, pela quebra da expectativa. Contudo, no caso, a simples frustração decorrente do inadimplemento não é indenizável, por não ofender a dignidade da autora.

Acrescente-se que não provou a requerente fatos que excedam o mero aborrecimento causado pelo não estorno dos valores, não tendo sido demonstrado sofrimento duradouro que tenha rompido o equilíbrio psicológico da autora.

Explica Sergio Cavalieri Filho, com relação aos danos morais, que Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo (Programa de Responsabilidade Civil Malheiros Editores, 4ª edição, 2003, página 99).

O desenrolar dos fatos narrados pela autora demonstra que não sofreu ela dano moral, mas mero dissabor, aborrecimento, circunstância insuficiente para caracterizá-lo e justificar o pedido indenizatório.

Não há que se falar, pois, em indenização por danos morais. Por todo o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão

Acesso ao Sumário

inicial(...)."

À luz de tais elementos, e em termos mais específicos, forçoso reconhecer que a R. Sentença combatida analisou corretamente parte das questões suscitadas no momento em que reconheceu a obrigação da casa de valores inconformada em responder apenas pelos danos materiais impostos à ocupante do polo ativo, danos esses decorrentes das movimentações indevidamente promovidas na conta corrente mantida pela autora, sendo certo que competia à financeira demandada comprovar que a recorrida teria se utilizado, ou mesmo autorizado terceiros a se valerem de seu cartão, ou mesmo de sua senha pessoal e/ou "token", do que, no entanto, não se desincumbiu. Assim, de rigor ter como fato que tenha resultado evidenciada falha de sua parte como cometida na prestação do serviço bancário, especificamente no quesito segurança, haja vista que o procedimento negligente adotado pelo banco, entendimento que se reforça com a aplicação da Lei Consumerista ao caso em desate, por si só se reflete nos danos discutidos nos autos, estes impostos à autora, diante da indevida movimentação de suas aplicações financeiras, circunstância essa que levou o Juízo a acertadamente a reconhecer a responsabilidade da casa bancária em fazer frente à devolução das quantias indevidamente movimentadas.

Em caso assemelhado, assim já se decidiu nesse mesmo sentido, em V. Decisão emanada do hoje extinto, mas sempre saudoso, Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, através de posicionamento adotado à época pela C. 7ª Câmara, quando definiu: "***Os bancos respondem pelo risco profissional assumido, só elidindo tal responsabilidade a prova, pela instituição financeira, de culpa grave do cliente ou de caso fortuito ou força maior***" (RT 589/143).

Portanto, diante do quanto exposto se conclui que a responsabilidade dos bancos se estabelece tanto no contrato de depósito mantido com o cliente, como na prestação do serviço bancário em si considerado. Assim, de rigor reconhecer que se mostra evidente que o Banco, especificamente no caso em desate, assumiu os riscos inerentes ao tipo de operação para a qual tem sua existência orientada, o que inclui, por óbvio, os riscos de fraudes, até porque, embora presentes avanços no desenvolvimento de sistemas de segurança, paralelamente, se desenvolvem, tão ou mais rapidamente meios de burlá-los.

Acesso ao Sumário

De forma mais pormenorizada, e ainda no que toca ao recurso como intentado, agora examinando, inclusive de forma mais minuciosa o conjunto dos autos, em verdade se verifica que a R. Sentença combatida analisou corretamente todas as questões suscitadas, motivo pelo qual não possam os vazios reclamos constantes das razões de apelo merecer guarida, devendo, por força de consequência, a R. Decisão como encartada ao feito ser integralmente mantida, o que se dá com base em seus próprios, legítimos, e jurídicos fundamentos, salvo quanto aos honorários Advocatícios devidos pelo banco, isto porque deverá arcar, além dos já fixados em 1º Grau, com mais 10% do valor da condenação,

assim definidos a título de honorários Adicionais, o que se dá em atenção aos termos do quanto disposto pelo art. 85, §§ 1º, 2º e 11, do CPC.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, nos exatos limites do Voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005423-30.2014.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante/apelada DEYSIMAR APOLINÁRIO DE ANDRADE, é apelada/apelante RENATA SARAIVA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria dos votos, deram parcial provimento ao recurso da autora, majorando o dano moral e negaram provimento ao recurso da ré. Vencido o 3º Juiz que declarará voto. Participaram do julgamento o 4º e 5º Juízes.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente), DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, FLAVIO ABRAMOVICI E AZUMA NISHI.

São Paulo, 10 de abril de 2018.

MARIA LÚCIA PIZZOTTI, Relatora

Ementa: ACIDENTE DE VEÍCULO - VIA DE MÃO DUPLA - MANOBRA SEM CAUTELA - LESÕES TEMPORÁRIAS - DANO MORAL - DESVALORIZAÇÃO DO VEÍCULO.

1 - Nos termos do art. 35 do Código de Trânsito Brasileiro, antes de iniciar qualquer manobra que implique um deslocamento lateral, o condutor deverá indicar seu propósito de forma clara e com a devida antecedência. Causador do acidente que realizou conversão sem observar preferencial daquele que já estava na pista;

2 - Motociclista que foi colhido pelo veículo da ré enquanto esta fazia manobra para entrar em estacionamento de supermercado, decorrendo de tal sinistro uma série de lesões físicas que o impediram temporariamente de realizar suas atividades

Acesso ao Sumário

rotineiras, sendo atendida em pronto socorro de hospital. Não é possível afirmar que houve mero aborrecimento ou que não se verificou o dano moral;

3 - Magistrado *a quo* que fixou indenização em quantia equivalente a R$ 7.000,00 que deve ser majorada para quantia equivalente a R$ 10.000,00, suficiente para reparar os danos causados e impingir ao causador do acidente o dever de aprimorar sua conduta no trânsito;

4 - Envolvimento de veículo em acidente de trânsito não implica automaticamente no reconhecimento de sua desvalorização, sendo ônus da vítima comprovar a ocorrência. Realização de reparos no veículo que já implicaram em seu integral retorno ao estado anterior, considerando que se tratava de motocicleta usada.

RECURSO DA AUTORA PROVIDO EM PARTE, majorando o dano moral.

RECURSO DA RÉ IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. decisão de fls. 194/200, cujo relatório se adota, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de R$ 1.281,00, para conserto da moto, despesas com moto-táxi e indenização por danos morais, na quantia de R$ 7.000,00, com juros e correção. Diante da sucumbência em maior parte, condenou a ré ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação.

Entendeu, o magistrado ***a quo***, que deveria ser rejeitado o pedido contraposto formulado, pois ventilado em via equivocada, não podendo sequer ser conhecido como reconvenção. Quanto ao mérito propriamente dito, ressaltou ter restado incontroverso o fato de que a autora sofreu ferimentos em função de colisão entre a moto e o Fox conduzido pela ré, sendo que pela dinâmica dos fatos conclui-se que por se tratar de manobra perigosa, a demandada não observou todas as cautelas que a conversão exigia, sendo sua a responsabilidade pelo evento danoso. Disse não haver prova da depreciação do valor da moto, não podendo tal pedido ser acolhido, uma vez que a simples troca dos itens avariados já recompõe o estado anterior do veículo. Diante das lesões e escoriações, reconheceu ofensa moral.

Irresignadas, apelaram ambas as partes, autor e réu.

Acesso ao Sumário

Aduziu, em suma, a RÉ DEYSIMAR que a decisão proferida comporta reforma, uma vez que pelas provas produzidas restou demonstrado que a apelada conduzia a moto com excesso de velocidade, encontrando-se seu carro parado quando foi atingido pela recorrida. Negou ter contribuído para a ocorrência do acidente, tendo agido com prudência e dentro das normas de trânsito, tratando-se de evidente caso de culpa exclusiva da vítima, insurgindo-se ainda contra o reconhecimento do dano moral. Argumentou, no mais, pela reforma da r. decisão, dando-se provimento ao recurso interposto. Sem custas, por se tratar de beneficiário da gratuidade.

Também apelou a AUTORA RENATA, na modalidade adesiva. Disse que também deveria ter sido acolhido o pedido referente à condenação da parte contrária a reparar o valor decorrente da desvalorização do veículo, pois é evidente que o envolvimento da moto em um acidente resulta em diminuição de seu valor de mercado. Sustentou que o valor dos danos morais merece majoração, pois a colisão em debate resultou perigo de morte, imobilização e uma série de lesões, de modo que a indenização deve sofrer aumento. Argumentou, assim, pela reforma da r. decisão, dando-se provimento ao recurso interposto. Sem custas, por ser beneficiária da gratuidade.

Processados os apelos, vieram contrarrazões, sendo os autos posteriormente remetidos a este Tribunal.

É a síntese do necessário.

Trata-se de ação por meio da qual pretende a autora ver a ré condenada ao pagamento de indenização por danos morais e materiais em razão de acidente de trânsito. O pleito foi parcialmente acolhido pelo magistrado ***a quo***, insurgindo-se ambas as partes contra tal decisão por meio de recursos de apelação.

Pelo que se denota dos autos as partes estavam na mesma via pública, cada uma em uma mão de direção, sendo que a ré Deysimar (que no dia conduzia um veículo Fox) pretendia entrar no estacionamento do supermercado, que estava à sua esquerda, quando então atingiu a autora Renata (que conduzia uma motocicleta), que estava na outra mão de direção, em linha reta. Uma parte atribui à outra a responsabilidade pelo evento, afirmando a ré que a moto estava em alta velocidade, afirmando a autora, por seu turno, que o veículo efetuou a manobra de inopino, desrespeitando a preferencial.

É o caso de manter a decisão combatida quando reconhece a responsabilidade da ré Deysimar pela ocorrência do acidente.

Nota-se do acesso ao local dos fatos, disponível na internet no modo Google Street View, que a via em questão é estreita, tratando-se de apenas duas pistas com diferentes mãos de direção. Em um dos lados da via existe um supermercado com estacionamento, no qual a ré pretendia entrar, quando então afirma ter parado seu carro e efetuado a manobra para conversão (*in* (endereço

Acesso ao Sumário

eletrônico constante no texto original), acesso em 18.10.17). A moto, ao ver o carro parado para aguardar a entrada no estacionamento, prosseguiu seu curso, quando então foi atingido pelo automóvel.

A tese de que a moto vinha em alta velocidade resta afastada justamente com a análise das fotografias do local dos fatos, que demonstra que pouco antes da entrada do estacionamento do mercado havia uma lombada, redutor de velocidade dos veículos. Ademais, ainda que a moto efetivamente estivesse em alta velocidade, o fato é que se trata de uma via RETA, na qual a visualização dos veículos que vinham à frente era perfeitamente possível.

Ocorreu, assim, manobra inoportuna e sem cautela, que encontra regramento específico nos artigos 34 e ss. do CTB, assim redigidos:

> "***Art. 34. O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade.***
>
> ***Art. 35. Antes de iniciar qualquer manobra que implique um deslocamento lateral, o condutor deverá indicar seu propósito de forma clara e com a devida antecedência, por meio da luz indicadora de direção de seu veículo, ou fazendo gesto convencional de braço.***
>
> ***Parágrafo único. Entende-se por deslocamento lateral a transposição de faixas, movimentos de conversão à direita, à esquerda e retornos.***
>
> ***Art. 36. O condutor que for ingressar numa via, procedente de um lote lindeiro a essa via, deverá dar preferência aos veículos e pedestres que por ela estejam transitando.***"

No caso, evidente que houve manobra sem cautela necessária e sem observância das condições do trânsito no momento, devendo a ré Deysimar responder pelos danos causados, sendo esta a responsável pelo evento.

Passo à análise do pleito indenizatório na seara moral.

Deve ser destacado que foi ultrapassado o tempo em que dano moral equivalia à dor, sofrimento e angústia da vítima em razão da ofensa. Os mais renomados estudiosos da responsabilidade civil modernamente conceituam o dano moral de maneira bastante clara e objetiva: trata-se de ofensa aos direitos da personalidade e, em sentido mais amplo, à própria dignidade da pessoa humana. A consequência, os efeitos de mencionada ofensa podem, estes sim, ser constituídos pela dor, sofrimento ou vexame causado.

Não se pode exigir que o dano moral seja provado. O que deve ser provado são fatos, condutas ou omissões que ocasionem a mencionada ofensa aos direitos da personalidade e, por consequência, sofrimento e dor ao prejudicado. A avaliação sobre quais fatos que causam dano moral deve ser feita pelo juiz, segundo a jurisprudência e as regras da experiência.

Acesso ao Sumário

Extrai-se, desde já, o conceito de dano moral e a desnecessidade de sua comprovação, via de regra. Por questões de ordem lógica, portanto, deve ser analisada a possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais.

Muito se questionou sobre a reparabilidade dos danos morais. Não se ignora que, inicialmente, havia certa resistência quanto à possibilidade de reparação, mas a discussão restou superada em face da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, incisos V e X, deixou evidente a possibilidade de reparação do dano moral, bem como a sua cumulatividade com o dano material. Neste sentido inclusive foi editada a Súmula nº 37 do STJ, cujo enunciado destaco: "***São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.***". Prevaleceu, portanto, a correta orientação de que os danos morais devem ser reparados.

Fixados, assim, o conceito do dano moral, a desnecessidade de comprovação de sua ocorrência e a possibilidade de sua reparação, pertinente se mostra a análise dos critérios de fixação do valor da indenização correspondente, sendo tal matéria uma das mais tormentosas na doutrina e jurisprudência.

O dano moral não precisa representar a medida nem o preço da dor, mas uma compensação pela ofensa injustamente causada a outrem.

A indenização econômica, assim, tornou-se o único meio para a reparação do dano moral. Ocorre por mera compensação ou neutralização e não exatamente por restauração dos bens lesados, o que, à evidência, seria impossível. Diante de tais situações, a única via pela qual se pode ao menos minorar os efeitos do dano é por meio da reparação pecuniária.

Assim, para a fixação dos danos morais, além do dano, também se deve levar em conta a situação econômica das partes, a fim de não dar causa ao enriquecimento ilícito, mas gerar um efeito preventivo, com o condão de evitar que novas situações desse tipo ocorram, e também considerando o porte financeiro daquele que indenizará, não se podendo fixar o valor de indenização em quantia irrisória, sob pena de não vir a surtir o efeito repressivo que se pretende, qual seja, fazer com que o agente perceba, eficazmente, as consequências de seu ato ilícito.

Nesse aspecto, devem ser levadas em consideração as peculiaridades do caso, as regras de experiência do julgador e os balizamentos doutrinários. Diante de toda a exposição sobre o tema, entendo ter se configurado ofensa aos direitos da personalidade apta a autorizar a condenação do ofensor ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos.

No caso, o recorrido foi colhido pelo veículo do réu enquanto conduzia sua motocicleta, decorrendo de tal sinistro uma série de lesões físicas que o impediram de realizar suas atividades rotineiras. Permaneceu por meses em tratamento médico e fisioterápico, submetendo-se a cirurgias para instalação de

Acesso ao Sumário

pinos em suas pernas. Constatou-se limitação de seus movimentos, perda de sua capacidade física e algumas cicatrizes pelo corpo, sendo classificado inclusive como deficiente. Não é possível afirmar que houve mero aborrecimento ou que não se verificou o dano moral.

Diante disso o magistrado ***a quo*** fixou indenização em quantia equivalente a R$ 7.000,00, quantia que efetivamente deve ser majorada, diante dos danos causados, mormente considerando o contexto fático do acidente, envolvendo queda de moto, com situação momentânea de inconsciência decorrente da queda, não podendo se afirmar que houve mero aborrecimento ou dano de pouca monta. Com isso, é o caso de majorar o valor da indenização para quantia equivalente a R$ 10.000,00, suficiente para reparar os danos causados e impingir à ré o dever de aprimorar sua conduta no trânsito.

Por fim, fica afastado o pedido referente à desvalorização da motocicleta.

Em tese, efetivamente é possível que o culpado pelo acidente de trânsito seja condenado a reparar eventual depreciação do veículo danificado. Contudo, no caso em tela, a vítima não comprovou que, em virtude do acidente, o seu veículo sofreu depreciação do valor de mercado. A ocorrência de acidente de trânsito, por si só, não provoca a desvalorização do bem. Não se pode presumir a depreciação do valor de mercado do veículo, observando-se, ademais, que não se tratava de veículo novo. A responsabilidade civil exige a demonstração certa do prejuízo. Nesse sentido já decidiu este Tribunal em caso semelhante:

> Acidente de trânsito - Motorista que se acidenta ao atingir animais no leito carroçável da rodovia - Pedido de danos materiais e morais - Sentença condenatória - Recurso da concessionária invocando culpa do proprietário do animal - Inconsistência - Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público (art. 37, § 6º da CF/1988) - Redução da indenização fixada a título de ressarcimento pelos reparos do veículo ao do menor orçamento - **Depreciação do veículo - Não comprovação pelo autor** (art. 333, I, do CPC) - Danos morais não configurados - Recurso provido em parte. (Apelação nº 0238647-50.2009.8.26.0007 - 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo - Relator Caio Marcelo Mendes de Oliveira)

Com isso, é o caso de dar provimento em parte ao recurso da autora, apenas para majorar o valor da indenização por danos morais.

Por fim, deve ser negado provimento ao recurso da ré.

Destarte, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso da ré Deysimar.

Ainda, **DÁ-SE PROVIMENTO EM PARTE** ao recurso da autora Renata, majorando o valor da indenização por danos morais para quantia equivalente a R$ 10.000,00 (dez mil reais). Referida quantia deverá ser corrigida pela Tabela do TJSP a contar da data da sentença (S 362 STJ), bem como acrescida de juros

Acesso ao Sumário

de mora de 1% ao mês, da citação.

Mantida a ré Deysimar responsável pelo pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios, majorados para 15% do valor da condenação, nos termos do art. 85, §11, NCPC.

DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE VENCIDO

(Voto nº 18528)

Respeitado o entendimento da douta maioria, dela ouso divergir, nos seguintes termos:

O valor da indenização (R$ 10.000,00) é acrescido de correção monetária desde a data do acórdão, nos termos da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça ("A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento"), além dos juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

Assim, nego provimento ao recurso (apelação) da Requerida e dou parcial provimento ao recurso (adesivo) da Autora, para condenar a Requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), com correção monetária desde a data do acórdão e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a citação - 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 1000365-89.2017.8.26.0083, da Comarca de Aguaí, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE AGUAÍ, é apelado PEDRO VINICIUS DE LIMA (JUSTIÇA GRATUITA).

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 23.570)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARANTES THEODORO (Presidente) e MILTON CARVALHO.

São Paulo, 12 de abril de 2018.

WALTER CESAR EXNER, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Acidente de trânsito. Via pública construída ao redor de poste. Ausência de sinalização. Colisão. Nexo de causalidade suficientemente demonstrado. Responsabilidade objetiva da Municipalidade. Artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Danos materiais reclamados e corretamente reconhecidos. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de indenização ajuizada por Pedro Vinicius de Lima em face da Prefeitura Municipal de Aguaí e da Elektro S/A, que a respeitável sentença de fls. 132/134, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente para condenar as partes a pagar ao autor, solidariamente, a quantia de R$ 7.387,09, acrescidos de juros de mora e correção monetária desde a data da citação, como também em custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Inconformado, recorre o ente público alegando, em síntese, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, tendo em vista que a responsabilidade pela instalação de postes no município é da corré Elektro, concessionária de serviço público de energia elétrica. Impugna o Boletim de Ocorrência acostado aos autos. Afirma que em caso de omissão do Estado esse responde de forma subjetiva, devendo haver prova de sua ação ou omissão culposa, o que não ocorreu tendo em vista a culpa exclusiva da vítima, que conduzia seu veículo sem os devidos cuidados. Por fim, impugna o valor dos danos materiais suportados pela vítima, não condizentes com os preços praticados no mercado, afirmando, outrossim, que os orçamentos estão desacompanhados de nota fiscal ou recibo do serviço.

O recurso foi contra-arrazoado pela corré condenada, a qual depositou a sua parte da condenação, e encaminhado a este Tribunal.

É o relatório.

Pelo que verte da petição inicial, o autor conduzia seu veículo pela Rua Geraldo Sorg, sentido centro, na cidade de Aguaí, quando, ao adentrar a Rua Marechal Deodoro chocou-se com um poste que se encontrava no meio do leito carroçável, sem qualquer sinalização, causando danos ao automóvel na monta de R$ 7.387,09.

A culpa pelo acidente foi imputada a ambos os réus, ente público e concessionária de energia elétrica e acertadamente reconhecida na bem lançada sentença recorrida, haja vista a patente falha no serviço, tendo em vista a

Acesso ao Sumário

realização de obra viária por parte da municipalidade, da qual remanesceu o poste ali já existente - agora, sobre o leito carroçável -, e de sua manutenção no local por parte da concessionária, que só o removeu após o ajuizamento desta ação, ausente sinalização, por qualquer uma das partes.

Nesse sentido, é uníssona a prova produzida ao longo da instrução, tal qual se extrai do boletim de ocorrência juntado às fls. 11/12, como também pela comparação das fotos acostadas às fls. 18 e 71, nos quais se mostra de maneira contundente a existência do poste no meio da rua.

Esse quadro, por si só, já é o bastante para revelar as condutas culposas da municipalidade e da concessionária, não havendo como sequer se aventar a possibilidade de culpa exclusiva do autor.

Neste sentido já decidiu esta Câmara:

"*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS ADVINDOS DE ACIDENTE DE VEÍCULO - AUTORA QUE COLIDIU COM POSTE DE ILUMINAÇÃO INSTALADO NO MEIO DA PISTA - EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO EM RAZÃO DA OCORRÊNCIA DE DANOS EM SEU VEÍCULO - RESPONSABILIDADE TANTO DA MUNICIPALIDADE COMO DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS - SENTENÇA MANTIDA. Apelações improvidas.*" (TJSP; Apelação 0000137-07.2015.8.26.0438; Relator (a): Jayme Queiroz Lopes; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Penápolis - 2ª Vara; Data do Julgamento: 31/08/2017; Data de Registro: 31/08/2017)

Aliás, cumpre destacar que tratando-se de ação ou omissão do ente público, a responsabilidade da ré é objetiva, nos termos do artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

Nesse aspecto, tratando do regime jurídico da responsabilidade do Estado, anotam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery:

"*A CF 37, §6º, estabelece regime único da responsabilidade civil da administração pública, que é objetiva pelo risco, quer se trate de conduta comissiva ou omissiva do agente ou servidor. (...) Para que a administração pública tenha o dever de indenizar devem estar presentes os seguintes requisitos: a) existência de dano patrimonial e/ou moral sofrido pelo administrado; b) conduta comissiva ou omissiva do agente; c) nexo de causalidade entre o dano e a conduta (omissiva ou comissiva) do agente ou servidor*" (Constituição Federal Comentada, Ed. RT, 2006, pg. 216).

De outro lado, ficou suficientemente claro no curso da instrução o nexo de causalidade, até porque incontroversa a existência de um poste no meio do leito carroçável (fls. 18). Ora, é inequívoco que à ré competia garantir aos usuários boa condição de trafegabilidade, assim como de segurança mínima, notadamente em via pública de fluxo de veículos, não construindo uma rua ao

Acesso ao Sumário

redor de um poste.

Fica claro, portanto, a construção da rua foi fator determinante para a ocorrência do acidente, do que deve a ré ser responsabilizada, nada existindo nos autos que possa sequer indicar parcela de culpa do autor, na medida em que nada existe a demonstrar que transitasse em velocidade incompatível com o local, ou mesmo que o acidente decorresse de desatenção ou imperícia, ou ainda que tivesse o acidente decorrido de conduta única sua como alega.

De rigor, também, a manutenção da sentença quanto aos danos materiais bem demonstrados nos autos pelos orçamentos apresentados, compatíveis com os danos sofridos, conforme o julgado abaixo:

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - BURACO NA PISTA - PERDA DO CONTROLE DO VEÍCULO - FALHA NA AÇÃO FISCALIZADORA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - AUSÊNCIA DE PROVA DE CULPA DA AUTORA - DANOS MATERIAIS - NOTAS FISCAIS COMPATÍVEIS COM OS DANOS SOFRIDOS - VALORES DEVIDOS - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - CRITÉRIO ESPECÍFICO REGIDO PELO ART. 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97, COM REDAÇÃO ALTERADA PELO ART. 5º, DA LEI Nº 11.960/09 - ORDEM PÚBLICA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*" (Ap. 0003956-20.2008.8.26.0624, Rel. Des. Francisco Casconi, 31ª Câmara de Direito Privado TJSP).

Logo, patenteada a responsabilização da ré pelo acidente, fica mantida a r. sentença por seus próprios e bem deduzidos fundamentos, majorados os honorários advocatícios para 12% sobre a condenação atualizada, nos termos do artigo 85, §11, do CPC.

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

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024895-39.2016.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante MERCABENCO MERCANTIL E ADMINISTRADORA DE BENS E CONSÓRCIOS LTDA., é apelado LUIZ EDUARDO GALLIZA RIZZO.

ACORDAM, em 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso não provido, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17924)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO SASTRE REDONDO (Presidente), FLÁVIO CUNHA DA SILVA

e ACHILE ALESINA.

São Paulo, 18 de abril de 2018.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO. Reconhecimento. Ação monitória. Saldo residual de grupo de consórcio após venda extrajudicial do bem. PRAZO. Sentença que, reconhecendo a aplicação da regra geral do artigo 205, do Código Civil, foi favorável à recorrente. Ausência de interesse recursal. Recurso não conhecido. TERMO INICIAL. Encerramento do grupo ou última parcela inadimplida. Inadmissibilidade. Hipótese em que o prazo começa a fluir do trânsito em julgado da sentença de procedência da ação de busca e apreensão. Precedentes. Prescrição consumada. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

RELATÓRIO

Apelação contra r. sentença (fls. 143/146) que, em ação monitória movida pela apelante, reconheceu a prescrição e extinguiu o processo, nos termos do artigo 487, II, do CPC.

Insurge-se a autora, sustentando, em breve síntese, a inocorrência da prescrição, sob o fundamento de que o termo inicial deve ser a data do encerramento do grupo, que ocorreu em maio de 2015 ou, ainda, de que em se tratando de dívida ilíquida, o prazo é decenal e o termo inicial deve ser considerado a data da última prestação inadimplida, com vencimento em 15.12.2008.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 174/175) e respondido (fls. 178/183).

VOTO

Trata-se de ação monitória ajuizada pela apelante, administradora de consórcios, em 21.10.2016, visando ao recebimento de saldo devedor de participante do grupo consorcial no valor de R$ 39.977,34.

É incontroverso (i) que o apelado aderiu, em 5.2.2004, a grupo de consórcio para obtenção de veículo; (ii) que o crédito foi concedido mediante garantia por alienação fiduciária do bem; (iii) que, ante a inadimplência do consorciado, foi ajuizada ação de busca a apreensão (processo nº 0103750.73.2004.8.26.0100), julgada procedente por sentença transitada em julgado em 29.4.2005 e, ainda,

Acesso ao Sumário

(iv) que a venda extrajudicial do veículo ocorreu em 25.5.2005 (fls. 39).

O juízo *a quo* reconheceu a aplicabilidade do prazo prescricional decenal, previsto no artigo 205, do Código Civil, salientando que, não obstante ser quinquenal a prescrição de cobrança de contratos de consórcio, na hipótese, a venda extrajudicial do bem objeto de alienação fiduciária retirou a liquidez do título, de modo a se enquadrar na regra geral estabelecida em referido diploma legal. Assim, tendo sido a decisão recorrida favorável à apelante neste tópico, não há interesse recursal, de modo que, no ponto, o recurso não é conhecido.

No mais, razão não assiste à recorrente quanto à alegação de que o termo inicial deve ser o vencimento da última parcela inadimplida e tampouco de que, em se tratando de contrato de consórcio, a data do encerramento do grupo, nos termos da Lei nº 11.795/08. Além de ter sido celebrado anteriormente à vigência de referida lei, na situação, que se trata de cobrança de saldo residual após a venda extrajudicial do bem apreendido em ação de busca e apreensão, o prazo prescricional começa a fluir do transito em julgado da sentença de procedência da ação de busca e apreensão, momento a partir do qual era possível apurar o saldo devedor.

É dizer, optando a credora pelo ajuizamento de ação de busca e apreensão, o lapso prescricional é interrompido pela citação válida naquela demanda, recomeçando a fluir desde o respectivo trânsito em julgado.

Não é outro o entendimento desta Corte:

"COBRANÇA - Contrato de consórcio. Ação proposta contra o consorciado contemplado e adquirente de veículo inadimplente e outro na condição de fiador, consoante instrumento particular de fiança. Saldo remanescente após apreensão e venda do bem dado em garantia. Consumação da prescrição quinquenal prevista no artigo 206, §5º, inciso I, do Código Civil. Manutenção. Com o incontroverso inadimplemento verificou-se o vencimento antecipado e a execução da garantia, cujo produto líquido e conhecido não foi suficiente para quitar o montante devido, ensejando a cobrança da diferença. Hipótese em que se utilizou a data da venda como marco inicial da fluência do prazo prescricional. Data mais benéfica à postulante em comparação à data da publicação ou do trânsito em julgado da sentença de procedência da ação de busca e apreensão. Precedentes. Prescrição que se consumou ainda assim. Inércia de quase seis anos desde então. - APELO IMPROVIDO."

(Ap. n. 0007768-42.2015.8.26.0554, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, 12ª Câmara de Direito Privado, j. em 24.2.2017).

"Ação de cobrança. Contrato de consórcio. Saldo remanescente após a venda dos bens. Preliminar de nulidade da sentença por falta de apreciação da réplica. Peça protocolada por meio físico em processo

Acesso ao Sumário

digital. Preliminar afastada. No mérito, houve o reconhecimento da prescrição. Artigo 206, §5º, inciso I, do Código Civil. Sentença mantida. A prescrição tem início com o trânsito em julgado da sentença que julgou a ação de busca a apreensão. Recurso desprovido."

(Ap. n. 4002292-41.2013.8.26.0451; 20ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Luis Carlos de Barros; j. 13.04.2015).

"CONSÓRCIO - Cobrança - Saldo remanescente após venda do bem alienado - Incidência do prazo quinquenal (artigo 206, § 5º, I, do CC) a contar do trânsito em julgado da sentença de procedência da ação de busca e apreensão - Prescrição ocorrida - Improcedência mantida - Recurso improvido."

(Ap. n. 0004619-71.2012.8.26.0286, 20ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Correia Lima; j. em 27.06.2016).

Assim, de fato, operou-se a prescrição, razão pela qual era de rigor a extinção do processo.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003308-93.2016.8.26.0704, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA. e NAVESA COMERCIAL DE VEÍCULOS LTDA., é apelado CARLOS DE SOUZA ALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.168)**

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

São Paulo, 2 de maio de 2018.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: RECURSOS DE APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZATÓRIA - Ausência de cerceamento de defesa - Prova pericial suficiente ao deslinde da demanda - Legitimidade passiva da corré comerciante do veículo, nos termos do art. 18 do CDC - Inexistência de qualquer omissão

Acesso ao Sumário

ou atecnia no laudo pericial - Prova suficiente da existência do vício do produto existente desde a fabricação - Irrelevante a possibilidade de sanar o vício se já foi extrapolado o prazo do art. 18 do CDC - Descabimento do abatimento da depreciação - Dano material decorrente de ilícito praticado pela própria fabricante, não podendo ser suportado pelo consumidor - Danos morais mantidos - Negado provimento aos recursos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos de Apelação interpostos por **FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA.** e **NAVESA COMERCIAL DE VEÍCULOS LTDA.**, nos autos da ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais que lhes move **CARLOS DE SOUZA ALVES**, objetivando a reforma da sentença (fls. 350/358) proferida pela MMª. Juíza de Direito da 5ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros, Comarca de São Paulo, Dra. Luciana Bassi de Melo, que julgou procedente a demanda, para (i) determinar o cancelamento do negócio jurídico firmado entre as partes; (ii) condenar as requeridas ao ressarcimento das quantias pagas (R$ 59.660,00) atualizadas desde o desembolso e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação; (iii) condenar as rés ao pagamento de indenização por danos morais de R$ 10.000,00, com correção monetária desde a sentença e juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Após os respectivos pagamentos, o autor deverá devolver o veículo acompanhando dos documentos descritos às fls. 371. As rés foram condenadas, ainda, ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Apela corré **FORD** (fls. 376/412), sustentando preliminarmente (i) cerceamento de defesa pela necessidade de esclarecimentos complementares do *expert*; no mérito, aduz que (ii) não foi identificado qualquer vício insanável, sendo descabida a resolução do contrato; (iii) a perícia revela-se inconclusiva e extrapola os limites da análise do perito, além de ter se baseado no senso comum e não em conhecimentos técnicos; (iv) não se sabe se a origem do vício decorre de fabricação ou desgaste natural; (v) houve desgaste com uso do bem, de modo que a simples devolução não remete as partes ao *status quo ante*; (vi) eventual desfazimento deve levar em conta o valor de mercado do bem; (vii) não devem ser incluídos na condenação os valores relativos a acessórios de *insulfilm* e banco de couro; (viii) inexistência de danos morais ou, na eventualidade, diminuição do *quantum* indenizatório; (ix) aplicação do art. 944 do Código Civil.

Acesso ao Sumário

Apela igualmente a corré **NAVESA** (fls. 421/447), sustentando, preliminarmente, ilegitimidade passiva, atribuindo exclusivamente à fabricante a responsabilidade pelos vícios verificados. No mérito, aduz que não praticou qualquer ato ilícito, pois não houve falha dos serviços de reparação do veículo por ela prestados. Afirma a inexistência de danos morais, ou, subsidiariamente, a redução do *quantum* indenizatório. Por fim, entende necessário abater o valor de depreciação do bem.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 455/465 e 466/480), os autos foram encaminhados para julgamento.

É o relatório.

Pelo que consta dos autos, o autor **CARLOS** adquiriu um veículo FORD NEW FIESTA SEDAN 1.6, placa (...) em 13 de maio de 2014 pelo valor de R$ 57.500,00, além de mais R$ 2.160,00 pela aquisição de acessórios como *insulfilm* e bancos de couro.

Ocorre que, após quatro meses de uso, o veículo passou a apresentar trepidação constante, com rangido nos engates e barulhos anormais entre as trocas de marchas. No momento da primeira revisão periódica (seis meses depois da compra), o problema foi relatado à corré **NAVESA** (de quem o bem foi adquirido e quem prestou os serviços de revisão), porém se afirmou que havia mero problema de reprogramação de sistema eletrônico de câmbio.

Com mais três meses de uso, o problema retornou, e, apesar de ser levado para a concessionária para reparação, novamente não houve solução efetiva. Até que em 23 de novembro de 2015 a concessionária finalmente consentiu com a troca de peças ligadas ao funcionamento do câmbio, as quais não estavam disponíveis no mercado, fazendo-se necessária a espera de dois meses para providenciar o reparo. Contudo, passados dois meses, sequer a peça chegou, o que deu ensejo à propositura da presente demanda, em que se pleiteia o desfazimento do negócio, com a restituição dos valores pagos, bem como indenização por danos morais.

Após a produção de prova pericial e a observância do devido contraditório, o Juízo *a quo* julgou procedente a demanda, nos termos *supra* descritos.

Insurgem-se as partes rés, porém sem razão.

Quanto às preliminares arguidas, o ordenamento processual brasileiro adotou, no tocante a análise das provas, a teoria do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz, não havendo provas com valores pré-estabelecidos, deixando o magistrado com ampla liberdade na análise dos elementos de convicção trazidos aos autos pelas partes.

A doutrina assevera que:

"*O livre convencimento, como prerrogativa do juiz na apreciação dos fatos e de sua prova, é mais precisamente, por força do que a Constituição e*

Acesso ao Sumário

a lei lhe impõem, um convencimento racional e motivado à luz dos autos. Essa é a interpretação do art. 131 do Código de Processo Civil, que institui o livre convencimento segundo os autos em associação com o dispositivo constitucional que exige a motivação das decisões judiciárias" (DINAMARCO, Cândido Rangel. "Instituições do Direito Processual Civil" - vol. III. 6ª Edição. Malheiros: São Paulo)

Nos termos do artigo 130 do Código de Processo Civil anterior, transposto para o art. 370 do NCPC, cabe ao juiz da causa conduzir o processo de modo a evitar a produção de diligências desnecessárias ou inúteis a solução da lide, *in verbis*:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

É cediço, então, que cabe ao juiz deliberar sobre a necessidade ou não da produção de determinada prova para formação de seu convencimento, desde que assim o faça motivadamente. Neste sentido, os seguintes precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DEVEDORES SOLVENTES. MASSA FALIDA. 1. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. 2. ALEGAÇÃO DE INCORRETA VALORAÇÃO DA PROVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 3. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. IRREGULARIDADE E ILEGALIDADE. NULIDADE. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 4. INEFICÁCIA DO ACORDO DECLARADA NA PRÓPRIA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. 5. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC, pois o Tribunal de origem decidiu a matéria de forma fundamentada. O julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos invocados pelas partes, quando tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio.

*2. **O art. 131 do CPC, que trata do princípio da livre persuasão racional, estabelece que cabe ao magistrado avaliar as provas requeridas e rejeitar aquelas que protelariam o andamento do processo, em respeito ao princípio da celeridade processual.***

3. No caso dos autos, tendo as instâncias de origem concluído pela ineficácia da homologação do acórdão ao reconhecer a má-fé da parte agravante, descabe a esta Corte rever essa conclusão, pois a análise quanto à motivação e à suficiência ou não das provas, demandaria a análise do acervo probatório dos autos, o que encontra óbice intransponível imposto pela Súmula 7 do STJ.

Acesso ao Sumário

4. Quanto à controvérsia sobre procedimento de lei específico para a rescisão de ato judicial homologatório, a jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento de que a fraude à execução pode ser reconhecida incidentalmente no processo de execução, sendo desnecessário o ajuizamento de ação específica. Incidência da Súmula 83/STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 763.334/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 03/02/2016 - grifou-se)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGENTE DE SAÚDE. FUNASA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. LIVRE CONVENCIMENTO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

1. Cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, conforme o princípio do livre convencimento motivado. Assim, não há violação ao art. 130 do CPC quando o juiz analisa as provas testemunhais e documentais e forma seu convencimento em decisão adequadamente fundamentada.

2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, a respeito do alegado cerceamento de defesa, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático- probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no REsp 1497190/CE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 21/08/2015 - destacou-se)

Inexiste cerceamento de defesa no presente caso na medida em que todas as provas pertinentes foram produzidas. Sendo de natureza técnica a controvérsia entre as partes, adequadamente produzida a prova pericial, com relação a qual houve participação das partes e inclusive esclarecimentos ulteriores com relação a divergências apresentadas contra o laudo. Já a discordância em si com o resultado do laudo é matéria de mérito, a ser enfrentada adiante.

Da mesma maneira, não há que se falar em ilegitimidade da corré **NAVESA**. Uma vez integrante da cadeia de fornecimento do produto viciado, pertinente a sua inserção no polo passivo, nos termos do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, já que há responsabilidade solidária e objetiva tanto da fornecedora quanto da comerciante:

Diferentemente do que a corré alega, não se trata de fato do produto, e sim de vício, posto que houve colocação no mercado de produto impróprio para o uso, mas que não atingiu a segurança do autor.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, afastadas as preliminares processuais, passa-se ao exame do mérito.

As insurgências da ré **FORD** contra o laudo pericial não se sustentam. Se houvesse excesso de fundamentação da perícia, bastaria que este órgão julgador não considere os trechos respectivos. Porém, além de excesso algum ser identificado, não há que se falar em falta de técnica ou em laudo inconclusivo, muito menos em conclusões baseadas apenas no bom senso, sem amparo técnico cognitivo.

Para demonstrar essa realidade, destacam-se as seguintes passagens do laudo pericial:

> "*Durante o teste realizado com o veículo foram detectadas vibrações anormais no sistema, sendo inclusive possível constatar as falhas de forma tátil pelos ocupantes (trepidações de intensidade variável nos pedais e no veículo durante as trocas de marchas).*
>
> *A Concessionária corré seguiu as orientações técnicas do fabricante afim (sic) de tentar sanar os problemas, com reprogramação do módulo de controle da embreagem e a troca das peças, no entanto, trata-se de um problema de projeto/fabricação em série, que só pode ser definitivamente sanado com alterações feitas pelo fabricante.*
>
> *O estado geral do veículo no momento da vistoria era compatível com a sua quilometragem e tempo de utilização, com exceção pelo câmbio que apresenta problemas recorrentes.*
>
> *O veículo apresenta problemas no sistema de câmbio do veículo detectado pela concessionária corré em 09/fevereiro/2015 e que até o presente momento não foi solucionado, apesar da reprogramação do módulo de controle da embreagem e da troca de peças.*
>
> *Os defeitos relacionados a este modelo de câmbio automático são de pleno conhecimento do fabricante, conforme pode ser observado no ANEXO I, documento que a empresa Ré FORD protocolou em 16 de dezembro de 2015 no Procon-SP, comprometendo-se a estender a garantia por mais 2 anos dos veículos com câmbio denominado Powershift*"

Vê-se, portanto, que a ré pretende desconstituir o resultado alcançado porquanto desfavorável às suas pretensões. Porém, tornou-se inconteste pelo trabalho apresentado que o defeito não teve qualquer relação com o uso, que advém já desde a fabricação, e que inclusive é um defeito notório, comum ao tipo de tecnologia utilizado.

Não houve profundas elucubrações técnicas por parte do Sr. Perito porquanto elas não se fizeram necessárias. Quando do exame pericial, constatou-se de maneira táctil, isto é, mediante a simples utilização dos órgãos sensitivos a existência de problema no câmbio do veículo. Assim, comprovada a realidade necessária à procedência da demanda: houve aquisição de um veículo zero, com problema de fabricação no câmbio, o que tornou o bem impróprio para uso não

Acesso ao Sumário

obstante ter sido oportunizado tempo suficiente para reparação, sem qualquer sucesso nesta empreitada.

Quanto ao fato de o vício ser sanável, vale destacar que, visando à preservação do contrato, a lei consumerista previu o prazo de trinta dias para que fosse reparado o vício (art. 18 do CDC). Uma vez ausente a reparação devida, surge ao consumidor o direito de optar por um dos caminhos elencados nos incisos do art. 18, §1º, do CDC, momento em que, sopesando-se os valores envolvidos, o legislador optou por garantir a tutela dos direitos do consumidor vulnerável em detrimento de qualquer outra proteção ao fornecedor que coloca produto viciado no mercado e que não observa o prazo legal para solução do problema.

No mais, grande parte das alegações da corré **FORD** mostra-se irrelevante. É o caso da pretensa confusão do perito entre *recall* e campanha de satisfação, bem como do alegado excesso no cumprimento das funções do Perito, que teria emitido opinião pessoal sobre o tema. Some-se a isso o fato de ter sido suficientemente alegada a existência do vício, sua proveniência da fabricação e não do uso, justificando-se, pois, a resolução do contrato e o retorno das partes ao *status quo ante*.

E, na concretização desse desfazimento do contrato, descabido o desconto pela depreciação do bem ou pelos itens acessórios adquiridos quando da compra do veículo.

Quando à depreciação, não se ignora a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, advogando alguns no sentido de que haveria um enriquecimento ilícito em prol do consumidor caso não houvesse um desconto pelo tempo de uso do veículo.

Entendo, porém, que essa depreciação nada mais é do que um prejuízo material decorrente da própria conduta lesiva da fornecedora, isto é, não há qualquer ilícito praticado pelo consumidor a justificar que ele arque com esse dano. Isso sem mencionar que a opção exercida pelo autor à luz do CDC é "*a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos*", ou seja, não se leva em conta qualquer depreciação pelo uso do bem desde sempre viciado.

Nesse sentido, destaca-se:

Ação indenizatória - Sentença Julgamento "ultrapetita" ou "extrapetita" - Inocorrência - Rescisão requerida em antecipação de tutela - Preliminar de nulidade rejeitada - Vício do produto - Configuração - Devolução das partes ao "status quo ante" - Necessidade - Desconto relativo à depreciação do veículo - Descabimento - Correção monetária e juros de mora - Termos iniciais mantidos - Sucumbência recíproca caracterizada - Agravo retido não conhecido, apelos desprovidos. (TJSP - Apelação n. 0058673-50.2005.8.26.0506 - 29ª Câmara de Direito Privado - Des. Rel.

Acesso ao Sumário

Fortes Barbosa - Julgamento: 29.03.2017).

Igualmente descabido o desconto dos acessórios: trata-se de melhorias integradas ao veículo, sem qualquer utilidade ao autor caso dele desprendidas, e, ademais, integraram o total do valor do contrato cuja rescisão se dá nesta oportunidade.

Como já adiantado a título de preliminar, a responsabilidade da corré **NAVESA** se mantém nos termos do art. 18 do CDC. Assim, ainda que não haja vício no serviço de reparação do veículo por ela prestado, sua responsabilidade é proveniente da colocação do automóvel no mercado, vendendo-o para o autor (fls. 15). Eventual ausência de responsabilidade, considerando o vício desde a fabricação, somente é relevante para fins de regresso, não, porém, perante o consumidor.

Sobre o tema, convém ressaltar a lição do ilustre Orlando Gomes:

"Dano moral é, portanto, o constrangimento que alguém experimenta em conseqüência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem. (...) Observe-se, porém, que esse dano não é propriamente indenizável, visto como indenização significa eliminação do prejuízo e das consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial. Prefere-se dizer que é compensável. Trata-se de compensação, e não de ressarcimento. Entendida nestes termos a obrigação de quem o produziu, afasta-se a objeção de que o dinheiro não pode ser o equivalente da dor, porque se reconhece que, no caso, exerce outra função dupla, a de expiação, em relação ao culpado, e a de satisfação, em relação à culpa". (*in* "Obrigações", 11ª ed. Forense, pp. 271/272).

Quanto à necessidade de comprovação, importante notar que a caracterização do dano moral decorre da própria conduta lesiva, sendo aferido segundo o senso comum do homem médio, conforme leciona Carlos Alberto Bittar:

"(...) na concepção moderna da teoria da reparação dos danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação (...) o dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge 'ex facto' ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em 'damnum in re ipsa'. Ora, trata-se de presunção absoluta ou 'iure et de iure', como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em contrário. Com efeito corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral." (in "Reparação Civil por Danos Morais", Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed., pp. 202/204)

Evidente a repercussão negativa gerada pelo descaso com que o tema foi tratado desde o início pelas fornecedoras. Além da inserção de produto viciado

Acesso ao Sumário

no mercado, o autor teve que se submeter a diversas tentativas de resolução extrajudiciais, todas infrutíferas, tendo sido privado por meses da utilização do veículo zero quilômetro, frustrando a legítima expectativa de usufruir um bem de tão difícil aquisição e tão relevante para a vida moderna.

Resta, por fim, a análise do *quantum* indenizatório.

A dificuldade inerente a tal questão reside no fato da lesão a bens meramente extrapatrimoniais não ser passível de exata quantificação monetária, vez que impossível seria determinar o exato valor da honra, do bem estar, do bom nome ou da dor suportada pelo ser humano.

Não trazendo a legislação pátria critérios objetivos a serem adotados, a doutrina e a jurisprudência apontam para a necessidade de cuidado, devendo o valor estipulado atender de forma justa e eficiente a todas as funções atribuídas à indenização: ressarcir a vítima pelo abalo sofrido (função satisfativa) e punir o agressor de forma a não encorajar novas práticas lesivas (função pedagógica).

Tomando-se por base aspectos do caso concreto - extensão do dano, condições socioeconômicas e culturais das partes, condições psicológicas e grau de culpa dos envolvidos - o valor deve ser arbitrado de maneira que atinja de forma relevante o patrimônio do ofensor, porém sem ensejar enriquecimento ilícito da vítima.

Assim, com base no acima exposto, julgo que o valor arbitrado em Primeiro Grau é suficiente e adequado a sanar a situação enfrentada, inclusive considerando o teor do art. 944 do CC.

Por fim, em atenção ao disposto no artigo 85, §§ 1º e 11 do Novo Código de Processo Civil, segundo os quais o Tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, determino o aumento dos honorários de sucumbência arbitrados em Primeiro Grau para 15% do valor da condenação.

Cumpre observar que a majoração dos honorários em grau recursal visa a remunerar o esforço extra desempenhado pelo patrono do vencedor, que supera àquele exercido em Primeiro Grau de jurisdição, além de constituir meio de coibir a interposição de recursos infundados, com fim estritamente protelatório.

Pelo exposto, nego provimento a ambos os recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010136-54.2017.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante CARLOS ALBERTO NOVAIS, são apelados ANALIA MONTEIRO SALES DO

NASCIMENTO e EDSON SALES DO NASCIMENTO.

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 31.746)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e CESAR LUIZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 4 de maio de 2018.

CESAR LACERDA, Relator

Ementa: Locação de imóveis. Ação de cobrança. Reparação dos danos constatados no imóvel locado. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Não identificada a necessidade ou mesmo a utilidade da produção da prova requerida, não há que se falar em cerceamento de defesa. Obrigação legal do locatário de restituir o imóvel no estado em que foi recebido. Art. 23, III, da Lei nº 8.245/91. Danos no imóvel. Mau uso. Inocorrência. Fotografias juntadas aos autos que sugerem desgaste natural, não se vislumbrando mau uso. Recurso não provido.

VOTO

Ex-locador apela da respeitável sentença de fls. 128/130, declarada a fls. 139, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização movida em face de ex-fiadores. Sustenta, preliminarmente, que o julgamento antecipado da lide cerceou seu direito de defesa, pois não lhe foi dada oportunidade de produzir prova testemunhal. No mérito, argumenta que o risco existente na porta do armário do dormitório I foi ampliado, além de outros que foram criados. Pugna pela reforma da decisão recorrida.

Recurso regularmente processado, com resposta.

É o relatório.

Inicialmente, rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa, inocorrente na espécie.

Conquanto o apelante houvesse requerido a produção de prova testemunhal para comprovar suas alegações, considera-se que a prova documental acostada aos autos foi suficiente para a solução da lide, tendo em vista os contornos das questões controvertidas, sem que se identificasse a necessidade ou mesmo a utilidade de produção de outras provas, donde ter sido correto o julgamento

Acesso ao Sumário

antecipado da lide.

Ademais, no tocante ao julgamento antecipado da lide, há disposição legal expressa autorizando o juiz a procedê-lo tão logo forme sua convicção e a matéria seja somente de direito ou a controvérsia já esteja suficientemente esclarecida.

Superado esse aspecto, tem-se que, o recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação de cobrança em que o autor pretende sejam os réus condenados ao pagamento das despesas necessárias para reparação do imóvel locado, consistente em troca de parte da porta do armário do quarto I que está danificada com riscos.

Com efeito, dentre as obrigações do locatário está a de "**restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal**" (art. 23, III, da Lei nº 8.245/91), de modo que o locador responde com exclusividade pelo desgaste resultante do uso normal do imóvel, em face de preceito de natureza cogente.

No caso concreto, como bem consignou o d. magistrado sentenciante "**há laudo de vistoria firmado pelo locatário (fls. 42), onde se apontam os vícios ora em cobrança. Quanto aos riscos em um armário, é possível nota-los tanto no laudo de entrada de fls. 25 como no de saída de fls. 35.**

Destarte, se já existiam ao tempo da locação, não cabe aos requeridos a recomposição.

As demais peças danificadas não podem ser consideradas como decorrentes de uso, ainda mais quando o imóvel ficou ocupado apenas por um ano.

Assim, de rigor a condenação à reparação quanto à maçaneta da porta do WC e amortecedores e puxadores da cozinha, no valor de R$ 125,00".

Outrossim, considera-se verossímil a alegação dos apelados de que a porta do armário, sendo de correr, causava atrito pela pressão da outra parte da porta ao ser movimentada, fato gerado pela imprópria montagem do móvel em questão, conforme se vê nas fotos de fls. 85.

Em face desse contexto, tem-se que os elementos dos autos não são suficientes para demonstrar que o dano é decorrente de mau uso, e sim sugere desgaste natural.

O pleito de aplicação das penas da litigância de má-fé, formulado em contrarrazões, não merece agasalho, pois não se identifica que o apelante tenha dolosamente praticado qualquer das condutas descritas no art. 80 do Código de Processo Civil.

Por fim, considerando o trabalho adicional desenvolvido nesta fase recursal pelo advogado da parte vencedora, os honorários sucumbenciais fixados

Acesso ao Sumário

na sentença ficam majorados de R$ 500,00 para R$ 650,00 nos termos do art. 85, § 11º, do Estatuto de Ritos de 2015.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008523-24.2016.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante TELEFONICA BRASIL S/A, é apelada KEILA DE OLIVEIRA LEONELLO FORTUNATO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.359)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 4 de maio de 2018.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CUMULADA COM INDENIZATÓRIA - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - CONDENAÇÃO NO PAGAMENTO DE CUSTAS E HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INTERNET - PROTOCOLOS JUNTADOS PELA AUTORA - AUSÊNCIA DE PROVAS CONTRÁRIAS - COBRANÇA INDEVIDA CONFIGURADA - RESSARCIMENTO BEM DOSADO PELO JUÍZO *A QUO* - PRETENSÃO RECURSAL AFASTADA - PRECEDENTE - SUCUMBÊNCIA EXCLUSIVA DA APELANTE - HONORÁRIOS MAJORADOS EM VIRTUDE DO TRABALHO RECURSAL - APELO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença de fls. 97/103, cujo relatório adoto, que julgou parcialmente procedente a ação de repetição de indébito cumulada

com indenizatória, condenando a ré ao pagamento de R$ 2.277,00 pelo indébito em dobro e R$ 8.000,00 a título de danos morais, devidamente corrigidos e acrescidos de juros. Honorários em 15% do valor atualizado da condenação, divididos igualmente entre as partes diante da sucumbência recíproca, assim como custas e despesas processuais, observada gratuidade.

Recorre a ré vencida em busca de reforma do julgado. Alega ausência de responsabilidade pelos fatos e inexistência de dano moral indenizável, reputando corretamente prestado o serviço. Pretende também afastar a devolução em dobro dos valores, ao final requerendo reforma do montante arbitrado a título de honorários.

Recurso contrariado.

É o Relatório.

Registre-se que o recurso é tempestivo e preenche os requisitos do art. 1.010, do CPC.

Observada devolutividade recursal, a inconformidade não comporta acolhida.

Extrai-se dos autos que a autora sofreu com constantes falhas na prestação de serviço de internet contratado com a recorrente, enquanto as cobranças eram efetuadas normalmente. A embasar suas alegações, menciona mais de 20 protocolos comunicando o problema, alguns deles também listados no documento de fls. 41/44.

A apelante, por sua vez, nada comprova em relação à regularidade do serviço ofertado. O argumento de que os protocolos citados pela autora não se encontram em seu sistema cai por terra frente o documento acima referido. Os retratos de seu programa informatizado colacionados às razões recursais são ilegíveis, além de trazerem informações igualmente ininteligíveis sobre a matéria, como já consignado pelo juízo *a quo*.

Dessa forma, não se desincumbindo de refutar as pretensões autorais, ônus que lhe cabia, especialmente ante o caráter consumerista da relação, patente sua responsabilidade pelos danos experimentados pela apelada.

Tratando-se de cobrança indevida perpetrada pela recorrente, resta patente a ofensa sofrida pela requerente, estando seu ressarcimento muito bem dosado pelo magistrado de piso, tanto de ordem material para ver a quantia restituída em dobro pela incidência do artigo 42 do CDC, quanto de ordem moral em atenção à capacidade financeira das partes e a dimensão do prejuízo suportado.

No mais, visando definitivamente afastar a pretensão recursal, segue jurisprudência desta C. 31ª Câmara de Direito Privado em caso análogo:

"APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA E ACESSO

Acesso ao Sumário

À INTERNET (SPEEDY). INDISPONIBILIDADE DOS SERVIÇOS CONTRATADOS E COBRANÇA DE VALORES INDEVIDOS. RÉ QUE NÃO DEMONSTROU A REGULARIDADE DE SEU PROCEDIMENTO. MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. Era ônus da ré desconstituir, de modo idôneo as assertivas da autora deduzidas na petição inicial, o que não ocorreu no presente caso; daí a procedência dos pedidos formulados.

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA E ACESSO À INTERNET (SPEEDY). INDISPONIBILIDADE DOS SERVIÇOS CONTRATADOS E COBRANÇA DE VALORES INDEVIDOS. RÉ QUE NÃO DEMONSTROU A REGULARIDADE DE SEU PROCEDIMENTO. MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA. DANO MORAL. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDAD. REDUÇÃO. IMPERTINÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. Configurado o dano moral, cabe ao Juízo perquirir qual a sua extensão, para então fixar o 'quantum' indenizatório. À míngua de uma legislação tarifada, deve o Juiz socorrer-se dos consagrados princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que a quantificação não seja ínfima, a ponto de não se prestar ao desiderato de desestímulo dos atos ilícitos, indesejáveis e lesivos a outrem, nem exagerada a ponto de implicar enriquecimento sem causa. Tem, pois, caráter dúplice: serve de consolo ao sofrimento experimentado pelo ofendido e tem cunho educativo ao causador do dano, com a finalidade de que aja de modo a evitar novas vítimas e ocorrências semelhantes. Com estes elementos balizadores, conclui-se ser razoável a cominação em R$ 8.000,00 fixados na r. sentença guerreada.

(...)"

(TJ/SP 31ª - Câmara de Direito Privado. AC 0002310-47.2014.8.26.0338, Relator: Des. Adilson de Araujo, Data de Julgamento: 05/09/2017)

No tangente à sucumbência, verifica-se inocorrente a reciprocidade declarada em primeiro grau, posto que decaiu a autora somente de parte do montante pedido como danos morais (Súmula 326 do C. STJ). Portanto, de rigor o reconhecimento da sucumbência exclusiva da apelante, devendo arcar com a integralidade dos ônus daí decorrentes.

Aliás, presentes os requisitos para tanto, majoro os honorários advocatícios previamente fixados, ante a incidência dos recursais (conforme artigo 85, §11, do Código de Processo Civil), para o patamar de 20% sobre o valor da condenação.

Nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1130751-93.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANTONIO JOSÉ PINTO VALLADA, é apelado PEDRO PAULO DE MENDONÇA ANTONÁCCIO.

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 23.946)**

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

São Paulo, 4 de maio de 2018.

FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, Relator

Ementa: Locação de imóvel. Ação de consignação de chaves. Recusa injusta. Ação julgada procedente. Apelação do réu. Renovação dos argumentos anteriores. Alegação de que o autor lhe deve o pagamento de multa por rescisão contratual, além de taxa condominial referente ao mês de novembro. Irrelevância. Direito de rescisão do locatário. Suposta existência de dívida que deve ser objeto de ação própria. Ademais, documentos que demonstram a tentativa de entrega de chaves pelo locatário. Atitudes do réu no sentido de postergar a entrega. Configurada recusa injusta do locador. Redução dos honorários advocatícios: Cabimento. Ausência de complexidade da ação, o que permite a fixação em 10% sobre o valor dado à causa, nos termo do §2°, do artigo 85, do NCPC. Sentença reformada nessa parte. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de ação de consignação de chaves ajuizada por Pedro Paulo de Mendonça Antonáccio, locatário, em face de Antonio José Pinto Vallada, julgada procedente pela r. sentença de fls. 106/107, verso, declarado rescindido o contrato de locação firmado entre as partes a partir de 30.11.2016, data da desocupação do imóvel. Em razão da sucumbência, foi o réu condenado ao

Acesso ao Sumário

pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em R$2.500,00.

Inconformado, apela o réu (fls. 109/114). Renova, em síntese, todos os seus argumentos anteriores. Afirma que na data agendada para a entrega das chaves, ficou preso no trânsito e que outra tentou agendar após esta data diversas vezes com o locatário, sem sucesso. Ressalta que, contudo, tinha intenção de fazer vistoria no imóvel. Alega má-fé do autor ao propor a ação no dia seguinte ao agendado para entregar as chaves. Assinala que o autor não pagou a multa punitiva correspondente à três aluguéis, tendo em vista a falta de vistoria e o valor do aluguel correspondente ao mês de novembro de 2016. Aduz que os honorários deveriam ter sido fixados de acordo com o §2° do artigo 85 do NCPC. Postula a reforma da r. sentença.

Contrarrazões a fls. 83/89.

É o relatório do necessário.

O recurso comporta provimento em parte.

A discussão versa sobre a recusa do réu apelante (locador) em receber as chaves do imóvel locado ao autor, como óbice à rescisão do contrato de locação firmado entre as partes.

Em que pese a alegação do réu de que em nenhum momento se recusou a receber as chaves, verifica-se que ele cai em contradição ao assinalar que a entrega das chaves estaria condicionada à vistoria do imóvel e que o autor lhe deve um valor a título de multa por rescisão contratual, além da taxa condominial referente ao mês de novembro de 2016.

Além do mais, as mensagens trocadas entre eles, juntadas aos autos pelo autor, são capazes de demonstrar as atitudes do réu no sentido de postergar o recebimento das chaves.

De todo modo, fato é que restou provado nos autos que o imóvel foi desocupado efetivamente em 30.11.2016, e que eventual existência de dívida ou multa deve ser buscada em ação própria, se o caso.

Acesso ao Sumário

Este Tribunal já enfrentou o tema diversas vezes, de forma que vale a pena trazer alguns arestos:

"*AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO DE CHAVES. Contrato de locação de imóvel residencial. Pedido de rescisão pela locatária. Locador que condicionou a rescisão à realização de reparos no imóvel. SENTENÇA de procedência para declarar a rescisão do contrato de locação havido entre as partes a partir de 28 de maio de 2015. APELAÇÃO do requerido, que insiste na extinção do feito sem exame do mérito, por perda do objeto, sob a alegação de que o contrato foi rescindido em 20 de julho de 2015, com o pagamento dos débitos pelos fiadores. ACOLHIMENTO PARCIAL. Eventuais danos e débitos pendentes que devem ser reclamados em Ação própria e não podem obstar a rescisão do*

contrato de locação. Recusa injustificada ao recebimento das chaves. Notícia de rescisão no dia 20 de julho de 2015, pactuada entre o locador e os fiadores, permitida a imissão na posse do locador. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido." (Apelação nº 1076068-43.2015.8.26.0100, Rel. Des. DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 30/08/2016);

"*APELAÇÃO. LOCAÇÃO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C CONSIGNAÇÃO DE PAGAMENTO. Recusa no recebimento das chaves sob a alegação da necessidade de reparação no imóvel. Inexistência de justa causa dos Locadores. Recusa ilegítima. Locatário que possui o direito subjetivo de resilição do contrato de locação, nos moldes estabelecidos pelo artigo 23, inciso III, da Lei nº 8.245/91. Eventuais despesas devem ser discutidas em ação autônoma. Precedentes. Litigância de má-fé não configurada. SENTENÇA MANTIDA, inclusive por seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno desta Corte. RECURSO DESPROVIDO.*" (Apelação nº 0005093-51.2011.8.26.0650, Rel. Des. AZUMA NISHI, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 14/07/2016);

E,

"*Civil e Processual Civil. Ação de rescisão de contrato de locação não residencial cumulada com pedido de consignação do imóvel locado, simbolicamente representado pelas chaves. Sentença de procedência. Pretensão à anulação ou à reforma integral. Não cabimento. Rejeição da preliminar de nulidade da sentença, porque inexistente propalado cerceamento de defesa. Como destinatário da prova, pode o juiz indeferir a que julgar desnecessária ao deslinde da controvérsia, a teor do artigo 130 do Código de Processo Civil. Recusa da locadora em receber as chaves sem a realização de vistoria, a pretexto da necessidade de reparos no imóvel para repô-lo no estado em que se encontrava ao tempo da celebração do contrato. Impossibilidade. Prorrogado o contrato de locação por prazo indeterminado, o locatário tem o poder (direito potestativo) de resili-lo a qualquer tempo, mediante declaração de vontade enviada por escrito ao locador, com aviso prévio de 30 dias (art. 6º, caput, da Lei n. 8.245/91), não sendo lícito ao senhorio, com base na alegação de inadimplemento contratual, opor-se à entrega do imóvel e a consequente extinção do contrato. Recusa injusta da locadora que impõe a procedência da demanda consignatória. Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça. Recurso não provido.*" (Apelação nº 0155118-14.2010.8.26.0100, Rel. Des. MOURÃO NETO, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 10/02/2014).

No mais, verifica-se que a demanda foi ajuizada em dezembro de 2016 e sentenciada em março de 2017 e que se trata de demanda simples, que não requer estudo de grande complexidade.

Acesso ao Sumário

Assim, ante a simplicidade da causa e a falta de requisitos que ensejassem maior complexidade ao trabalho desenvolvido pelos patronos, bem como por não ter conteúdo econômico e tão somente a consignação das chaves, reduzo o valor arbitrado para 10% sobre o valor dado à causa, por não se tratar de valor irrisório, nos termos do que determina o §2°, do artigo 85 do NCPC.

Assim, de rigor a reforma da r. sentença apenas na parte em que fixou os honorários advocatícios de sucumbência.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010530-47.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes SEBASTIÃO PAULO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) e MARCELO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado JULIO SIMÕES TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.921)**

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

São Paulo, 7 de maio de 2018.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO - RESPONSABILIDADE CIVIL - Colisão envolvendo veículo e motocicleta - Colisão traseira - Presunção de culpa elidida - Mudança de faixa de direção - Falta de cuidado do condutor do veículo que, ao se deslocar lateralmente, não adotou as cautelas necessárias, vindo a interceptar a trajetória de motocicleta que seguia atrás, mas na faixa ao lado - Ação julgada improcedente - Sentença reformada. - Apelação PROVIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Trata-se de apelação tempestiva e isenta de preparo (fls. 136/141), interposta contra a r. sentença de fls. 125/127, declarada (fls. 133), que julgou procedente a ação de reparação de danos materiais decorrentes de acidente de veículos e condenou os réus ao pagamento da quantia de R$ 3.387,00, além das custas e honorários advocatícios de R$ 500,00.

Inconformados, os réus apelam para pedir a reforma da sentença. Questionam o julgamento antecipado sem que lhes fosse possibilitada a produção de provas. No mérito, defendem que a autora não se desincumbiu do ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito afirmado. Aguardam o provimento do recurso.

Contrarrazões fls. 144/150.

A parte apelante manifestou-se favoravelmente ao julgamento virtual (fls. 154).

É o relatório.

2) Trata-se de apurar responsabilidade civil decorrente de acidente de trânsito ocorrido no dia 28 de março de 2016, por volta de 8,40 horas, envolvendo os veículos Ford-Ka SE, placas FDZ 8720 e a motocicleta Honda CG-125, placa CHK 9849. Conforme os fatos descritos na inicial, o veículo de propriedade da autora seguia pela 2ª faixa de rolamento da Rodovia Imigrantes quando, em determinado trecho, deslocou-se lateralmente com o propósito de alcançar a 3ª faixa, quando, então, veio a ser colidido por trás pela motocicleta.

A ação foi julgada procedente e os réus condenados a pagar os reparos orçados em R$ 3.387,00.

3) Respeitada, porém, a convicção do culto Magistrado sentenciante, o recurso está em caso de ser provido.

A versão do acidente trazida na petição inicial veicula típica colisão traseira em que, consoante regra de trânsito ordinária, **incide a presunção de culpa**, pois o condutor que assim procede não terá observado o dever de manter distância regulamentar, nos termos do artigo 29, inciso II, do Código Nacional de Trânsito.

Mas a presunção de culpa de quem colide atrás pode ser desfeita por prova em contrário, e foi o que se verificou no caso concreto, conforme o relatório do boletim de ocorrência de fls. 34, elaborado com base nas declarações dos envolvidos, no qual assim foi descrito o acidente:

"*Alega o condutor do veículo 01 que transitava no sentido São Bernardo do Campo x São Paulo, pela 3ª faixa de rolamento, onde ao atingir o citado quilômetro, o veículo 02 adentrou repentinamente sua frente, e por não haver*

Acesso ao Sumário

tempo hábil de evitar a colisão, acabou colidindo contra a traseira do veículo e na sequência a tombar sobre a faixa de rolamento;

...

Alega o condutor do veículo 02 que, transitava no mesmo sentido que o veículo 01, só que pela 2ª faixa de rolamento, onde ao atingir o citado quilômetro, ***após visualizar que tinha plenas condições, sinalizou e iniciou a mudança para a 3ª faixa*** *de rolamento, momento este que o veículo 01 veio a colidir contra a traseira do seu veículo.*"

Diante dessa descrição dos condutores dos veículos, é forçoso reconhecer que o acidente foi causado por culpa exclusiva do condutor do veículo de propriedade da autora/apelada, pois, como é cediço, manobras de mudança de faixas sempre exigem cautela e prudência redobradas. Ele disso tinha ciência, tanto assim que declarou julgar que tinha condições de tempo e espaço para empreender a manobra, mas a realidade demonstrou que isso não ocorria, e assim o carro "*fechou*" a trajetória da motocicleta, e a colisão foi inevitável.

Toda conversão deve ser precedida dos cuidados e cautelas que a manobra exige. Dada a importância da manobra, o Código de Trânsito Brasileiro, no artigo 35, faz expressa referência a ela, nos seguintes termos:

> "*Antes de iniciar qualquer manobra que* ***implique um deslocamento lateral****, o condutor deverá indicar seu propósito de forma clara e com a devida antecedência, por meio da luz indicadora de direção do seu veículo, ou fazendo gesto convencional de braço.*
>
> *Parágrafo único: Entende-se por deslocamento lateral a* ***transposição de faixas, movimentos de conversão à direita, à esquerda e retornos.***"

Mudanças de faixas de rolamento constituem uma das principais causas de acidentes, sobretudo quando são realizadas em rodovias, cujos limites de velocidade são sempre mais elevados.

No caso em exame, a manobra de mudança da 2ª faixa de rolamento para a 3ª não é negada pelo condutor do veículo de propriedade da autora. A mera sinalização de intenção de mudança de faixa não basta para que a manobra seja realizada, não a torna segura. Deve o condutor prestar o máximo de atenção, pois sendo a Rodovia Imigrantes, naquele trecho, dotada de mais de duas faixas de rolamento, é sempre possível e presumido que algum outro veículo esteja a se deslocar pela faixa vizinha.

Acesso ao Sumário

Diante das provas produzidas, é possível a conclusão de que a **causa determinante** do acidente em análise decorreu da manobra de transposição de faixa de rolamento pelo condutor do veículo de propriedade da autora, sem a observância dos cuidados e do momento devidos.

Assim assentada a dinâmica do acidente pelos dados contidos nos autos,

a improcedência da ação é medida de rigor.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a ação**, invertidos os ônus da sucumbência, arcando a autora com as custas e honorários advocatícios de 20% do valor da causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010577-11.2017.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante COMÉRCIO E INDÚSTRIA ORSI LTDA., é apelado WELLINGTON RODRIGO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.446)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANA CATARINA STRAUCH (Presidente sem voto), MARCOS GOZZO e CAMPOS PETRONI.

São Paulo, 7 de maio de 2018.

MOURÃO NETO, Relator

Ementa: Civil. Ação de indenização. Autor que afirma ter experimentado dano moral em razão da ingestão de alimento impróprio para consumo. Sentença de procedência. Pretensão à reforma. "Carunchos" no alimento (macarrão) que foram comprovados pelas fotografias que instruíram a petição inicial. Consumo afirmado e confirmado no depoimento pessoal e não contrariado. Precedente. Constatação, porém, de que, considerando as peculiaridades do caso concreto, trata-se de dano leve, por isso que o quantum indenizatório comporta redução. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

I - Relatório.

Consoante a petição inicial e os documentos que a instruíram (fls. 1/34), Wellington Rodrigo dos Santos, ora apelado, ajuizou esta demanda aduzindo

que adquiriu macarrão fabricado pela ré e depois de consumir parte do produto, em 19/3/2017, constatou a presença de larvas.

Acrescenta que após a preparação do alimento encontrou carunchos, juntando as respectivas fotografias.

Com base nesta causa de pedir, o autor postulou a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, no montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Citada, a ré ofereceu contestação arguindo, preliminarmente, a inépcia da petição inicial. No mérito, sustenta que "*sem o cupom fiscal não é possível identificar a data de compra (para saber por quanto tempo o produto ficou armazenado na residência do autor e até mesmo o prazo de decadência definido no artigo 26, I do CDC)*". Em seguida, defende que seus produtos passam por rigoroso controle de qualidade e que o autor não comprova ter adquirido o produto contaminado e nem fez nenhuma reclamação administrativamente. Aduz que "*a infestação de caruncho ocorreu após o processo de produção*", esclarecendo que é possível que "*o inseto migre de um cereal para o outro*", o que pode ter ocorrido na residência do autor, ressaltando o fato de que "*a infestação por caruncho não é considerada uma contaminação com risco à saúde humana*". Sustenta também que as fotos que instruíram a inicial indicam que não haveria motivos razão para consumo. Em decorrência, defende a inexistência de danos morais a serem indenizados, tecendo, por cautela, considerações sobre o *quantum* indenizatório (fls. 40/51).

Colhida a réplica (fls. 87/89), as partes se manifestaram sobre provas (fls. 94/95), ao que seguiu da decisão saneadora afastou a preliminar arguida e deferiu a prova oral consistente no depoimento pessoal do autor (fls. 96/97 e 107).

Na sequência, sobreveio a sentença que julgou procedente o pedido para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação (fls. 104/106).

Neste recurso, a ré postula a reforma da sentença, repisando, em síntese, as alegações lançadas na contestação. Subsidiariamente, pede a redução do *quantum* indenizatório (fls. 110/119).

Contrarrazões a fls. 124/132.

II - Fundamentação.

O apelo se sujeita à disciplina do Código de Processo Civil de 2015 quanto ao juízo de admissibilidade (sentença tornada pública - liberada nos autos digitais - em 9 de maio de 2017), e **comporta provimento em parte**.

De início, não prospera a alegação da apelante relativa à "ausência de cupom fiscal" para "fazer prova do prazo decadencial" (fls. 113).

Isso porque, tratando-se o caso de indenização por dano moral decorrente em razão do fato do produto, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, não havendo lugar para se cogitar de decadência.

Por outro lado, quanto ao mérito propriamente dito, certo é que na petição inicial o autor bateu forte na alegação de que o propalado dano moral é decorrente do consumo do produto impróprio fabricado pela apelante, nos seguintes termos: *"Conforme se verifica nas fotos em anexo, há uma infestação de caruncho, insetos e pragas no macarrão, sendo que a maioria dos macarrões estão totalmente corroídos. (...) Assim, as alegações aqui apresentadas enquadra-se no entendimento da aplicabilidade do dano moral in re ipsa, tendo em vista o consumo do alimento improprio pela autor, devendo assim a ré ser condenada à reparação pelos danos morais causados" (sic)* (fls. 6 e 11).

Na lição de Rui Stoco, "*o indivíduo, em razão de determinado fato, sofre fortes emoções que ofendem ou alteram o seu psiquismo e comportamento durante determinado período de tempo*", situação que configura dano moral, uma vez que, "*neste caso, 'dano psíquico' exsurge tão somente como expressão sinônima de 'dano moral', em que a pessoa é atingida na sua parte interior anímica ou psíquica, através de inúmeras decisões desagradáveis e importunantes, como, por exemplo, a dor, a angústia, o sofrimento, a tristeza, o vazio, o medo, a insegurança, o desolamento e outros*" (Tratado de responsabilidade civil. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Tomo II, página 929).

Segundo Yussef Cahali, "*é possível distinguir-se, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos danos extrapatrimoniais ou morais; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, e o sofrimento psíquico ou moral, as dores, as angústias e as frustrações infligidas ao ofendido*" (Dano moral. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Página 18).

E conforme Antônio Jeová Santos, "*o que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo*", acrescentando que "*se do ato de outra pessoa resultar alteração desfavorável, aquela dor profunda que causa modificações no estado anímico, aí está o início da busca do dano moral*" (Dano moral indenizável. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Páginas 94/95).

Com fulcro nessas lições doutrinárias, forçoso reconhecer que não assiste razão à apelante, pois, embora leve, ocorreu o dano moral.

Ressalta-se no caso dos autos que o autor confirmou a alegação relativa ao consumo do alimento em seu depoimento pessoal (fls. 107).

Nesse contexto, a sentença julgou procedente o pedido, ao seguinte fundamento (fls. 104 - grifo não original):

Acesso ao Sumário

> "Cuida-se de ação de indenização de danos morais fundada em acidente de consumo. O autor alega ter consumido produto adulterado de fabricação da ré. Conforme o despacho saneador, o ônus da prova foi carreado ao autor, que dele se desincumbiu. **A inicial traz fotos do produto de fabricação da ré impróprio para o consumo. Daí porque, não contrariada a afirmação do que o autor o consumiu**, é irrelevante a discussão sobre a aquisição dele. Isso porque, ao consumir o produto adulterado o autor se colocou na posição de consumidor".

A propósito, cumpre mencionar precedente desta C. Corte proferido em caso análogo, no qual foi reconhecida a ocorrência de dano moral:

> "APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - COMPRA E VENDA DE PRODUTO ALIMENTÍCIO - RELAÇÃO DE CONSUMO HAVIDA ENTRE AS PARTES LITIGANTES - PRESENÇA DE LARVAS VIVAS DENTRO DE BOMBONS ADQUIRIDOS E INGERIDOS PELO AUTOR - ALIMENTO IMPRÓPRIO PARA CONSUMO - DANO MORAL CONFIGURADO - SITUAÇÃO QUE EXTRAPOLA O MERO ABORRECIMENTO E ATINGE O PATAMAR DE LESÃO ANÍMICA PASSÍVEL DE REPARAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS." (Apelação n. 0008854-12.2014.8.26.0157, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cesar Luiz de Almeida, j. 17/04/2018, v.u.)

Não passa despercebido que a apelante em sua contestação bateu forte na alegação de que "*a infestação por caruncho não é considerada uma contaminação com risco à saúde humana*" (fls. 45), o que em nada corrobora a sua tese.

Não obstante, respeitado o entendimento do MM. Juízo *a quo*, como acima consignado se trata de dano leve, de baixa intensidade, merecendo prosperar a pretensão subsidiária da apelante no que toca à redução do *quantum* indenizatório.

Vale consignar que o próprio autor afirmou em seu depoimento que a ingestão não prejudicou sua saúde.

Acesso ao Sumário

Desse modo, o arbitramento fica muito bem e razoavelmente feito em R$ 2.000,00 (dois mil reais), que, de um lado, suficientemente conforta (compensa) materialmente o consumidor e, de outro, convida a ré a modificar seus procedimentos (função pedagógica). E isso sem indevido enriquecimento sem causa. Anote-se que o valor ora arbitrado coincide com o que foi fixado no precedente acima invocado.

A correção monetária, em se tratando de indenização por dano moral, incide a partir de seu arbitramento; no caso, incidirá a partir deste julgamento, que reviu, para menos, o valor arbitrado em primeiro grau de jurisdição.

Cabe anotar que a redução da indenização, a título de reparação do

dano moral, não implica sucumbência, a teor da Súmula n. 326 do C. Superior Tribunal de Justiça, de modo que em nada se altera a sentença quanto às verbas sucumbenciais.

Por fim, acolhido em parte o recurso, não há lugar para a incidência do § 11 do art. 85 do CPC (STJ, 3ª Turma, Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.573.573/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 04/04/2017, DJe 08/05/2017).

III - Conclusão.

Diante do exposto, **dá-se provimento em parte ao recurso** para reduzir a indenização por dano moral a R$ 2.000,00 (dois mil reais), com correção monetária a partir do arbitramento (ou seja, a partir deste julgamento).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008319-31.2017.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes MARIA APARECIDA CLARO (JUSTIÇA GRATUITA) e DIOGO FABIANO CLARO ALVES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MENÉSIO ARAÚJO DA SILVA - ME.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.294)**

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

São Paulo, 8 de maio de 2018.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA - VEÍCULO USADO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO OCULTO - NÃO COMPROVAÇÃO - ÔNUS DOS AUTORES - RECURSO IMPROVIDO, REJEITADA A PRELIMINAR. Para que haja vício redibitório é necessário que o defeito oculto exista no momento da aquisição e que o adquirente desconheça a sua existência.

VOTO

Ação de obrigação de fazer e resilição contratual cumulada com

Acesso ao Sumário

indenização por danos materiais e morais, fundada em compra e venda de veículo, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 399/401, cujo relatório adoto.

Inconformados, apelam os autores. Acenam, preliminarmente, com a intempestividade da contestação e a revelia da ré que deixou de impugnar especificamente a inicial e os documentos que a instruíram, caracterizando-se, assim, hipótese de confissão ficta. No mérito, sustentam, em apertada síntese, que o veículo adquirido jamais foi vistoriado e apresentou vício oculto no sistema de arrefecimento, por negligência da apelada que deixou de levá-lo para a realização dos ***recalls*** necessários. Alegam, no mais, a existência de problemas na direção hidráulica, no coxim do motor e no câmbio automático, todos dentro do prazo de garantia de 90 (*noventa*) dias previsto no artigo 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, sem contar que o veículo permaneceu na empresa apelada, porém os defeitos não foram sanados. Buscam, por isso, a inversão do resultado do julgamento.

Recurso respondido. Isento de preparo em face da gratuidade processual.

É o relatório.

1) A presente apelação é processada no efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.012 do Código de Processo Civil.

2) Não há que se falar em intempestividade da contestação porquanto o prazo da defesa começa a correr da juntada aos autos do mandado de citação (*artigo 231, inciso II, do CPC*), ao passo que o art. 224, ***caput***, do mesmo ***codex*** estabelece que "*salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento*".

No caso, a empresa-ré protocolizou sua contestação em 09.10.2017 (*fl. 382*), ou seja, dentro do prazo legal de quinze dias úteis contados da juntada aos autos do mandado (*em 18.09.2017 - cf. fl. 378*), nos termos do disposto nos artigos 224 ***caput*** e 231, inciso II, ambos do CPC.

3) No mérito, o inconformismo, a meu ver, não merece prosperar.

Com efeito, não há que se falar em imposição da pena de revelia, em face da ausência de impugnação específica à inicial e seus documentos, uma vez que o contingente probatório não permite segura ilação sobre a existência de vício oculto à época da compra e venda do veículo.

Tratando-se de negócio envolvendo veículo com quase dez anos de uso, deveriam os autores ter adotado as cautelas necessárias, procedendo à criteriosa vistoria, através de mecânico de sua confiança, inexistindo prova de que assim agiram.

Vale dizer, quem adquire veículo usado não pode ignorar a presença do desgaste natural resultante de sua utilização; pelo contrário, deve analisá-lo para se certificar de seu estado de conservação, e se optar pela compra é porque o

Acesso ao Sumário

aceita na forma em que se encontra.

Para que haja vício redibitório é necessário que o defeito oculto exista no momento da aquisição, desconhecendo o adquirente a sua existência, o que a bem da verdade não se verificou.

Destaco, a propósito, os seguintes precedentes da lavra deste E. Tribunal, ***verbis***:

> *"**Bem móvel. Compra e venda de veículo usado. Aquisição de veículo com 8 anos de uso. Vício oculto. Afastado. Desgaste natural do uso do bem. Inobservância da cautela necessária ao adquirir veículo usado. Subsistência do negócio jurídico firmado entre as partes. Sentença reformada. Inversão da sucumbência. Recurso provido**" (Apelação nº 0018873-23.2009.8.26.0361, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Hamid Bdine).*
>
> *"**COMPRA E VENDA - VEÍCULO USADO ADQUIRIDO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRAVA - VÍCIO DO PRODUTO - RISCO DO COMPRADOR - AUSÊNCIA DE PROVA DE VÍCIO OCULTO - RECURSO NÃO PROVIDO. Veículo usado, com mais de quinze anos de uso, adquirido no estado em que se encontrava, não conta com garantia referente aos componentes comprometidos pelo desgaste natural decorrente do uso. Improcedência da ação mantida**" (Apelação nº 1022117-64.2015.8.26.0576, 31ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Ayrosa).*

No caso, os autores não se desincumbiram do ônus probatório que lhes competia (*art. 373, inciso I, CPC*), e nem mesmo se preocuparam em produzir prova pericial na tentativa de aferir se o apregoado vício existia à época da celebração do negócio.

Aliás, constou expressamente no contrato de compra e venda que "*o automóvel objeto do presente contrato é usado, apresentando desgastes e envelhecimento inerentes aos seus anos de uso e quilometragem rodada" (cf. fl. 21)*, tudo levando a crer que os autores tinham conhecimento do estado do veículo no momento da aquisição.

Como corolário, não se vislumbrando conduta ilícita por parte da ré, não há que se cogitar de ressarcimento por danos materiais e morais, de sorte que resultado emprestado ao litígio não poderia ser diverso daquele alvitrado em primeiro grau.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, rejeitada a preliminar.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003623-47.2017.8.26.0297, da Comarca de Jales, em que é apelante SOMPO SEGUROS S/A ATUAL DENOMINAÇÃO DE YASUDA MARÍTIMA SEGUROS S/A, são apelados GERCÍDIO CAMILO (JUSTIÇA GRATUITA), GERCÍLIA CAMILO (JUSTIÇA GRATUITA), SILVA MARTA LOPES TORRES SESTARI (JUSTIÇA GRATUITA), SERGIO MARCOS LOPES TORRES (JUSTIÇA GRATUITA), SEMEI LOPES TORRES (JUSTIÇA GRATUITA) e JAIR CAMILO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.153)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente) e FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 10 de maio de 2018.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Seguro de vida. Ação de cobrança movida por beneficiários. Indenização securitária por morte do segurado. Procedência em parte. Acidente automobilístico que vitimou o segurado e sua companheira. Comoriência. Rompimento dos vínculos jurídicos entre o segurado e sua convivente, com extinção dos direitos sucessórios. Ausência de indicação de beneficiários na apólice de seguro. Prevalência da ordem legal de vocação hereditária (art. 1.829 do CC). Falecido que deixou apenas parentes colaterais (irmãos), autores da ação. Condição de beneficiários que restou demonstrada de forma cabal na presente demanda. Alegação de inexistência de regulação do sinistro que se mostra despicienda diante dos subsídios colhidos no feito e que comprovam a contratação e vigência do seguro, o evento morte e a condição legal de beneficiários ostentada pelos autores. Dever de pagar indenização contratada. Rateio entre os requerentes que deverá observar o disposto na partilha, homologada por sentença com trânsito em julgado. Recurso

Acesso ao Sumário

desprovido, com observação.

Consoante se vê, o segurado e sua companheira foram a óbito por ocasião do mesmo evento e no mesmo horário, não sendo possível aferir qual deles faleceu primeiro, restando configurada, portanto, a comoriência (art. 8º do CC). Em consequência, houve rompimento dos vínculos jurídicos entre eles, com extinção dos direitos sucessórios, pelo que somente os parentes do segurado fazem jus ao recebimento da herança por ele deixada.

O segurado não indicou beneficiário ao contratar o seguro, prevalecendo, por isso, a ordem de vocação hereditária estabelecida pelo art. 1.829 do CC e que favorece seus parentes colaterais (irmãos), haja vista que não deixou descentes ou ascendentes.

Diante de tais considerações, a seguradora não se isenta do pagamento da indenização mediante simples alegação de que os autores não teriam entregado declaração de únicos herdeiros, mesmo porque tal condição se encontra demonstrada à exaustão na presente demanda.

Por outro lado, mostra-se irrelevante a assertiva de que os autores não fizeram comunicação do sinistro na medida em que ela própria noticia que o procedimento administrativo foi deflagrado pelos herdeiros da companheira do segurado.

Seja como for, os subsídios que instruem o feito comprovam a contratação e vigência do seguro de vida, bem como a cobertura para o evento morte, que também restou demonstrado nos autos com todas as circunstâncias que o envolveram, restando dirimidas, ainda, quaisquer dúvidas acerca dos verdadeiros beneficiários. Em face de tais elementos, apuradas a causa, natureza e extensão do dano decorrente do sinistro, a condenação da seguradora ao pagamento da indenização reclamada era mesmo medida de rigor, ressaltando que a distribuição do montante respectivo deverá observar a partilha homologada por sentença (fls. 109/114 e 140), com trânsito em julgado na data de 19.05.2017 (fl. 141).

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra r. sentença de fls. 384/389 que julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a ré a pagar aos autores indenização securitária no valor de R$ 55.000,00, atualizado monetariamente de acordo com a Tabela Prática do TJ/SP desde o falecimento do segurado, com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, extinta a ação nos termos do art. 487, inc. I, do CPC, arcando ainda com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da condenação, com juros a partir do trânsito em julgado (art. 85, § 16º, do CPC).

Diz a ré apelante que há irregularidade na regulação do sinistro uma vez que não houve abertura do procedimento administrativo pelos autores, não devendo ser desconsiderada a regulação promovida por outros beneficiários. Assevera que os apelados deveriam ter entregado declaração de únicos herdeiros, haja vista que os filhos da companheira do falecido também pleitearam o pagamento do capital segurado, sem considerar que a sentença de partilha ressalvou direitos de terceiros. Alega que, mesmo havendo comoriência entre o segurado e sua companheira, as meras alegações dos autores nesse sentido não impedem posterior discussão em relação aos filhos da falecida. Busca, por isso, a improcedência da ação, ou subsidiariamente, o pagamento da indenização em valores iguais aos colaterais do segurado, ressalvando que a parcela devida à irmã falecida (Genira) deverá ser rateada em partes iguais entre seus filhos.

Recurso tempestivo, processado com preparo e contrarrazões, os autos restaram encaminhados a este E. Tribunal.

É o resumo do essencial.

Pretendem os autores a condenação da requerida ao pagamento de indenização securitária em decorrência do falecimento do segurado Gilson Camilo e de sua companheira, ocorrido em 06.07.2014, em razão de acidente automobilístico.

A requerida, por seu turno, justifica a recusa ao pagamento na ausência de apresentação de documentos necessários à regulação do sinistro, com destaque para a declaração de únicos herdeiros, uma vez que os filhos da companheira do segurado também manifestaram interesse no recebimento da indenização.

Consoante se extrai dos documentos colacionados às fls. 56/69 (laudos periciais, boletim de ocorrência e certidões de óbito), o segurado e sua companheira foram a óbito por ocasião do mesmo evento e no mesmo horário, não sendo possível aferir qual deles faleceu primeiro, restando configurado, portanto, o instituto da comoriência. Segundo dispõe o art. 8º do Código Civil, "*Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos*". Em consequência, houve rompimento dos vínculos

Acesso ao Sumário

jurídicos entre o segurado e sua companheira, com extinção dos direitos sucessórios, pelo que somente os parentes do primeiro fazem jus ao recebimento da herança por ele deixada.

No caso, o segurado não indicou beneficiários na apólice de seguro e, afastada a transmissão sucessória à sua companheira pela comoriência, somente seus herdeiros legais terão direito à percepção da indenização (art. 792 do CC), prevalecendo, destarte, a ordem estabelecida pelo art. 1.821 do Código Civil.

Segundo se infere do procedimento de inventário e partilha, o segurado não deixou ascendentes ou descendentes, figurando, portanto, como herdeiros apenas seus parentes colaterais (irmãos), ora apelados.

Diante de tais considerações, não isenta a seguradora do pagamento da indenização a simples alegação de que os autores não teriam entregado declaração de únicos herdeiros na medida em que tal condição encontra-se demonstrada à exaustão na presente demanda.

Por outro lado, a seguradora noticiou nas razões recursais a abertura de sinistro pelos herdeiros da companheira do segurado, todavia, não elencou os documentos por eles fornecidos, tampouco indicou especificamente os elementos faltantes à regulação do sinistro. Se houve comunicação do evento à seguradora, com a consequente deflagração do procedimento administrativo, cabia à apelante, ao alegar ausência de documentos, indicar os já fornecidos e os pendentes, não havendo qualquer razoabilidade em exigir elementos dos quais já tomou conhecimento, sem considerar que se mostra irrelevante à solução do litígio a alegação de comunicação do sinistro por pessoas diversas dos beneficiários legais.

Seja como for, os subsídios que instruem o feito comprovam a contratação e vigência do seguro de vida, bem como a cobertura para o evento morte, que também restou demonstrado nos autos com todas as circunstâncias que o envolveram, restando dirimidas, ainda, quaisquer dúvidas acerca dos verdadeiros beneficiários. Em face de tais elementos, apuradas a causa, natureza e extensão do dano decorrente do sinistro, a condenação da seguradora ao pagamento da indenização reclamada era mesmo medida de rigor, ressaltando que a distribuição do montante respectivo deverá observar a partilha homologada por sentença (fls. 109/114 e 140), com trânsito em julgado na data de 19.05.2017 (fl. 141).

Por fim, considerando que a sentença restou proferida sob a égide do novo Código de Processo Civil, a verba honorária previamente fixada em 15% sobre o valor da condenação deve ser majorada para 17% sobre a mesma base de cálculo, em favor dos advogados dos autores, sendo cabíveis honorários sucumbenciais recursais, nos termos do disposto no artigo 85, § 11, do novo Código de Processo Civil.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001703-66.2016.8.26.0493, da Comarca de Regente Feijó, em que são apelantes MEIRILU CRISTINA OLIVEIRA ARAUJO DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), RAFAEL MICHAEL DE OLIVEIRA ARAUJO (JUSTIÇA GRATUITA) e PAULA DE OLIVEIRA ARAUJO ANDRADE (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SULAMERICA SEGUROS DE PESSOAS E PREVIDÊNCIA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar, negaram provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.547)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente) e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 10 de maio de 2018.

CARLOS NUNES, Relator

Ementa: NULIDADE PROCESSUAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - Não caracterização - Estando presentes nos autos elementos de prova suficientes para formar o convencimento do julgador, e uma vez que a prova requerida não teria o condão de alterar a verdade dos fatos, despicienda é a sua produção - Preliminar rejeitada.

SEGURO DE VIDA EM GRUPO E ACIDENTES PESSOAIS - Cobrança - Morte da segurada ocorrida em virtude de complicações de doença grave - Cobertura contratada apenas para caso de morte acidental - Inexistência de nexo de causalidade entre os procedimentos cirúrgicos e a morte - Ausência de cobertura - Risco não contratado e, portanto, não coberto - Interpretação do contrato que deve ser restritiva, e não ampliativa, não havendo como se exigir o pagamento de indenização sobre riscos excluídos do contrato - Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **MEIRILU CRISTINA OLIVEIRA ARAUJO DOS SANTOS E OUTROS**, junto aos autos da ação ordinária de cobrança que promove contra **SULAMERICA SEGUROS DE PESSOAS E PREVIDÊNCIA S/A**, ação essa julgada improcedente, conforme r. sentença de fls. 261/265, cujo relatório fica adotado.

Alega a apelante, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, pois seria necessária perícia junto à documentação juntada aos autos por profissional na área de saúde. No mérito, argumenta que a r. sentença não pode subsistir, já que ficou evidenciado nos autos que a morte da segurada se deu em função de complicações pós operatórias, porque se encontrava em perfeitas condições físicas. Aduz que a morte pós operatória é tida como acidental e não natural, trazendo jurisprudência nesse sentido. Por tais motivos, pugna pelo provimento do recurso, para o fim de se anular ou reformar a r. sentença (fls. 268/277).

Recurso regularmente processado, sem preparo (gratuidade de justiça), e respondido às fls. 281/288.

É o Relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto junto aos autos da ação ordinária de cobrança fundada em contrato de seguro de vida, avençado em 09/07/2013, e sucessivamente renovado.

De início, afasto a preliminar de cerceamento de defesa arguida pelos apelantes, pois o caso não estava a solicitar outras dilações.

Na verdade, após a produção de prova documental, o Juízo, convencido, proferiu a sua decisão. E a produção da prova pericial indireta seria desnecessária, já que a prova documental acostada aos autos já é suficiente para o deslinde da controvérsia, não havendo suporte para o reconhecimento da nulidade apontada.

Como se sabe, as provas são dirigidas ao Juiz da causa. É ele quem deve aquilatar, valorar, impor a necessidade de produção e outras provas. E, não sendo o caso de sua produção, já que convencido acerca dos fatos, o julgamento é mera consequência.

Afasto, pois, essa preliminar.

Quanto ao mérito, melhor sorte não assiste aos apelantes, vez que o recurso não convence do desacerto da r. sentença proferida.

Vejamos.

Pelo que consta dos autos, a genitora dos autores mantinha contrato de seguro de vida com a apelada, seguro esse que oferecia duas garantias: morte acidental e invalidez permanente total ou parcial por acidente (fls. 260).

Acesso ao Sumário

Em 01/02/2016, após ser submetido a uma cirurgia para implantação de prótese de quadril (artroplastia), a mãe dos apelantes veio a falecer, mas em decorrência de complicações pós-operatórias (choque hipovolêmico e hemorragia digestiva alta). As provas produzidas nos autos são firmes e seguras nesse sentido.

No entanto, e ao julgar a ação, o Juízo acabou entendendo que a causa da morte não poderia ser equiparada a uma morte acidental, vez que o contrato firmado não incluiria as complicações pós-operatórias como acidente pessoal, sendo certo que há exclusão expressa na avença acerca de complicações decorrentes de cirurgias.

E, pelo teor do contrato firmado, que possui interpretação restritiva, e não ampliativa, pois o próprio contrato, no item acidente pessoal, traz a sua definição e o seu alcance. E o item "b", dessa definição, já indicava que as intercorrências ou complicações consequentes da realização de exames, tratamentos clínicos ou cirúrgicos, quando não decorrentes da definição de acidente pessoal, não estariam cobertos.

Daí, a conclusão externada pelo Juízo se apresenta correta, pois os riscos da cirurgia para implantação de prótese de quadril já não estavam cobertos, e as complicações cirúrgicas também não.

Nesse sentido, aliás, é o seguinte julgado:

"SEGURO DE VIDA – MORTE DECORRENTE DE INFECÇÃO CIRÚRGICA - COBERTURA SECURITÁRIA - INEXISTÊNCIA. *Decorrendo a causa mortis de infecção inerente do risco cirúrgico e havendo no pacto securitário cláusula excludente de consequências cirúrgicas, não há que se falar em morte acidental. Ação improcedente."* ***(APELAÇÃO COM REVISÃO N° 861655-0/0 - Rel. Des. Clóvis Castelo, 11ª Câmara do extinto 2º TACSP, j. em 20/09/2004)***.

Não havendo previsão contratual, não há como se acolher o pleito inicial.

Dessa forma, correta se apresenta a decisão guerreada, que resiste aos argumentos do recurso, posto que a contratação havida não indica a possibilidade de pagamento por morte natural.

Daí as razões para o improvimento do reclamo, com a manutenção da sentença.

Por fim, de rigor a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais de R$ 3.000,00 para R$ 3.500,00, nos termos do §11 do art. 85 do CPC, observada a gratuidade judicial concedida aos autores.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **rejeitada a preliminar, NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004220-28.2013.8.26.0538, da Comarca de Santa Cruz das Palmeiras, em que é apelante EDUARDO ALVES DA SILVA, são apelados DIMAS JOSÉ BATISTA (JUSTIÇA GRATUITA) e ARQUIMEDES JOSÉ BATISTA.

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 23.706)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARANTES THEODORO (Presidente sem voto), MILTON CARVALHO e JAYME QUEIROZ LOPES.

São Paulo, 10 de maio de 2018.

WALTER CESAR EXNER, Relator

Ementa: Acidente de veículo. Ação de reparação de danos. Colisão frontal. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Desnecessária produção de prova pericial, única, ademais, requerida pela parte ré, que se l imita a reportar a pretensão à contestação, sem especificar sua utilidade. Provas suficientes para o desate da questão. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de reparação de danos decorrentes de acidente de veículo julgada parcialmente procedente pela respeitável sentença de fls. 77/81, complementada a fls. 93, para condenar os réus no pagamento de R$8.190,00 a título de danos materiais, corrigida do desembolso e juros da citação, além de R$3.000,00 de indenização pelo dano moral ao coautor Dimas com juros e correção do arbitramento.

Inconformados, apelam os réus visando a anulação da sentença por cerceamento de defesa, visto que pretendiam a produção de prova oral e testemunhal, a fim de demonstrar as condições da estrada vicinal em que se deu o acidente e existência das lesões reportadas pela parte autora.

Recurso regularmente processado, sem resposta da parte adversa.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais decorrente do incontroverso acidente envolvendo os veículos das partes.

O julgamento antecipado da lide era medida de rigor, não se vislumbrando nos autos o propalado cerceamento de defesa.

Com efeito, na esteira da jurisprudência, "*o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para produção de provas, ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide*" (STJ - AgRg no Ag 693.982 - SC - Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI - 4ª Turma - J. 17.10.2006, *in* DJ 20.11.2006, p. 316).

E na espécie dos autos, a questão tratada prescindia da produção de quaisquer outras provas, sendo absolutamente irrelevantes ao deslinde da questão a produção da prova pericial, única que os réus pleitearam em atenção ao despacho de especificação de provas, limitando-se a se reportar aos termos da contestação, sem sequer justificar a sua pertinência.

Nesse aspecto, a muito bem lançada sentença recorrida analisou com precisão as provas coligidas pelas partes para o desfecho da parcial procedência, tanto que incontroversa a invasão da contramão de direção pelo carro dos réus, que assim colheu frontalmente o veículo ocupado pelos autores, sendo irrelevante a alusão à má condição do leito carroçável que teria levado ao estouro do pneu, e consequente perda do controle da direção do conduzido.

Assim, ainda que os réus aleguem a imprevisibilidade do ocorrido, não há como afastar sua responsabilidade pelo acidente de trânsito em questão, já que a eles competia fazer prova, diante da dinâmica dos fatos, de que houve força maior ou caso fortuito a afastar o dever de indenizar, o que não se daria com a inócua prova pericial postulada.

Aliás, ao discorrer sobre casos análogos ao vertente, ensina Carlos Roberto Gonçalves que "*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. O fortuito interno, não. Assim, tem-se decidido que o estouro dos pneus do veículo não afasta a responsabilidade, ainda que bem conservados, porque previsível e ligado à máquina*" (Responsabilidade Civil, pág. 815). Ou seja, "*o fortuito interno, em que a causa está ligada à pessoa (como quando ocorre um mal súbito) ou à coisa (defeitos mecânicos, como estouro dos pneus, rompimento dos 'burrinhos' dos freios ou da barra da direção), não afasta a responsabilidade do agente, ainda que o veículo esteja bem cuidado e conservado, porque previsível. Defeitos mecânicos são previsíveis*" (ob. cit., pág. 819 - grifos nossos).

No mais, os documentos apresentados pelos autores bem demonstraram os

Acesso ao Sumário

danos materiais e corporais sofridos, o que evidencia a absoluta desnecessidade de realização de prova pericial, sendo acertadamente reconhecido o dever de indenizar tanto o dano material quanto o moral sofridos.

Logo, acertado o julgamento antecipado e a solução adotada, fica mantida na íntegra a r. decisão recorrida, majorados os honorários advocatícios para 12% sobre a condenação atualizada, observada a gratuidade concedida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013012-31.2017.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante DANIELA LONDRES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MOTOROLA MOBILITY COMÉRCIO DE PRODUTOS ELETRÔNICOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.181)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente), ANTONIO RIGOLIN e ADILSON DE ARAUJO.

São Paulo, 10 de maio de 2018.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: COMPRA E VENDA - APARELHO DE TELEFONE CELULAR - VÍCIO NO PRODUTO - ENCAMINHAMENTO À ASSISTÊNCIA TÉCNICA POR MAIS DE DUAS VEZES - COMPROVAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO APARELHO - REEMBOLSO DO VALOR PAGO - ADMISSIBILIDADE - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RECONHECIMENTO - PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO - IMPERTINÊNCIA - PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. Uma vez reconhecida a abusividade na conduta da ré, que não logrou êxito em consertar o aparelho de telefone celular adquirido

Acesso ao Sumário

pela autora por mais de duas oportunidades, estando ele ainda na assistência técnica, e tampouco efetuou a devolução do valor pago, gera-se o direito à reparação pelos danos materiais e também pelos danos morais experimentados, cuja quantificação deve levar em consideração o grau da culpa e a capacidade contributiva do ofensor, a extensão do dano suportado pela vítima e a sua participação no fato, de tal sorte a constituir em um valor que sirva de bálsamo para a honra ofendida e de punição ao ofensor, desestimulando-o e a terceiros a ter comportamento idêntico. No caso dos autos, o valor da indenização deve ser mantido (R$ 1.000,00), eis que fixado de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso não provido.

VOTO

DANIELA LONDRES propôs ação de indenização por danos materiais e morais em face de **MOTOROLA MOBILITY COMÉRCIO DE PRODUTOS ELETRÔNICOS LTDA.**

A r. sentença de fls. 150/153, cujo relatório se adota - e em nada modificada por força dos embargos declaratórios opostos, rejeitados às fls. 160 -, julgou a ação parcialmente procedente para condenar a ré a pagar à autora o valor de R$ 1.299,00 a título de danos materiais, devidamente atualizado desde a data do pagamento e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação, bem como o valor de R$ 1.000,00 a título de danos morais, devidamente corrigido nos termos da tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça desde a data desta sentença e com juros de mora de 1% ao mês. Considerando a sucumbência majoritária e o princípio da causalidade, foi a ré também condenada a arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor atualizado da causa na forma do art. 85 do CPC.

Inconformada, apela a autora almejando a reforma da decisão. Pugna, em síntese, pela majoração do valor arbitrado a título de danos morais para R$ 10.000,00, diante dos transtornos por que passou, tendo recebido o aparelho em junho de 2016 e em menos de seis meses se viu impedida de utilizá-lo por conta de defeitos que a obrigaram a levar à assistência técnica por mais de duas oportunidades, mas mesmo assim não foi devidamente reparado, o que ensejou o ajuizamento da presente ação, tudo a ensejar, pois, o provimento recursal (fls. 165/172).

A apelada apresentou contrarrazões, batendo-se pelo não provimento do

Acesso ao Sumário

recurso (fls. 177/182).

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Conforme se depreende dos autos, a autora alega que ganhou de seu ex-companheiro um aparelho de telefone celular por este adquirido em 30.06.2016 pelo valor de R$ 1.299,00, sendo que com menos de dois meses de uso apresentou defeito, razão pela qual o levou à assistência técnica, que trocou a placa mãe do aparelho em 12.08.2016.

Narra, ademais, que alguns meses depois o aparelho voltou a apresentar defeito, ocasionando a ida pela segunda vez à assistência técnica, não sem antes ter exigido a restituição do valor pago ou novo aparelho em troca com base no CDC, mas após nova retirada do aparelho este ainda não ligava, persistindo, pois, o defeito apresentado, dando ensejo a outra ida à assistência técnica em prazo inferior a 1 ano, local onde permanece o aparelho até os dias atuais, gerando, assim, três ordens de serviços, motivo pelo qual entende que faria jus à restituição do valor pago, o que não foi aceito pela ré. E por ter sido prejudicada em sua atividade profissional, ajuizou a presente ação a autora requerendo a restituição do valor pago a título de danos materiais, bem como indenização por danos morais pelos prejuízos narrados.

A ação foi julgada parcialmente procedente, condenada a ré, fabricante, a pagar à autora o valor de R$ 1.299,00 a título de danos materiais, devidamente atualizado desde a data do pagamento e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação, bem como o valor de R$ 1.000,00 a título de danos morais, atualizado da data da sentença. Inconformada, recorreu a autora almejando a majoração do valor atinente aos danos morais para R$ 10.000,00, mas sem razão, como se verá.

Demonstrada claramente a desídia da ré primeiro por não ter reparado a contento, por três vezes, o aparelho celular de propriedade da autora, e, depois, por desrespeitar o CDC, que em seu art. 18, § 1º, determina que "**não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço**".

Ora, após três oportunidades a ré não logrou êxito em consertar o aparelho celular da autora e, por tal razão, foi corretamente condenada a restituir o valor do produto. Ocorre que a insurgência da autora se refere tão somente ao valor atinente aos danos morais. E ainda que evidentes tais danos diante das peculiaridades do presente caso - mormente o fato de que a ré, autônoma, necessita do aparelho para suas atividades profissionais, além de logo após ter

Acesso ao Sumário

adquirido o produto já não pode utilizá-lo por defeito grave -, de rigor sopesá-las com o fim de quantificar a compensação pelo dano imaterial experimentado.

Nesse aspecto, tal quantificação, como sabido, é relegada ao prudente arbítrio do julgador, devendo levar em consideração o grau da culpa e a capacidade contributiva do ofensor, a extensão do dano suportado pela vítima e a sua participação no fato, de tal sorte a constituir em um valor que sirva de bálsamo para a honra ofendida e de punição ao ofensor, desestimulando-o e a terceiros a ter comportamento idêntico.

"In casu", ainda que tenha narrado prejuízos em sua atividade profissional, é de se reputar como correto o valor eleito em R$ 1.000,00, eis que não experimentou danos graves, bem atendendo, assim, à reparação moral almejada, respeitando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade que deve contar o arbitramento, não sendo caso, por fim, de aplicar à espécie o art. 85, § 11, do CPC.

Posto isto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025273-04.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ABDO CARIM SULEIMAN (ESPÓLIO) e NILO CARIM SULEIMAN (INVENTARIANTE), é apelado ABDO CARIM SULEIMAN JÚNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.944)**

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

São Paulo, 10 de maio de 2018.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Societário. Exibição de documento. Pedido formulado pelo espólio de sócio minoritário em face de sócio-administrador. Cópia de contrato social, demonstrativo de movimentação de conta bancário e de aplicação em bolsa de valores da empresa e contratos celebrados por ela. Documentos comuns. Art. 844, II, do CPC/1973, vigente à época da prolação

da r. sentença. Recusa do réu quanto à entrega da documentação ao autor. Caracterização. Tentativas diversas de obtenção dos documentos antes do ajuizamento da demanda. Exibição de cópia de contrato social, demonstrativos de movimentação de conta bancário e aplicação em bolsa de valores, além de contratos celebrados com terceiros e respectivas notas fiscais, todos eles individualizados pelo autor. Cabimento do pleito exibitório. Pedidos, por outro lado, relativos à tomada de providências e à prestação de esclarecimentos pelo réu, sem sequer a indicação da existência de documentos específicos a esse respeito. Inadmissibilidade. Pretensão que, em tais termos, extrapola a perspectiva de mera exibição, não se compatibilizando com a cognição restrita própria de seu procedimento. Sentença parcialmente reformada. Apelação do autor provida em parte.

VOTO

VISTOS.

A r. sentença de fls. 234/237 julgou improcedente demanda exibitória de documentos, ajuizada em caráter autônomo pelo espólio de sócio minoritário em face de administrador, tendo por objeto o contrato social da Suleico Administradora e Comercial Ltda., de cujo quadro social ambos fazem parte, além de informações sobre processo judicial em que a empresa figura como ré, providências relativas à alteração de seu objeto social, demonstrativos de movimentação de conta bancária e aplicações na bolsa de valores da sociedade no ano de 2011, contratos celebrados por ela e as respectivas notas fiscais de despesas a partir daí geradas e, por fim, esclarecimentos no tocante a registro de domínio na *internet*. Considerou o MM. Juiz, para tanto, não ter havido recusa do réu à entrega da documentação pleiteada pelo autor, que teria livre acesso aos arquivos da pessoa jurídica, entendendo descabida a pretensão, neste âmbito, de elucidação quanto ao conteúdo de documentos.

Apela o autor (fls. 246/273), insistindo, em síntese, na exibição dos documentos indicados na petição inicial, os quais não teriam sido apresentados pelo réu. Alega não estar pedindo esclarecimentos, o que constituiria o objeto de demanda de prestação de contas já ajuizada por ele, autor, mas apenas a exibição da documentação relativa às atividades da sociedade da qual integraria o quadro social. Destaca a postura alegadamente passiva do réu, no sentido de indicar a ele, autor, que se dirigisse ao escritório do contador da empresa

Acesso ao Sumário

todas as vezes em que pleiteada a apresentação de documentos, local em que teria sido possível obter apenas parte da documentação ora buscada. Afirma ser necessária a exibição de tais documentos na sede da empresa, e não no escritório de contabilidade por ela contratado, apontando a grande distância entre os dois lugares. Reitera ter pleiteado ao réu a apresentação desses documentos relativos à sociedade desde a reunião de sócios de 13/7/2012, asseverando estar ele, autor, sendo impedido pelo réu de ingressar na sede da pessoa jurídica. Sustenta o direito dos sócios de ter acesso à documentação relativa à sociedade, batendo-se, em conclusão, pela reforma da r. sentença.

O recurso, que é tempestivo, foi recebido com duplo efeito (fl. 276) e regularmente processado, manifestando-se o apelado em contrarrazões no prazo legal (fls. 283/288).

É o relatório.

Prospera em parte o inconformismo.

Com efeito, demandas exibitórias, tal como a presente, se prestam em boa técnica a tão somente proporcionar ao postulante conhecimento quanto ao conteúdo da coisa ou documento delas objeto, sem contudo privar em caráter definitivo a parte contrária da posse de tais objetos ou implicar obrigação de entrega ao autor do pedido.

A respeito do tema, veja-se, na doutrina, a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

> *"Exibir é mostrar, apresentar, permitir à vista, sentido que Paulo já acentuava:* 'Exhibere est jacere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia.' *Não se busca, assim, com a exibição, obter a coisa ou o documento, mas apenas* descobrir o seu conteúdo*, seja com intuito de produção ou asseguração de prova, como forma de apropriação ou asseguração de prova, como forma de apropriação de danos necessários a eventual propositura de demanda futura, ou para satisfação de direito material à exibição, sem ligação a processo presente ou futuro."* (Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. VIII, Tomo II, pp. 284/285, Rio de Janeiro: Forense, 1988)

Nota-se, no caso em exame, que o autor, sócio minoritário da Suleico Administradora e Comercial Ltda., busca junto ao réu, sócio-administrador da pessoa jurídica, o acesso a documentos relativos à atividade empresarial exercida por ela, hipótese que se amolda à situação prevista no art. 844, II, do CPC/1973, vigente à época em que ajuizada a demanda e bem assim proferida a r. sentença ora apelada.

Tal situação, destaque-se, foi referida expressamente pelo ilustre jurista já antes mencionado:

> "*Se o sócio quer se inteirar do conteúdo de algum documento,*

Acesso ao Sumário

conforme o direito emergente da relação jurídica societária, pode se valer da ação exibitória do art. 844, II, independentemente de outra ação principal futura. Esse pedido não terá finalidade probatória, constituindo tão-somente exercício de direito sobre o conteúdo do documento e isto porque a relação de direito material estabelece uma obrigação de comunicação de documento, a que corresponde a pretensão de exibição." (*op. cit*., p. 302)

Pois bem. Na espécie, o autor apontou - embora, destaque-se, de forma confusa na petição inicial, sem a indicação direta e organizada do objeto do pleito exibitório, mas apenas com a colagem de trechos da ata de reunião de sócios, *e-mails* e notificação, nos quais formulou solicitações diversas ao réu - a sua pretensão de ter acesso a (i) cópia do contrato social da Suleico, (ii) informações acerca de processo judicial em que a pessoa jurídica figura como ré, (iii) providências relativas à alteração do objeto social da empresa, (iv) demonstrativos de movimentação de conta bancária e aplicações na bolsa de valores em 2011, (v) contratos celebrados pela sociedade e respectivas notas fiscais de despesas a partir daí geradas e, por fim, (vi) esclarecimentos quanto a registro de domínio na *internet*, todos eles referidos na ata da reunião de sócios de 13/7/2012 (fls. 12/14), em *e-mails* (fls. 17/26) e na notificação extrajudicial datada de 28/9/2012 (fls. 30/33).

O réu, em sua defesa, sustentou a carência de ação do autor, ante a desnecessidade do provimento jurisdicional por conta da possibilidade de obtenção de tais documentos extrajudicialmente, já que não teria havido recusa no tocante à sua apresentação (cf. contestação, a fls. 102/105).

Nesse contexto, cumpre ressaltar que a solicitação extrajudicial de exibição de documento é efetivamente condicionante do interesse de agir para o requerimento judicial da providência, tendo em vista que o acesso ao Judiciário somente se justifica ante a necessidade da via jurisdicional para a satisfação de direito potencialmente violado ou ameaçado de lesão; ora, se o interesse que o autor busca satisfazer é o de acesso a documento comum, e se tem ele como em princípio alcançar o resultado mediante singelo requerimento ao outro envolvido, não se faz possível cogitar de possível afronta a esse interesse - causa do nascimento da pretensão (cf. art. 189 do Código Civil) - senão ante o inadimplemento da prestação correlata, manifestada por meio da recusa ou mesmo da omissão da detentora do documento em torno da correspondente apresentação.

Ocorre que o autor comprovou as inúmeras tentativas realizadas por ele de obtenção dos documentos previamente ao ajuizamento da presente demanda - conforme, repita-se, ata de reunião de sócios, *e-mails* e notificações (fls. 12/14, 17/26 e 30/33) -, não tendo o réu sequer indicado a resposta a essas solicitações.

Acesso ao Sumário

Somente após o ingresso do autor em juízo foi possível o acesso à parte da documentação da empresa, em reuniões ocorridas nos meses de julho e agosto de 2013, no escritório de contabilidade por ela contratado (cf. fls. 154/157 e 199/206).

Não se pode considerar assim caracterizada a ausência de recusa do réu à exibição pleiteada pelo autor, aspecto que de toda forma implicaria, repita-se, falta de interesse de agir, não justificando o decreto de improcedência da demanda, nos termos determinados pela r. sentença.

Cabe ressaltar, em acréscimo, não ter o réu, mesmo ante a decisão inicial do MM. Juízo *a quo* (fl. 93), exibido em juízo os documentos pleiteados pelo autor, de forma que resta afastada a sugestão de desnecessidade da via jurisdicional e de ausência de recusa à apresentação dos documentos.

No mais, o balanço patrimonial, o livro diário e o livro razão da sociedade, todos relativos ao ano de 2011, foram, como observado pela r. sentença, juntados aos presentes autos (fls. 71/92 e 110/131), mas não constituem o objeto do pleito exibitório, até porque, conforme reconhecido pelo próprio autor (fls. 68/69), o recebimento de referidos documentos por ele se deu inclusive antes da reunião de sócios do dia 13/7/2012.

Não vinga, por outro lado, a referência feita pela r. sentença quanto à falta de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, na medida em que ação exibitória outrora prevista nos arts. 844 e 845 do Código de Processo Civil de 1973, embora estivesse inserida no Livro relativo ao Processo Cautelar, não tinha na verdade essa feição, pois se tratava de provimento de cunho eminentemente satisfativo, no plano substancial, voltado a atender em termos exaurientes a um direito substancial sobre o documento ou coisa que se pretendia ver exibidos (não obstante a possibilidade de uso das informações em momento posterior).

Bem a esse propósito já se manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "*Ora, a ação de exibição de documentos é eminentemente satisfativa e, por isso, não garante a eficácia de suposto provimento jurisdicional a ser buscado em outra ação, até porque, exibidos os documentos, pode o requerente ver-se desestimulado a interpor o feito tido por principal, como ocorreu no presente caso, quando a requerente constatou que não era portadora do direito que antes suspeitava sustentar.*" (REsp nº 244.517/RN, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 2/8/2005, DJ 19/9/2005)

E os documentos obtidos pelo autor nas reuniões feitas com o contador da empresa (fls. 207/223), posteriormente ao ajuizamento da demanda, não satisfazem, por evidente, integralmente o pedido exibitório formulado, já que se limitam a algumas notas fiscais e recibos, além de extratos bancários esparsos

Acesso ao Sumário

da sociedade.

Assim, deve-se julgar procedente o pleito de exibição quanto à cópia do contrato social da Suleico, aos demonstrativos de movimentação de conta bancária e aplicações na bolsa de valores da sociedade no ano de 2011, bem como aos contratos celebrados por ela com as empresas especificamente indicadas pelo autor (cf. fl. 7) e às notas fiscais de despesas a partir daí geradas, documentos individualizados na petição inicial.

Por outro lado, os pedidos referentes às informações acerca de processo judicial em que a pessoa jurídica figura como ré, às providências de alteração do objeto social da empresa e aos esclarecimentos sobre registro de domínio na *internet* não são relativos a documentos específicos e pré-constituídos.

Na realidade, a pretensão do autor quanto a essas questões se aproxima muito mais de uma obrigação de fazer documentos - e não de exibi-los -, pois não é sequer indicada a preexistência de documento individual contendo informações referentes ao processo judicial mencionado, comprovação da tomada de providências ou indicação de elucidações no tocante a nome de domínio na *internet*, revelando-se pois inadmissível no âmbito da presente demanda exibitória, considerado o estreito âmbito cognitivo relativo ao procedimento correspondente.

Claramente descabida, por fim, as referências feitas pelo autor a documentos contábeis dos anos 2012 e 2013, bem como a suposto desvio patrimonial da Suleico para a Caranta Empreendimentos Imobiliários e Participações (fls. 176/190), temas que se afiguram estranhos ao objeto deste feito.

Reforma-se, por tudo, a r. sentença em parte, para determinar ao réu que apresente em juízo, dentro do prazo de quinze dias, cópia do contrato social da Suleico, demonstrativos de movimentação de conta bancária e aplicações na bolsa de valores da sociedade em 2011, além dos contratos celebrados por ela com as empresas especificamente indicadas pelo autor (cf. fl. 7) e das notas fiscais de despesas a partir daí geradas, mantendo-se, de outra parte, o julgamento de improcedência no tocante aos demais pedidos.

Com esse desfecho, acaba por se mostrar recíproco e equivalente o decaimento das partes (tendo em vista o acolhimento do pedido exibitório quanto a três das seis questões apontadas pelo autor na petição inicial), pelo que fica determinado o rateio igualitário das custas e despesas processuais, sem condenação de qualquer delas no pagamento de honorários advocatícios.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015673-09.2016.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante B.B.S.A., é apelado A.H.L.E.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, deram provimento ao recurso. Fará declaração de voto o 3°Julgador.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22858)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SASTRE REDONDO (Presidente) e SPENCER ALMEIDA FERREIRA.

São Paulo, 2 de maio de 2018.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - 1ª FASE - FALTA DE INTERESSE DE AGIR - No caso em tela, o pedido de prestação de contas não está devidamente delimitado, pois a apelada pretende a prestação de contas de todo o período em que manteve relação jurídica com o apelante, sem especificar datas, períodos ou apontar irregularidades concretas. Nesse toada, consigno que as irregularidades apontadas pela apelada (encargos financeiros e tarifas bancárias indevidas) não autorizam a prestação de contas, por se tratar de alegação genérica de cobrança de juros abusivos. Nesse passo, aliás, é de se destacar que a pretensão da apelada é rever o contrato firmado entre as partes, o que deve ser discutido em sede de ação revisional, e não em prestação de contas. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por B.B.S.A., nos autos da ação de prestação de contas que lhe move A.H.R.M.L.E.P.P., cujos pedidos iniciais foram julgados procedentes nos termos da sentença de fls. 142/144, do Juiz FERNANDO DOMINGUEZ GUIGUET LEAL, que condenou o apelante "...a

prestar contas de forma Mercantil, dos contratos de empréstimos vinculados à conta corrente nº (...), agência nº (...)".

O apelante recorre, destacando, em síntese, que: (a) falta interesse de agir à apelada; (b) sempre enviou os contratos e extratos à apelada.

O recurso foi preparado e respondido.

É o relatório.

A sentença merece reforma, pois é patente a falta de interesse de agir da apelada.

De fato, "**para a configuração do interesse de agir, não basta a manifestação de dúvida genérica sobre os lançamentos registrados em extratos relativos a PERÍODOS ALEATÓRIOS** e sem indicação do número da conta-corrente de titularidade do autor e da agência onde foi aberta e mantida" (STJ, AgRg no REsp 1312666/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 27/08/2013).

No caso em tela, **O PEDIDO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS NÃO ESTÁ DEVIDAMENTE DELIMITADO, POIS A APELADA PRETENDE A PRESTAÇÃO DE CONTAS DE TODO O PERÍODO EM QUE MANTEVE RELAÇÃO JURÍDICA COM O APELANTE, SEM ESPECIFICAR DATAS, PERÍODOS OU APONTAR IRREGULARIDADES CONCRETAS.**

NESSE PASSO, CONSIGNO QUE AS IRREGULARIDADES APONTADAS PELA APELADA (ENCARGOS FINANCEIROS E TARIFAS BANCÁRIAS INDEVIDAS) NÃO AUTORIZAM A PRESTAÇÃO DE CONTAS, POR SE TRATAR DE ALEGAÇÃO GENÉRICA DE COBRANÇA DE JUROS ABUSIVOS.

Nesse passo, aliás, **é de se destacar que a pretensão da apelada é rever o contrato firmado entre as partes, o que deve ser discutido em sede de ação revisional, e não em prestação de contas.**

De fato, como é cediço, "(...) **se o objetivo do autor-apelante é discutir encargos** ou eventual encadeamento ilegal de contrato, **para obter o reconhecimento da abusividade dos valores cobrados, deve o autor**, munido dos documentos que possua e daqueles que possa obter judicialmente, **ajuizar uma ação com pedido de revisão do contrato**. (...)" (TJSP; Apelação nº 1004061-04.2017.8.26.0320; 38ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. SPENCER ALMEIDA FERREIRA; J. 27/09/2017 - Grifei).

Assim, é patente a falta de interesse de agir da apelada.

Dizer mais seria acrescer folhas...

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO ao presente recurso, para o fim de reformar a sentença e extinguir o feito sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir.**

Acesso ao Sumário

Em face da inversão do julgado, o autor arcará com as custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios do patrono do réu, que fixo, levando em consideração também o trabalho realizado em segundo grau, em 15% sobre o valor da causa.

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

(Voto nº 18.494)

Nos termos do artigo 550 do Código de Processo Civil, "aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de 15 (quinze) dias".

O § 1º da mesma norma estabelece que "na petição inicial, o autor **especificará, detalhadamente, as razões pelas quais exige as contas**, instruindo-a com documentos comprobatórios dessa necessidade, se existirem (...)" (g.n.)

É certo que o titular da conta corrente, como no caso, tem o direito de solicitar informações sobre os lançamentos efetuados, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: "*a ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta corrente bancária*" (Súmula nº 259).

No entanto, para o seu manejo é indispensável a comprovação do interesse na sua obtenção, com indicação de motivos consistentes sobre ocorrências duvidosas na conta corrente.

Nesse sentido é a orientação da jurisprudência do C. STJ:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTRATO BANCÁRIO. SÚMULA 259/STJ. IMPOSSIBILIDADE, PORÉM, DE ACOLHIMENTO DE PEDIDO GENÉRICO E INESPECÍFICO. PRETENSÃO DE REVISÃO DE ENCARGOS. VIA INADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha-se firmado no sentido de que "*a ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta corrente bancária*" (Súmula 259/STJ), independentemente do prévio fornecimento de extratos, **é imprescindível que, na petição inicial, sejam indicados motivos consistentes acerca de ocorrências duvidosas na conta corrente, bem como o período determinado sobre o qual se busca esclarecimentos.**

2. Ademais, a ação de prestação de contas não é a via adequada para deduzir pretensão de revisão de encargos de contratos bancários, uma vez que, para tanto, deve ser ajuizada ação ordinária, cumulada com eventual

Acesso ao Sumário

repetição do indébito.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(STJ, AgRg no REsp 1.355.882/SP, Rel. Min RAUL ARAÚJO, 4ª-T., j. em 21.3.2013). **(grifei)**.

O tema foi consolidado pela Colenda Turma Especial de Direito Privado 2 desta Corte no julgamento do IRDR n. 2121567-08.2016..8.26.0000, *in verbis*:

"INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR - **Ação de prestação de contas ajuizada por correntista de instituição financeira**. Pedido genérico. Tese firmada - Impossibilidade de ajuizamento de ação de exigir contas por correntista de forma vaga e genérica. Necessidade de se apontar na inicial o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos e o período exato em que ocorreram, **com exposição de motivos consistentes que justifiquem a provocação do Poder Judiciário.** Aplicação do caso concreto: Recurso do banco provido para julgar extinta a ação, sem exame do mérito, com fundamento no art. 485, inc. I e VI, do CPC, invertido o ônus da sucumbência."

(TJSP; Apelação 1025498-87.2014.8.26.0100; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: Turma Especial - Privado 2; Foro Central Cível - 16ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/03/2017; Data de Registro: 29/03/2017).

Na hipótese, a empresa-autora busca esclarecimentos sobre os lançamentos constantes de sua conta corrente (nº (...), agência (...)) denominados **encargos de limite de crédito, encargos de saldo vinculado, anuidade de cartão de crédito e tarifas bancárias**, no período de dois anos, que remontam a quantia de R$. 16.534,15, relativos a 87 lançamentos de 10.4.2014 a 17.2.2016.

Ainda que tenham discriminado os referidos lançamentos e suas respectivas datas (ao longo de dois anos), não há motivos consistentes para seu pedido, vez que se limitou a afirmar que não há prova de que os encargos financeiros e tarifas estejam sendo cobrados nos termos dos contratos, conforme apontado no trabalho técnico por ele encomendado (fls. 3).

Não há, como se vê, a despeito da auditoria, como negar a generalidade das alegações de que os encargos, tarifas e anuidade de cartão de crédito não estão sendo exigidos nos termos da contratação, sendo inegável tratar-se de pedido sem motivo consistente, o que leva à declaração de inépcia da ação de exigir contas, como já decidiu esta Corte, inclusive esta Câmara, *in verbis*:

"APELAÇÃO - AÇÃO DE EXIGIR CONTAS - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DE Nº 2121567-08.2016.8.26.0000 (TEMA 3). No caso em tela, forçoso o reconhecimento de que a **Apelante não expôs motivos consistentes, que justificariam a propositura da presente demanda** em relação ao que imputa como

Acesso ao Sumário

cobrança indevida de encargo denominado como 'aplicação automática'. Impossibilidade de buscar a revisão da relação contratual por meio de ação de exigir contas. Precedente desta Câmara. Necessidade de observação do entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento realizado sob o rito do art. 543-C, do Código de Processo Civil de 1973 (REsp 1497831/PR). - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO."

(TJSP; Apelação 1025998-09.2017.8.26.0405; Relator (a): Eduardo Siqueira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/02/2018; Data de Registro: 16/02/2018). (destacamos)

"Ação de prestação de contas - Conta corrente mantida junto ao réu - Sentença terminativa com fulcro no art. 485, VI, do CPC/2015 - Apelação - Preliminar em contrarrazões suscitando ausência de impugnação específica - Descabimento - Razões recursais que confrontam diretamente os fundamentos aduzidos em sentença - Mérito - A formulação de pedido genérico de prestação de contas, **sem exposição de motivos consistentes, e englobando 761 lançamentos efetuados em conta corrente ao longo de cinco anos de relação, impede o conhecimento do mérito por falta de interesse de agir** - Entendimento que decorre de tese consolidada pela Colenda Turma Especial - Privado 2 desta Corte, no âmbito do IRDR n. 2121567-08.2016.8.26.0000, com efeitos vinculantes, nos termos do dos arts. 985, I, e 927, III, do CPC/2015 - Sentença mantida - Recurso conhecido, porém, desprovido."

(TJSP; Apelação 1012579-09.2016.8.26.0161; Relator (a): Jonize Sacchi de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/02/2018; Data de Registro: 27/02/2018)

Saliente-se, ainda, que na ação de exigir contas consoante entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça[1] "*não basta a mera presunção genérica* ***de que há possível erro nos lançamentos*** *para respaldar uma ação judicial, sendo* ***necessária indicação consistente da irregularidade****, sob pena de se encetar um litígio judicial em tese e praticamente condicional.*"

Com tais considerações, acompanho o voto do digno relator.

FERNANDO SASTRE REDONDO, 3º Desembargador

Acesso ao Sumário

1 *STJ, REsp. nº 1166628 - PR, Relª. Minª. Nancy Andrighi, 3ª-Turma, DJU 16.10.2012.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1098693-08.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FANY FERREIRA MENDES, é apelado LUIZ SAMPAIO DE LACERDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18690)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLAVIO ABRAMOVICI (Presidente), MELO BUENO E GILBERTO LEME.

São Paulo, 14 de maio de 2018.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - Veículo ("GM/Vectra", placas ELQ-8916), era conduzido pelo Requerido, quando pedestre (Autora) ingressou na via, o que causou seu atropelamento - Caracterizada a culpa exclusiva da vítima pelo acidente (ingressou na via sem a devida cautela) - Ausente o dever de indenizar - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, condenando a Autora ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios (fixados em 5% do valor da causa, a que foi atribuído o valor de R$ 420.841,98) - Valor dos honorários advocatícios majorado (artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil) - RECURSO DA AUTORA IMPROVIDO E MAJORADOS OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DO PATRONO DO REQUERIDO PARA 10% DO VALOR DA CAUSA.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Autora contra a sentença de fls.504/507, prolatada pelo I. Magistrado Guilherme Santini Teodoro (em 15 de setembro de 2017), que julgou improcedente a "ação de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre", condenando a Autora ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios

Acesso ao Sumário

(fixados em 5% do valor da causa - a que foi atribuído o valor de R$ 420.841,98), observada a gratuidade processual.

Alega que caracterizada a culpa do Requerido pelo acidente ("o Réu dirigia em alta velocidade, o que impossibilitou de visualizar a Autora"), e que caracterizado o dever de indenizar. Pede o provimento do recurso, para a procedência da ação (fls.509/515).

Contrarrazões a fls.523/529.

É a síntese.

Incontroverso que ocorreu o acidente de trânsito em 30 de junho de 2014, na Rua Bueno de Andrade (altura do número 356), nesta Capital, quando o veículo ("GM/Vectra", placas ELQ-8916), conduzido pelo Autor, atropelou a Requerida, causando-lhe lesões corporais (boletim de ocorrência de fls.234/235).

A Autora alega, na petição inicial, que "ao atravessar a metade da Rua Bueno de Andrade foi violentamente abalroada pelo veículo conduzido pelo Requerido", que "a velocidade máxima na via é de 40 km/h", que "sofreu várias lesões pelo corpo, na cabeça e na face, bem como fraturas", e que "o Requerido dirigiu de forma negligente e imprudente".

O Requerido sustenta, na contestação de fls.268/292, que "o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, que repentinamente atravessou a Rua Bueno de Andrade", que "deveria a Autora atravessar a rua na faixa de pedestres", que "o Réu não estava em alta velocidade, e é apelidado no ponto de táxi onde trabalha de 'tartaruga', devido à baixa velocidade que conduz seu veículo", e que "não cometeu nenhum ato ilícito".

Inconteste que apesar da existência de faixa de pedestres próximo ao local do acidente (conforme fotografias de fls.313/314 apresentadas pela Autora, em réplica), a Autora foi atropelada em local em que era vedada a passagem de pedestres, notando-se que a testemunha Francisco, taxista, confirma que "o acidente ocorreu fora da faixa de pedestres, eu estava de passagem com meu carro pelo local logo após o acidente, que foi um atropelamento" (fls.449).

Por outro lado, as testemunhas Ubiratan e Manoel, e a informante do Juízo Cleonice, não presenciaram o acidente (fls.447/448 e fls.450).

Assim, caracterizada a culpa exclusiva da vítima pelo acidente (que ingressou na via sem a devida cautela), inexiste o dever de indenizar, notando-se que além de não comprovada superação do limite de velocidade (ônus que incumbia à Autora, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil), eventual excesso de velocidade não elide (ou atenua) a responsabilidade do Requerido, pois, no caso, foi o ingresso indevido da Autora na via a causa determinante do acidente.

Logo, ausente o ato ilícito do Requerido, descabido o acolhimento do pedido de indenização.

Acesso ao Sumário

Por fim, razoável a majoração do valor dos honorários advocatícios do patrono do Requerido para 10% do valor da causa (a que foi atribuído o valor de R$ 420.841,98), nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil[1].

Destarte, de rigor o improvimento do recurso.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e majoro os honorários advocatícios do patrono do Requerido para 10% (dez por cento) do valor da causa, com correção monetária desde o ajuizamento da ação e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde o trânsito em julgado da decisão, observada a gratuidade processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001441-55.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL, é apelado ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21045)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARANTES THEODORO (Presidente) e JAYME QUEIROZ LOPES.

São Paulo, 17 de maio de 2018.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: AÇÃO DE REGRESSO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. Oscilação na rede de distribuição de energia elétrica. Danos aos bens segurados. Laudos unilaterais. Fatos controvertidos. Prejudicada a perícia, porque não preservados os equipamentos danificados. Impossibilidade de inversão do ônus da prova no caso. Ausência de nexo de causalidade. Responsabilidade civil não configurada. Entendimento pacificado na Câmara.

1 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...) § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Acesso ao Sumário

Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação regressiva de ressarcimento de danos materiais, julgada procedente pela respeitável sentença de fls. 326/328, cujo relatório se adota, para o fim de condenar a ré a pagar à autora indenização no valor de R$5.215,22, corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora de 1% desde cada desembolso, bem como a arcar com o pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Inconformada, ***apela a ré*** sustentando que a autora não comprovou ter efetuado o pagamento das indenizações securitárias indicadas na petição inicial; que os documentos apresentados apontam que os danos nos aparelhos segurados resultaram de temporais com descargas elétricas, o que afasta a sua responsabilidade; que embora sua responsabilidade seja objetiva, ela não é integral; que não há prova de nexo de causalidade entre os alegados danos aos aparelhos segurados e falha na prestação do serviço; que é obrigatório o procedimento previsto na Resolução 414 da ANEEL e, no caso, não houve pedido administrativo; e que não houve falha na prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica (fls. 330/350).

Houve resposta (fls. 356/391).

É o essencial a ser relatado.

O apelo é de ser acolhido.

Consta da petição inicial que a autora celebrou contratos de seguro com Angela Lanza Moreira, Leonardo Capelini Marescalchi e Luiz Aparecido Meneguelo e que, respectivamente, em 07/02/2016, 06/03/2016 e 09/08/2015, as unidades consumidoras sofreram oscilação de tensão, decorrente de alteração na rede de distribuição da ré, que ensejou danos elétricos a bens eletroeletrônicos existentes nos imóveis que precisaram ser reparados ou substituídos. A autora requereu, assim, a condenação da ré ao pagamento de R$5.215,22.

O pedido foi julgado procedente, mas, respeitada a convicção externada na sentença, a causa comporta solução diversa, ***conforme posicionamento agora pacificado por esta Colenda Câmara***.

Conforme já decidido por esta Colenda Câmara no julgamento da apelação interposta contra a sentença de fls. 142/145, a propositura da ação não estava condicionada à formulação de prévio requerimento administrativo por parte da autora (fls. 193/197).

A caracterização da responsabilidade civil da ré independe da configuração de conduta culposa, bastando que fiquem evidenciados os danos alegados e o nexo de causalidade entre estes e a atividade por ela exercida.

Acesso ao Sumário

Como leciona **SÉRGIO CAVALIERI FILHO**: *O Estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a ninguém. Está vinculado, portanto, a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa* (***Programa de responsabilidade civil,* 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 258**) (grifo não original).

Apesar disso, não existe prova produzida em contraditório acerca da origem dos danos alegados, ônus que competia à autora (artigo 373, I, do Código de Processo Civil).

A petição inicial foi instruída com relatórios de regulação de sinistro (fls. 85/88, 89/92 e 93/103) e com laudos técnicos e orçamentos (fls. 104, 105/106 e 107/111) que indicam que os danos ocorridos nos bens segurados pela autora resultaram de sobrecarga elétrica, de descarga atmosférica, além de pico e queda de energia.

Todavia, tais documentos são insuficientes para demonstrar o nexo de causalidade entre a falha na rede elétrica e as avarias provocadas no bem do segurado, tendo em vista que, embora confiram verossimilhança às alegações constantes da petição inicial, são unilaterais.

Note-se que, de acordo com os documentos de fls. 105/106, os bens de propriedade de Leonardo Capelini Marescalchi foram danificados por descarga atmosférica e não por oscilação na rede de distribuição de energia.

Não bastasse isso, segundo se infere das alegações constantes da petição inicial, os eletrônicos danificados foram reparados ou substituídos e, especialmente, restando prejudicada a análise em Juízo acerca da origem dos danos, cujo ônus probatório incumbia à autora.

E ainda que fosse possível, em princípio, transferir à ré o ônus da prova, ela não poderia ser prejudicada pela impossibilidade de se realizar a perícia nos equipamentos eletrônicos danificados, porquanto referida prova técnica é que seria pertinente à demonstração dos fatos alegados em defesa, de que não houve falha na prestação do serviço de fornecimento de energia.

Não é possível presumir que qualquer dano de natureza elétrica decorra necessariamente de responsabilidade da concessionária, já que diversas as suas possíveis causas.

Atribuir à ré o ônus da prova, nessas circunstâncias, em que o objeto de estudo restou prejudicado por ação da autora, importaria evidente prejuízo ao direito de defesa, o que não se admite.

Nesse sentido:

Ação regressiva da seguradora contra a concessionária de energia elétrica. Danos em aparelhos elétricos do segurado. Responsabilidade da concessionária afastada porque não demonstrado o nexo de causalidade.

Acesso ao Sumário

Causa da sobretensão não comprovada. Ação improcedente. Recurso desprovido. **(TJSP, Apelação nº 1016654-38.2016.8.26.0114, Rel. Pedro Baccarat, 36ª Câmara de Direito Privado, j. 05/10/2017)** (grifo não original).

Ação de indenização em regresso - prestação de serviços de energia - danos verificados em equipamentos de segurada sob o fundamento de descarga e oscilação de energia - a responsabilidade objetiva da concessionária de energia elétrica não autoriza, por si só, o acolhimento do pedido - nexo causal não demonstrado - perícia unilateral - sentença de improcedência mantida - apelação não provida. **(TJSP, Apelação nº 1015254-98.2014.8.26.0068, Rel. Eros Piceli, 33ª Câmara de Direito Privado, j. 07/03/2016)** (grifo não original).

RECURSO - APELAÇÃO CÍVEL - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - DESCARCA ELÉTRICA ATMOSFÉRICA (RAIO) - DANOS CAUSADOS - FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. 1. Ação regressiva da Seguradora contra a concessionária de energia elétrica. Danos em equipamentos do segurado. Responsabilidade da Ré afastada porque não demonstrado o nexo de causalidade. Sobretensão não comprovada. **(TJSP, Apelação nº 1033444-68.2014.8.26.0114, Rel. Marcondes D'Angelo, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 04/02/2016)** (grifo não original).

Seguro - Indenização - Ação regressiva - Improcedência confirmada - Laudo unilateral que não pode ser considerado - Perícia impossível - Apelante que não manifestou interesse em produzir outras provas - Apelo desprovido. **(TJSP, Apelação nº 0182649-41.2011.8.26.0100, Rel. Fortes Barbosa, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 13/06/2013)** (grifo não original).

Destarte, não evidenciado o nexo de causalidade entre os danos nos equipamentos segurados e as anomalias na tensão da rede de distribuição elétrica, impunha-se julgar improcedente o pedido formulado na petição inicial.

Não bastasse isso, os documentos de fls. 112/115, 116/117 e 118/119 não asseguram que a autora efetivamente pagou as indenizações securitárias descritas, pois são unilaterais e contêm apenas a informação de que os valores relativos às indenizações seriam creditados em conta bancária dos segurados no prazo de até sete dias úteis.

Por tais fundamentos, ***dá-se provimento*** ao recurso, para julgar improcedente a demanda, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios, ora fixados em 17% sobre o valor da causa, já considerado o trabalho adicional desenvolvido nesta fase recursal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025435-68.2012.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S.A., é apelado PEDRO ENGELS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.789)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente), LUIZ EURICO e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 22 de maio de 2018.

SÁ DUARTE, Relator

Ementa: SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT) - Pretensão de cobrança de indenização julgada parcialmente procedente - Ciclista que colide com motocicleta estacionada - Evento não coberto pelo seguro em questão - Inocorrência de preclusão - Recurso provido para julgar improcedente o pedido deduzido na inicial.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de parcial procedência da pretensão de cobrança de indenização relativa ao seguro obrigatório - DPVAT, condenada a ré ao pagamento de R$ 7.087,50, corrigidos e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês contados do indeferimento do pedido administrativo (18.09.2012), mais custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% do valor da causa.

Inconformada, a ré afirma que o boletim de ocorrência juntado aos autos foi lavrado mais de dois anos depois do alegado acidente noticiado na inicial, contando apenas com a declaração unilateral do autor, de modo que não faz prova de que as lesões são decorrentes de acidente de trânsito. Assevera que o fato noticiado na inicial não caracteriza acidente causado por veículo, de vez que, segundo consta do boletim de ocorrência, o autor teria perdido o controle de sua bicicleta e colidido contra uma motocicleta que estava estacionada. Sustenta que os juros de mora devem fluir a partir da citação, nos termos da Súmula nº

Acesso ao Sumário

426, do Superior Tribunal de Justiça. Argumenta que o autor decaiu da maior parte de sua pretensão e que é equivocada sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios com base no valor da causa.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

O apelo merece provimento.

Com efeito, de acordo com a descrição do acidente contida no boletim de ocorrência ao qual se reporta a petição inicial, o autor "estava descendo de bicicleta pela rua Manoel Bandeira, tentou parar e não conseguiu, vindo a chocar-se com uma motocicleta de placa BVJ 5515/SP, que estava estacionada na rua" (fl. 22).

Bem se vê, portanto, que tem razão a ré ao sustentar na apelação que não se depara aqui com acidente automobilístico coberto pelo seguro obrigatório DPVAT, certo que, conforme afirmado pelo próprio autor, a motocicleta estava estacionada.

Dessa forma, a despeito de restar apurada sequela incapacitante resultante desse acidente, o autor, com a devida vênia do entendimento adotado na r. sentença, não faz jus à indenização do seguro DPVAT.

Não pode ser reconhecida aqui preclusão em torno da qualificação jurídica do fato descrito na inicial ou, mais precisamente, no boletim de ocorrência, a impedir a adoção de qualificação jurídica diversa no julgamento da apelação pelo Tribunal.

O que a ausência de impugnação específica na contestação gerou foi a presunção de veracidade do fato, mas não sua qualificação jurídica. Vale dizer, o acidente descrito pelo autor, diante da ausência de impugnação específica na contestação, é fato incontroverso e sobre ele o Tribunal não pode tomar como não tendo ocorrido. Todavia, a qualificação jurídica desse fato como gerador do direito à percepção de indenização é matéria que o Tribunal pode conhecer, a despeito de impugnação específica, em atenção ao brocardo latino "jura novit curia".

Em conclusão, o acidente que vitimou o autor não constitui evento coberto pelo seguro obrigatório DPVAT, por isso que a pretensão deduzida na inicial deve ser julgada improcedente.

Isto posto voto pelo provimento do recurso para julgar improcedente a pretensão deduzida na inicial, carreando ao autor o pagamento das despesas do processo e honorários advocatícios de 20% do valor dado à causa, observada a gratuidade (fl. 36).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000714-78.2016.8.26.0584, da Comarca de São Pedro, em que são SIMONE LUCIANO DA ROCHA (POR SI E REPRESENTANDO MENOR) (JUSTIÇA GRATUITA) e RAFAELLE ROCHA NOGUEIRA (MENOR), é DIRCE ANTONIO PARRE.

ACORDAM, em 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.163)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente sem voto), KIOITSI CHICUTA E FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 24 de maio de 2018.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Ação indenizatória. Danos materiais e morais. Ação promovida pelos herdeiros da vítima em face da proprietária e locadora do imóvel. Alegação de violação ao artigo 937 do Código Civil. Acidente que levou à morte o companheiro e pai dos autores. Uso de pilastra de varanda para fixação de rede, que cedeu. Vítima que tinha conhecimento da impossibilidade de utilização da pilastra para os fins pretendidos. Queda da pilastra que não pode ser imputada a omissão da locadora dona do imóvel utilizado. Locatário que tinha conhecimento do fato e informou a vítima sobre a inadequação do uso. Culpa exclusiva da vítima configurada. Fato que rompe o nexo de causalidade. Ação julgada improcedente. Apelo dos autores improvido.

VOTO

Vistos,

Trata-se de ação indenizatória promovida pelos apelantes em face da apelada, que foi julgada improcedente pela r. sentença proferida a fls. 250/256, cujo relatório se adota, condenando as autoras nas verbas de sucumbência, observada a gratuidade deferida.

Apelam as autoras (fls. 259/271), alegando, em resumo, que: a prova oral

Acesso ao Sumário

comprova a responsabilidade da ré; as fotos juntadas mostram que os pilares não tinham segurança; houve omissão e imprudência da ré ao fixar um pilar pesado e de grande porte com uma simples massa de cimento; a ausência de alvenaria de fixação do pilar de sustentação foi a causa da queda sobre a vítima, causando-lhe o óbito; a ré jamais poderia ter alugado o imóvel naquelas condições; o artigo 937 do Código Civil, estabelece que o dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta; a recorrida deveria ter os devidos cuidados com a manutenção da estrutura do imóvel e evitar o acidente que consequentemente causou a morte da vítima ; resta claro que a recorrida é culpada pelas causas do acidente e pela morte da vítima.

Recurso respondido (fls. 275/287).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 291/294).

Processo isento de preparo.

É o Relatório.

De acordo com a inicial as autoras foram passar o feriado de 07.09.2015 em uma chácara, juntamente com Valdecy Nogueira, que era companheiro e pai das demandantes.

O imóvel fora alugado pelo cunhado da autora e pela cunhada da vítima, localizada na cidade de São Pedro; disseram que a vítima, ao deitar em uma rede nas dependências da chácara, o pilar de sustentação da mesma caiu sobre a vítima Valdecy, que faleceu, sendo que a culpa é da proprietária da chácara, a ré, pois o pilar estava praticamente solto, situação de conhecimento da proprietária. Em decorrência postularam indenização por danos morais no importe de 200 salários mínimos, além de pagamento de pensão.

Após a instrução, a r. sentença julgou a ação improcedente.

Anotou a culta magistrada sentenciante o seguinte, nos trechos relevantes:

"*A configuração do dever de indenizar pela responsabilidade civil demanda a existência de conduta comissiva ou omissiva voluntária, relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a conduta do agente e o dano experimentado em razão da conduta. Ao lado da conduta, por vezes, ainda exige-se um elemento anímico, a culpa.*

A ideia de responsabilidade civil vem do princípio de que aquele que causar dano a outra pessoa, seja ele moral ou material, deverá restabelecer o bem ao estado em que se encontrava antes do seu ato danoso. Caso o restabelecimento não seja possível, deverá compensar aquele que sofreu o dano.

Para se ventilar de responsabilidade civil, portanto, imprescindível o preenchimento de seus três básicos elementos, quais sejam, a conduta lesiva, o nexo de causalidade e o dano experimentado.

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, observo que não houve conduta lesiva por parte da requerida, pois na oitiva das testemunhas, em especial do locatário Marcelo Juliano e da senhora Aderlinda da Silva, foi afirmado que a locadora não queria alugar o imóvel antes do término das obras de reboco e de construção da varanda; que os locatários quiseram mudar o quanto antes para a chácara e concordaram com o estado no qual o imóvel foi apresentado; que a locadora cumpriu com seu dever de encaminhar o pedreiro para realizar procedimento necessário no banheiro da casa; que em tal oportunidade o pedreiro verificou que uma das pilastras que cercam a casa e serviria de suporte para a varanda estava solta, o que foi notificado ao locatário; que o locatário, na sequência, notificou a locadora do problema, a qual, de pronto, encaminhou profissional para fixar o necessário e, por fim, que o locatário, no dia do acidente, comentou com os demais que já os havia avisado que não era para utilizar as pilastras como suporte para redes.

Tais depoimentos vão ao encontro do narrado pela requerida em contestação, no sentido de que o imóvel foi vistoriado pelos locatários e que eles estavam cientes do estado da chácara (fls. 122, cláusula sétima), assumindo os ônus das obras não finalizadas, o que ocasionou, inclusive, questionamentos dos mesmos acerca das vigas que cercavam a residência, conforme narrado na exordial e bem pontuado pela demandada na peça contestatória.

Dessa forma, verossímil e em consonância com o alegado nos autos o depoimento prestado pela Sra. Aderlinda, indicando que o locatário já estava ciente da situação das colunas, apenas tendo notificado a locadora acerca daquela apontada pelo pedreiro como não estável, a qual foi de pronto consertada por profissional encaminhado pela locadora, reitera-se.

Ademais, o locatário já residia no imóvel há sete meses quando do acidente, não sendo razoável presumir em sentido contrário, ou seja, de que não tinha conhecimento acerca da eventual condição das vigas, o que contrariaria o alegado na própria inicial e o indicado pela testemunha retro mencionada.

Ressalte-se que a Sra. Aderlinda, muito embora tenha sido ouvida sem compromisso, é amiga de ambas as partes, afirmando que conhece a requerida há aproximadamente dez anos e o Sr. Marcelo, locatário, desde os seus sete anos de idade, tendo, inclusive, apresentado ele à demandada quando da locação.

Cumpre ressaltar que não se trata de imputar, in casu, responsabilidade ao locatário, o qual nem mesmo é parte neste processo, mas sim de analisar a sua conduta diante das obrigações traçadas no contrato e pela lei de locação, pois trata-se de relação que norteia a análise da responsabilidade da requerida pelos fatos relatados na petição inicial, sendo, portanto, necessária a sua análise para o deslinde do feito.

De fato, da análise do contrato de locação e da lei que o rege temos que o

Acesso ao Sumário

imóvel foi vistoriado pelo locatário (fls. 122, cláusula sétima) e que é obrigação do mesmo 'levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba, bem como as eventuais turbações de terceiros', conforme reza o art. 23, IV da Lei 8.245/1991, o que não foi feito." (fls. 253/255).

E prosseguiu a culta Juíza:

"*Sobre a alegada responsabilidade pelo fato, consubstanciada no artigo 937 do Código Civil, ela deve ser analisada em conjunto com o artigo 23, IV da Lei de Locação, devendo a falta de reparo ser manifesta e, como o imóvel estava alugado há meses, tal urgência deveria ser notificada à locadora, o que não foi realizado em relação a todas as vigas, mas tão somente da pilastra próxima à cozinha, a qual foi reparada por mando da locadora, sendo que a que tombou é a localizada próxima à sala, conforme depoimento prestado pelo locatário.*

Ainda, foi dito pelo próprio locatário da chácara que já havia uma menina na rede e, na sequência, o falecido sentou-se ao seu lado, ocasionando excesso de peso e desnível que levou ao tombamento da viga. Tal fato demonstra que a coluna não estava completamente solta, pois suportou o peso da pessoa que já estava na rede.

Nada obstante o acima observado acerca do eventual excesso de peso na rede, não cabe uma análise pormenorizada da qualidade da construção da coluna, pois não se desincumbiram as requerentes do seu ônus de prova, pois não foi realizada perícia para a análise da pilastra, o que seria essencial para a comprovação do alegado.

Afastada a responsabilidade da locadora, de rigor a improcedência de todos os pedidos formulados." (fls. 255/256).

E realmente a prova deixou evidente a ausência de responsabilidade da ré, na qualidade de locadora e proprietária do imóvel onde ocorreu o acidente.

Não se vislumbra que a ré, como locadora, tenha descurado das obrigações que lhe são impostas pela Lei de Locações. A prova demonstrou o fato.

Depois, o próprio locatário do imóvel, Marcelo Juliani, isentou de responsabilidade a ré/locadora, ao afirmar que tinha conhecimento dos problemas da pilastra e, o que é pior, **o fato foi comunicado à vítima quando da ocupação do imóvel na condição de convidado do próprio locatário.**

Aliás, o representante do Ministério Público manifestou-se pela manutenção da r. sentença, assentando:

"Pelo que se extrai dos autos, a locação do imóvel, por parte de Marcelo Juliano já ocorria há algum tempo, e que era do conhecimento deste último o problema com a coluna de sustentação da rede. Isso porque consta dos autos que as colunas foram colocadas para o sustento de uma varanda que ainda estava em construção. E como pode ser observado pelas fotos acostadas aos autos, não

Acesso ao Sumário

existia teto sustentado pelas colunas. Elas estavam apenas colocadas no chão; não estavam afixadas. E a vítima e as autoras tinham conhecimento disso, como bem declarou o Juiz sentenciante" (fls. 305).

E arrematou: "Pelos elementos dos autos, o locatário tinha plena ciência do problema e a vítima tinha conhecimento de que a coluna precisava de reformas e mesmo assim a utilizou assumindo o risco de um desate infeliz." (fls. 306).

Não bastasse tanto, o artigo 937 do Código Civil não se aplica à hipótese dos autos.

Diz a norma legal: "O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta".

A doutrina, ao comentar o dispositivo, anota:

"Os danos causados a outrem, se resultantes da ruína do prédio ou construção, devem ser suportados pelo proprietário, se o evento lesivo provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta, A inércia do dono da construção ou edifício, que se abstém de executar os reparos notoriamente relevantes para a sua conservação, faz imediato o surgimento de responsabilidade pela composição dos prejuízos decorrentes de eventual ruína, eis que revela a implícita existência de culpa por omissão." (**in Código Civil Comentado, Ed. LTR, Fabricio Zamprogna Matiello, 1ª ed. Pág. 587**).

Note-se que é indispensável para a configuração da responsabilidade a inércia do dono do prédio, pela falta de reparos notoriamente relevantes para sua conservação.

E a prova mostra que não houve inércia alguma da ré dona do prédio.

O imóvel foi locado naquelas condições, o locatário já utilizava o imóvel há mais de 7 meses, e a vítima recebeu a notícia sobre a condição da pilastra.

Não bastasse não poder utilizá-la para os fins pretendidos, ainda o fez com peso excessivo, a provocar a queda.

Anoto que o exame da mídia que acompanhou os autos mostra o depoimento da testemunha Yanca, que estava no local no dia dos fatos.

A citada testemunha utilizou-se da malfadada rede, que estava na sala da casa, e assim era usada pelo locatário, conforme ele mesmo disse, autorizado pela locadora a fixa-la na sala do imóvel.

A testemunha afirmou que dirigiu-se ao banheiro quando a vítima perguntou se poderia usar a rede, tendo ela anuído, sendo que a rede foi retirada da sala pela vítima e levada à varanda, com fixação nas pilastras externas, local onde ocorreu o acidente.

A hipótese dos autos indica culpa exclusiva da vítima.

Disse o Des. Rui Stoco:

"O elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária

Acesso ao Sumário

no mundo exterior.

Esse ilícito, como atentando a um bem juridicamente protegido, interessa à ordem normativa do Direito justamente porque produz um dano. Não há responsabilidade sem um resultado danoso.

Mas a lesão a um bem jurídico cuja existência se verificará no plano normativo da culpa, está condicionada à existência, no plano naturalístico da conduta, de uma ação ou omissão que constitui a base do resultado lesivo.

Não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica.

Ação e omissão constituem, por isso mesmo, tal como no crime, o primeiro momento da responsabilidade civil.

Parafraseando o grande Frederico Marques, a conduta humana relevante para essa responsabilização apresenta-se como 'ação' ou 'omissão'. Viola-se a norma jurídica, ou através de um facere (ação), ou de um non facere (omissão). 'Uma e outra conduta se situam no campo naturalístico do comportamento humano, isto é, no mundo exterior, por serem um 'trecho da realidade' que o Direito submete, ulteriormente, a juízo de valor, no campo normativo'" (José Frederico Marques, Tratado de Direito Penal, 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, v.2, p. 40-41).

"Só à pessoa pode-se imputar uma ação ilícita" (**in "Tratado de Responsabilidade Civil" 6ª. Ed. RT, pág. 131**).

Esse, então, o primeiro pressuposto.

O segundo deles diz respeito à culpa.

Examinando a mesma obra encontramos a seguinte passagem sobre esse ponto:

"Significa que tanto o dano patrimonial como o dano extrapatrimonial ou moral, por terem a mesma origem, hão de escorar-se na teoria subjetiva ou aquiliana da responsabilidade, que só pode decorrer da prática de atos ilícitos e que impõem comportamento intencional (doloso) ou culposo do agente.

Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade como componente da culpabilidade, a culpa lato sensu; a penetração na esfera de outrem com a causação de um dano." (**ob. cit. Pág. 1674**).

Acesso ao Sumário

O doutrinador **Fábio Ulhoa Coelho** nos ensina: "Quando o dano decorre de culpa exclusiva da vítima, também não se estabelece a relação de causalidade entre ele e o ato ou atividade do demandado. Na verdade, neste caso, é a vítima que causou o dano e não há razões para imputar-se a quem quer que seja a responsabilidade pela indenização dos prejuízos. A vítima deve suportá-los inteiramente porque foi apenas dela a culpa pelo evento danoso. Não basta que o demandado tenha-se envolvido direta ou indiretamente com o dano para que surja sua responsabilidade. É necessário que seus atos ou atividades tenham sido a ***causa*** do prejuízo. A culpa exclusiva da vítima afasta

esta possibilidade. Mesmo se objetiva a responsabilidade, a culpa exclusiva da vítima é excludente" (**in Curso de Direito Civil, volume 2, p. 393 São Paulo: Saraiva, 2004**).

Os honorários recursais ficam elevados para 15% sobre o valor da causa, observada a gratuidade deferida.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002876-12.2015.8.26.0445, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é apelante BANCO SANTANDER BRASIL S/A e Apelante/Apelado SANTANDER SEGUROS S/A, é apelada/apelante REGINA CÉLIA CIRILLO MONTEIRO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, deram parcial provimento ao recurso das rés, por votação unânime, nos termos do voto do relator sorteado, e negaram provimento ao recurso adesivo da autora, por maioria de votos. Vencidos o relator sorteado, que declara, e o 5º Juiz. O 2º Juiz ficou com a relatoria designada.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18757)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MORAIS PUCCI, vencedor, MELO BUENO, vencido, FLAVIO ABRAMOVICI (Presidente), GILBERTO LEME e SERGIO ALFIERI.

São Paulo, 4 de junho de 2018.

MORAIS PUCCI, Relator designado

Ementa: Ação de cobrança de indenização securitária c.c. danos morais. Seguro proteção mulher. Sentença de parcial procedência. Seguro com cobertura para o risco de diagnóstico de câncer (mama, ovário e útero). Recusa da seguradora ré no pagamento da indenização securitária, por si só, não configura a ocorrência do dano moral. Recurso adesivo da autora desprovido.

VOTO

Adoto o relatório elaborado pelo ilustre Relator sorteado.

Ouso, no entanto, divergir parcialmente de seu voto que dá parcial provimento a ambos os apelos.

Respeitado tal posicionamento, entendo que não é o caso de conceder a indenização por danos morais.

A autora ingressou com a presente ação alegando que celebrou contrato de seguro Proteção Mulher em 11/04/2014, no qual prevê a cobertura para Morte Acidental, Invalidez Total e Parcial por Acidente e Diagnóstico de Câncer (Mama, Ovário e Útero (f. 32)). O valor da indenização para esta última hipótese é de R$150.000,00.

A seguradora se negou a efetuar o pagamento da indenização.

Pleiteou, por isso, a condenação das rés, Banco Santander Brasil S/A e Zurich Santander Brasil Seguros e Previdência S/A, no pagamento da indenização securitária e por danos morais em montante de R$75.000,00.

A r. sentença recorrida julgou parcial procedente o pedido para condenar as rés no pagamento da indenização securitária e das custas e de honorários advocatícios fixados em 10% do valor dado à causa (R$225.000,00), na proporção de 50% para cada ré.

Apelaram ambas as partes.

As rés buscam a improcedência do pedido e a autora, em recurso adesivo, a condenação da seguradora no pagamento de indenização por danos morais.

A negativa da seguradora em pagar indenização securitária, por si só, não é conduta apta a ensejar o reconhecimento do dano moral.

Nesse sentido, aliás, encontra-se a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> SEGURO FACULTATIVO DE VEÍCULO - [...] DANO MORAL - INEXISTÊNCIA. A recusa da seguradora ao pagamento da indenização securitária não enseja dano moral para o segurado ou para quem esteja na sua posição. Recurso provido em parte. (9049950-10.2009.8.26.0000 Apelação/Seguro. Relator(a): Gilberto Leme. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 30/03/2010).
>
> PLANO DE SAÚDE - OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO - [...] Recurso interposto pelo autor, visando a condenação da seguradora ré ao pagamento de indenização por danos morais - Descabimento - Negativa da ré fundada em interpretação de cláusula contratual - Ausência de dolo ou culpa da [...] Sentença mantida - Recurso improvido. (0262232-49.2009.8.26.0002 Apelação. Relator(a): Salles Rossi. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 08/09/2011).
>
> Seguro de vida e acidentes pessoais em grupo. Contrato de adesão. Óbito do segurado idoso. Cobertura reclamada por sucessores beneficiários

Acesso ao Sumário

(viúva e filhos). Cobrança. [...] Cobertura devida, porém os danos morais não são aplicáveis no presente caso. [...]. (9118136-22.2008.8.26.0000 Apelação/Seguro. Relator(a): Campos Petroni Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 01/09/2009).

SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS - COBRANÇA - DOENÇA PREEXISTENTE - AIDS - CIÊNCIA DA SEGURADA - [...] COBRANÇA - RECUSA DA SEGURADORA EM EFETUAR O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO - AUSÊNCIA DE CULPA OU DOLO - ALEGAÇÃO DE DANO MORAL - INEXISTÊNCIA - A recusa da seguradora em efetuar o pagamento da indenização do seguro, ausentes culpa ou dolo, não causa dano moral, não ensejando o dever de indenizar. (9056592-09.2003.8.26.0000 Apelação Com Revisão/Seguro. Relator(a): Regina Capistrano. Comarca: Bauru. Órgão julgador: 31ª Câmara do D.SEXTO Grupo (Ext. 2° TAC). Data do julgamento: 07/03/2006).

No caso, como a autora decaiu do pedido de danos morais era o caso de ser reconhecida a sucumbência recíproca.

Entretanto, as rés em seu apelo apenas pleitearam a incidência dos honorários sucumbenciais sobre o valor da condenação e não sobre o valor da causa, como determinado na r. sentença.

Assim, concordo com o Relator em relação à modificação do *quantum* dos honorários advocatícios sucumbenciais, nos moldes pleiteados pelas rés.

Em razão do desprovimento do apelo da autora, nos termos do art. 85, § 1º, do CPC/2015, condeno a autora no pagamento dos honorários advocatícios recursais, fixados por equidade, em razão do caráter estimatório dos danos morais, em R$2.500,00, corrigidos desde este julgamento e com juros de mora de 1% ao mês desde o trânsito em julgado, devendo as rés comprovar a melhora da fortuna da autora para cobrar tal verba por ser ela beneficiária da assistência judiciária.

Por tais razões, pelo meu voto, nego provimento ao recurso adesivo da autora e acompanho o voto do douto Relator quanto ao provimento parcial do recurso das rés.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 41895)

Fiquei vencido pela douta maioria, para dar parcial provimento ao recurso adesivo da autora.

De início, o banco corréu deve compor o polo passivo da presente ação. Pois, ainda que o estipulante do contrato de seguro de vida aja como mero mandatário, forçoso reconhecer que, no presente caso, é manifesta a legitimidade

da instituição financeira estipulante, uma vez que faz parte do mesmo grupo econômico que a seguradora, utilizando-se de seu prestígio, estabelecimento e funcionários para oferecer o seguro a seus clientes.

No mérito, ambos os recursos comportam parcial provimento.

A autora assevera que, aos 08/04/14, procurou agência do banco corréu para realizar um empréstimo consignado, tendo-lhe sido oferecida a possibilidade de contratação de um seguro de vida, ao qual ela aderiu, embora havendo uma alteração na data da contratação (de 08/04/14 para 11/04/14), a pedido da funcionária do banco. Alega que, em agosto de 2014, ela foi diagnosticada como portadora de câncer de mama, razão pela qual requereu à seguradora corré o pagamento da indenização securitária relacionada à cobertura por 'Diagnóstico de Câncer (mama, ovário e útero)'; porém, seu pedido foi negado, razão pela qual propôs a presente ação, a fim de que lhe pagassem o capital segurado, bem como lhe indenizassem por danos morais, face aos dissabores e angústias experimentados.

Com efeito, na apólice do seguro contratado pela autora aos 11/04/14 (fls. 126), constaram as coberturas para os riscos de *Morte Acidental, Invalidez Permanente Total ou Parcial por Acidente, e Diagnóstico de Câncer (mama, ovário e útero)*, sendo que, de acordo com a cláusula 3.3.2 das condições gerais (fls. 126/146), havia a definição para o risco Diagnóstico de Câncer, nos seguintes termos: "**é a constatação de câncer na segurada, efetuada por exames médicos e laboratoriais, comprobatórios, específicos para câncer, realizados em entidades devidamente registradas no Ministério da Saúde. O diagnóstico será considerado válido, para fins do pagamento da indenização, desde que precedido de um exame histológico minucioso do tumor maligno, ou do tecido coletado, em que esteja evidenciada a existência do câncer. O diagnóstico de câncer poderá ser realizado na paciente tanto em vida quanto após sua morte**" (fls. 135).

Outrossim, de acordo com o conjunto probatório, restou demonstrado que o câncer de mama (lado direito) da autora foi efetiva e conclusivamente diagnosticado aos 01/08/14, conforme declaração médica (fls. 28), sendo certo que, no relatório complementar de averiguação realizado durante a regulação do sinistro, aos 14/11/14 (fls. 149/152), tal informação foi ratificada, mormente porque as consultas médicas realizadas pela autora antes da data supramencionada, ou se referiram a outra doença (nódulo em parótida esquerda, que apresentou diminuição espontânea), ou a atendimentos de rotina ou, ainda, para averiguação inicial de nódulo e edema na mama direita da mesma.

Aliás, cumpre ressaltar que, da análise dos prontuários de atendimento médico da autora (fls. 154/246), depreende-se que somente quando ela foi submetida a um procedimento cirúrgico (setorectomia diagnóstica), aos 01/08/14, é que houve a comprovação, pelos médicos, de que se cuidava de

Acesso ao Sumário

câncer de mama (fls. 193; 196; 203).

Posto isto, e considerando-se que entre a contratação do seguro e o diagnóstico comprobatório já havia transcorrido o prazo de 90 dias de carência (cláusula 3.3.2.1 - fls. 135), forçoso reconhecer que a autora faz jus ao recebimento do capital segurado, pelo valor previsto no contrato (R$150.000,00 - fls. 21; 126), conforme disposto no art. 757, ***caput***, do CC, não subsistindo a tese de que o diagnóstico do câncer tivesse ocorrido antes da contratação do seguro.

Ademais, não prospera a alegação dos réus de que a autora teria omitido informações relevantes ou inexatas (art. 766, do CC), eis que, à época da celebração do negócio, ela estava realizando exames médico-ginecológicos de rotina (fls. 172; 248); isto é, ela não estava realizando exames visando apurar doenças e nem possuía histórico de diagnóstico primário de câncer de mama, útero ou ovário (fls. 147).

Por outro lado, a indevida recusa administrativa ao pagamento da indenização securitária à autora (fls. 144/145), cujo grave quadro de saúde era flagrante, tratou-se de situação constrangedora e angustiante à mesma, não podendo ser considerado um mero dissabor cotidiano e/ou um simples descumprimento contratual; sendo, pois, suficiente a causar danos à esfera extrapatrimonial da autora. Contudo, diferentemente do quanto pleiteado na inicial (R$75.000,00), o montante indenizatório deve ser fixado em R$30.000,00 (trinta mil reais), levando-se em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atendo-se às peculiaridades do caso concreto.

Os honorários advocatícios sucumbenciais, por sua vez, devem ser fixados com base no valor da condenação, e não no valor dado à causa, uma vez que foi possível mensurar o proveito econômico obtido pela autora nesta demanda (art. 85, §2º, do CPC/15).

Deste modo, a r. sentença deve ser modificada, a fim de que: i) os réus sejam condenados a pagar à autora, a título de indenização por danos morais, a quantia de R$30.000,00 (trinta mil reais), corrigida monetariamente da presente decisão, e incidindo juros de mora, à base de 1% ao mês, contados da citação, e; ii) os honorários advocatícios sucumbenciais sejam fixados com base no valor da condenação; sendo, no mais, mantida por seus próprios fundamentos. E, considerando-se o resultado da demanda, os ônus sucumbenciais devem ser suportados exclusivamente pelos réus, mantendo-se os honorários advocatícios originalmente fixados em 10%, ora sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, **rejeito a preliminar e dou parcial provimento aos recursos**.

FERNANDO MELO BUENO FILHO, Desembargador, Relator sorteado vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1096203-42.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL, é apelada/apelante ITAÚ SEGUROS DE AUTO E RESIDÊNCIA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da ré e negaram provimento ao recurso da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.729)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 8 de junho de 2018.

NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: Ação regressiva de ressarcimento de danos. Distúrbio elétrico. Avarias em equipamentos eletrônicos. Responsabilidade civil da concessionária não verificada. Ação improcedente. Recurso da ré provido e não provido o da autora.

VOTO

Visto.

Trata-se de ação regressiva de ressarcimento de danos ajuizada por Itaú Seguros de Auto e Residência S/ A. em face de Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL.

A r. sentença de fls. 205/207, cujo relatório adoto, julgou procedente o pedido da autora para condenar a ré ao pagamento de R$ 4.508,24 , corrigidos desde o desembolso e incidindo juros de mora a partir da c i tação, além das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10 % sobre o valor da condenação.

A ré interpôs recurso de apelação (fls. 209/226). Sustenta, em síntese, que não foi observada a Resolução n. 414/2010 da ANEEL. Afirma que é do usuário a responsabilidade pelas instalações elétricas da unidade consumidora. Assevera que não pode ser responsabilizado por dano causado por descarga elétrica. Diz que não houve defeito na prestação do serviço. Acrescenta que não restou demonstrado o dano. Alega que não é aplicável o Código de Defesa do

Acesso ao Sumário

Consumidor. Pugna, à vista disso, pela improcedência da ação.

A autora recorreu adesivamente (fls. 271/282). Sustenta, em síntese, que o termo inicial da correção monetária e dos juros de mora deve ser a data do evento danoso ou do desembolso. Alega que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser elevados para o patamar de 20% sobre o valor da condenação. Requer, nestes termos, a reforma da r. sentença.

Os apelos foram preparados (fls. 227/229 e 284/285), apenas a autora ofereceu resposta (fls. 230/264 e 288).

É o relatório.

Conheço dos recursos.

Cuida-se de ação regressiva proposta por Itaú Seguros de Auto e Residência S/A. em face de Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL em razão de distúrbio elétrico na residência de seu segurado, a qual provocou avarias em equipamentos eletrônicos a ele pertencentes.

Malgrado a ré, concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica, responda objetivamente pelos danos gerados a seus usuários, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal e do artigo 14, *caput* do Código de Defesa do Consumidor, não há prova do nexo causal.

De fato, os documentos de fls. 35/67, produzidos unilateralmente pela autora, não revelam a ação que ensejou o dano material.

De ver-se que a inversão do ônus da prova não é automática, não prescindindo da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência da parte (artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

Aliás, a aferição da ação que acarretou a queima dos equipamentos do segurado desafia a realização de prova concludente.

No caso em tela, a autora não adotou as cautelas de praxe relativamente à preservação dos equipamentos danificados, não sendo dada oportunidade à ré de se defender, restando, portanto, prejudicada a realização da perícia.

Cumpre notar, ainda, que a ausência de requerimento administrativo prévio, embora não implique a falta de interesse de agir, impediu que a concessionária ré inspecionasse os equipamentos danificados e tivesse meios para oferecer eventual contraprova apta a infirmar os documentos apresentados pela autora.

Destarte, o pedido é improcedente.

A autora arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da causa atualizado.

Isto posto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso da ré e nego provimento ao recurso da autora.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003821-36.2017.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante GISELE DE BRITO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado BANCO BRADESCARD S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.315)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FERNANDO SASTRE REDONDO (Presidente) e FLÁVIO CUNHA DA SILVA.

São Paulo, 19 de junho de 2018.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS - Exibição de documentos - Sentença que julgou extinto o processo sem resolução do mérito por falta de interesse de agir, nos moldes do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil - Recurso da autora - PLEITO DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO - Possibilidade - Telas sistêmicas acostadas na contestação que não correspondem ao pleito inicial - A inexistência de contrato físico não exime o prestador de serviços de exibir à consumidora documentos que comprovem a efetiva pactuação e em que condições disponibilizou o serviço à autora em razão do contrato realizado - O contrato físico não é o único instrumento capaz de comprovar a existência de uma relação jurídica e a validade negocial existente entre as partes - Possibilidade de se utilizar de todos meios de provas previstos no Código Civil e no Código de Processo Civil - Pedido extrajudicial devidamente comprovado nos autos - Interesse de agir configurado - Procedência do pedido - Hipótese em que o réu deve apresentar o contrato conforme postulado na petição inicial, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação do acórdão, sob pena de busca e apreensão, nos termos do artigo 400, parágrafo único, do CPC - Sentença reformada - ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA

Acesso ao Sumário

- A resistência na esfera administrativa implica na condenação do réu ao pagamento dos ônus de sucumbência, pelo princípio da causalidade, o qual determina que a parte causadora da instauração do processo deve suportar os ônus de sucumbência - Caso concreto em que houve a necessidade de movimentar o Judiciário - Ônus da sucumbência que deve ser carreado ao réu - Honorários Advocatícios devidos - Art. 85 do Novo Código de Processo Civil - Verba honorária fixada em R$ 1.500,00, corrigidos da data de publicação do Acórdão - Sentença reformada - RECURSO PROVIDO.

VOTO

1.- Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença de fls. 52/53, disponibilizada no DJE em 23.04.2018, que, em ação de produção antecipada de prova, julgou extinto o processo, sem o julgamento do mérito, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil. O magistrado condenou a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, mais honorários de advogado fixados em 10% no valor corrigido da causa, ressaltando que está suspensa a cobrança se concedidos os benefícios da gratuidade processual.

A autora recorreu às fls. 55/57, buscando a reforma do julgado. Sustenta, em síntese, que está presente o interesse de agir, pois não possui cópia do contrato e desconhece a dívida que lhe foi atribuída, argumentando que notificou judicialmente a empresa, com AR positivo, antes de propor esta ação litigiosa. Assim, requer o provimento do recurso para que ação seja julgada procedente com a condenação do réu nos ônus da sucumbência.

Recursos tempestivo, ausente preparo, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita e foi respondido (fls. 81/100).

É o relatório.

2.- Razão assiste à autora-apelante.

Cuida-se de produção antecipada de provas visando à apresentação da 1º via do contrato de nº número 202101843, no valor de R$72,83 (setenta e dois reais e oitenta e três centavos), o qual originou a inclusão do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito (fls. 05).

Na sentença de primeiro grau, o MM. Juízo julgou extinto o processo sem resolução do mérito por falta de interesse de agir, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil. O magistrado condenou a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, mais honorários de advogado fixados em 10% no valor corrigido da causa, ressaltando que está suspensa a cobrança se

Acesso ao Sumário

concedidos os benefícios da gratuidade processual.

Contra referido *decisum*, insurgiu-se a autora nesta oportunidade.

A produção antecipada de provas é uma ação autônoma, que pode ter natureza preparatória ou incidental e que visa antecipar a produção de determinada prova, realizando em momento anterior àquele em que normalmente seria produzida.

A respeito, Marcus Vinicius Rios Gonçalves[1], escreve:

"Não tem, como no CPC de 1973, natureza de ação cautelar, ajuizada sempre em razão de risco de a prova perecer. O risco é uma das justificativas da antecipação da prova, mas não a única. A antecipação pode ser deferida para viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito, ou para permitir ao interessado que tenha prévio conhecimentos dos fatos, que possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação. Poderá ser aforada no curso de processo já ajuizado, em fase anterior àquela na qual normalmente a prova seria produzida, ou antes do ajuizamento do processo, quando terá a natureza de procedimento preparatório." (...) O prévio conhecimento dos fatos que possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação. Há casos em que a antecipação servirá para colheita de elementos necessários ao ajuizamento da demanda. Sem ela, o autor terá dificuldade para ajuizar a ação. Por exemplo: ele pretende postular indenização porque houve um vazamento, que trouxe graves danos para o seu apartamento. Porém, não sabe ainda qual foi a causa, nem onde se originou, se na coluna central do prédio, caso em que a responsabilidade será do condomínio, ou se no encanamento do imóvel superior, caso em que a ação deverá ser dirigida contra o seu titular. A antecipação da prova servirá para que colha elementos necessários para a ação principal. **O mesmo se passa em relação à exibição de documento. Sem ele, a parte não terá condições de saber se pode ou não ajuizar a ação. A antecipação fornecerá elementos ao interessado para que decida se deve ou não ajuizá-la.**"

Na ação de produção antecipada de provas, fundada no artigo 381, inciso III, do CPC, o interesse muitas vezes decorre da potencialidade de uma demanda principal e não tem necessariamente caráter contencioso. Ou seja, a ação objetiva apenas o acesso a documento ou coisa que o interessado aspire conhecer ou recuperar para fins contenciosos ou não, sendo exemplo um contrato que a parte tenha extraviado. E isto torna inequívoco o interesse de agir à ação de produção antecipada de provas fundada no referido artigo sem depender de qualquer prova de resistência da outra parte em lhe exibir ou fornecer extrajudicialmente cópia daquele instrumento.

Acesso ao Sumário

1 Direito Processual Civil Esquematizado, Coordenador Pedro Lenza, 7ª edição, Editora Saraiva, p. 479 e 480.

É diferente quando a ação é proposta sob o fundamento de uma lide, pretensão resistida, como no caso de haver recusa formal na entrega da via do instrumento que é devida ao outro contratante, ou recusa à reprodução do documento às expensas, evidentemente, do interessado.

A questão não é complexa, ainda que se discuta o interesse de agir sob a perspectiva da responsabilização pelas despesas geradas com o processo que normalmente envolve a aplicação das teorias da causalidade e da sucumbência.

Mas, muitas vezes a lealdade contratual e processual é ignorada e a excepcionalidade da ação se torna regra, de modo que se exige readequação dos instrumentos de administração da justiça por meio da jurisprudência.

Embora não se cuide aqui de ação cautelar de exibição de documentos, mas considerando a similitude da situação fática posta à apreciação judicial nesta demanda, especialmente para o fim de se verificar o interesse de agir do autor neste procedimento, imperioso é observar o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.349.453/MS, em regime de recurso repetitivo (CPC, artigo 543-C), que "a propositura da ação de exibição de documentos bancários (cópias e segundas vias de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir eventual ação principal, bastando a demonstração de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária".

No julgamento do referido recurso, constou da ementa os seguintes termos:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido."[2]

As razões para tal exigência estão expostas no voto vista da lavra da

2 REsp nº 1.349.453/MS , Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 10/12/2014.

Acesso ao Sumário

Ministra Maria Isabel Gallotti, que integra o v. acórdão em referência:

> "... anoto ser inconteste que os bancos já enviam periodicamente extratos, sendo franqueado igualmente o acesso gratuito aos lançamentos em conta bancária por meio da internet. Se não houver a iniciativa de seu cliente de pedir na agência de relacionamento, pelos canais adequados, a emissão de segunda via dos documentos já fornecidos, não há como se considerar configurada resistência do banco e, portanto, interesse de agir que justifique a movimentação do Poder Judiciário para a solicitação dos documentos comuns." (p. 31)

Neste contexto é que se dessume que na produção antecipada de provas, fundada no art. 381, inc. III, do CPC, por aplicação do princípio da causalidade, em regra, cada parte deve suportar as respectivas despesas, quando o documento, mesmo sendo um contrato padrão, for exibido no prazo de resposta (ainda que contenha defesa), ou em outro momento processual determinado pelo juiz antes da sentença.

Na hipótese da ação ser precedida de pedido administrativo idôneo, o ônus da sucumbência deve ser imposto ao requerido, pois deixou de disponibilizar o documento no prazo de 30 dias. Mesmo que depois venha a exibi-lo em juízo, ou, ainda, quando deixa de justificar sua recusa em cumprir a ordem judicial.

Nesse sentido, confira-se o julgado proferido na ação cautelar de exibição de documentos proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> "APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO. BENS IMÓVEIS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. DESPESAS DO PROCESSO. AÇÃO PRECEDIDA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO IDÔNEO. A ação cautelar de exibição de documentos não é necessariamente contenciosa e não faz vezes da produção antecipada de provas que tem pressupostos que lhe são próprios; e não tem por pressuposto prévia providência extrajudicial quando a lei não a exigir. Mas quando exercida a via administrativa deve ser por requerimento idôneo sob pena de inútil ao seu propósito. - Por aplicação do princípio da causalidade não havendo resistência cada parte arca com a respectiva despesa quando a exibição é realizada no prazo de resposta ou em outro que o juiz conceda antes da sentença, caso contrário o vencido responde pela sucumbência. Exibido o documento antes da sentença cada parte arca com as respectivas despesas. - Circunstância dos autos em que não houve exibição suficiente e se impõe manter a sentença que fixou a responsabilidade da parte ré nas custas e honorários. RECURSO DESPROVIDO."[3]

Na espécie, a autora afirmou que não obteve êxito em obter o contrato na via administrativa. Embora tenha enviado uma notificação judicial (fls. 17/26),

3 Apelação nº 70065228736, Rel. Des. João Moreno Pomar, j. 01.10.2015.

Acesso ao Sumário

que fora entregue ao réu na data de 08.02.2017, conforme documento de fls. 16, registrando que a presente ação foi ajuizada em 08.05.2017, portanto, houve tempo hábil para que o requerido atendesse à referida notificação.

Certo é que ele recebeu a solicitação administrativa. Permaneceu inerte. Não há notícia nos autos de que tenha feito algum contato com a apelante para justificar sua recusa.

Caracterizada a infundada resistência do réu, está evidenciada a necessidade do provimento jurisdicional, pois a autora precisou se socorrer do Judiciário para obter os documentos que não lhe foram fornecidos pela via administrativa.

Apesar do Recurso Repetitivo apontar a necessidade de pagamento de tarifas para obtenção dos documentos, competia ao requerido comprovar que solicitou o pagamento da tarifa na esfera administrativa, o que não foi feito no caso em exame.

Neste sentido, confira-se o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça:

"MEDIDA CAUTELAR. Exibição de documentos. Extratos. Comprovação de prévio pedido pelo autor. Ausência de recolhimento de tarifa que não impedia provimento favorável, ante a falta de comprovação de solicitação da instituição financeira. Extratos não exibidos. Interesse de agir configurado. Resistência do réu que justificava a sua condenação no pagamento da sucumbência. Sentença mantida. Recurso do réu não provido. Honorários Advocatícios. Majoração. Cabimento. Valor que deve ser compatível e remunerar, com dignidade, o trabalho desenvolvido pelo profissional. Sentença reformada. Recurso do autor provido. RECURSO DO AUTOR PROVIDO EM PARTE E DO RÉU, NÃO PROVIDO."[4]

Sob esse prisma, como o réu deu causa ao ajuizamento da demanda, de rigor sua condenação ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios pelo princípio da causalidade, o qual determina que a parte causadora da instauração do processo deve suportar os ônus de sucumbência.

Acrescente-se que instaurada a litigiosidade, não há como eximir a ré dos ônus da sucumbência.

A esse respeito, Humberto Theodoro Júnior leciona:

> "Sem a lide cautelar (isto é, sem o conflito de interesses em torno da providência preventiva), não há ação cautelar, mas apenas medida cautelar. E, não havendo lide (o que, praticamente, revela-se pela falta de contestação ao pedido do provimento preventivo), não haverá, também, sucumbência, o que exclui a condenação de custas e honorários advocatícios.
>
> Sendo certo que as medidas cautelares nem sempre reclamam ação

4 Apelação nº 0023867- 94.2010.8.26.0576, Rel. Des. Fernando Sastre Redondo, j. 29.04.2015.

Acesso ao Sumário

cautelar, deve-se concluir que a incidência da verba advocatícia estará sempre condicionando à existência da situação contenciosa caracterizadora da verdadeira ação cautelar, situação essa que não se revela pelo simples pedido de providência preventiva, mas pela atitude assumida pela parte contrária diante da postulação provocadora do acionamento da atividade jurisdicional cautelar.

O inegável, porém, é que, sendo contenciosa a ação cautelar, haverá de o vencido sujeitar-se à regra do ônus da sucumbência, ficando obrigado a reembolsar o vencedor não só das despesas de custas como dos honorários advocatícios"[5]

De outra parte, observa-se que não veio aos autos o contrato assinado pela autora.

Isso porque, no caso em exame, a ré esclareceu, em sua contestação, que a origem do débito decorre de um empréstimo que é oferecido para funcionários da C&A e Banco IBI, onde as cobranças das prestações são realizadas através de desconto em folha de pagamento e que a negativação é devida, tendo em vista que não ocorreram pagamentos das parcelas, sendo que foi parcelado em 16 x de R$ 72,83, ocasionando a negativação (fls. 32).

Contudo, observa-se que junto com a contestação foram apresentadas tela de cadastro e tela de pagamento, sem qualquer cláusula ou assinatura da autora, de modo que a relação jurídica entre as partes não restou demonstrada (fls. 43/44).

Não se deve olvidar que o suposto contrato celebrado entre as partes é um ato jurídico.

Como se sabe, o contrato pode ser definido como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, que depende, para sua formação, do encontro de vontades das partes interessadas, gerando para estas, uma norma jurídica individual, reguladora de interesses privados.

Para os contratos eletrônicos ou por meio telefônico, o conceito permanece inalterado, apenas com a distinção de que, ao invés de serem formalizados pela via tradicional do documento escrito, utiliza um instrumento eletrônico por meio do qual as partes expressam seu interesse e seu consentimento em contratar.

Acesso ao Sumário

Na condição de fornecedora de serviços, tem o dever legal de prestar informações ao consumidor que se sentir prejudicado, mormente, no presente caso, em que apontado débitos em nome da autora em cadastro de proteção ao crédito (fls. 14).

Os contratos eletrônicos não devem ser considerados um novo tipo ou uma nova categoria autônoma de contrato, mas tão-somente uma nova tecnologia de formação contratual. Sob tal perspectiva, não haveria qualquer inovação

5 Processo Cautelar, 23ª ed., São Paulo: Leud, 2006, p. 137.

substancial pertinente aos requisitos de validade dos contratos eletrônicos e à sua aceitação jurídica como meio de prova.

Sua especificidade advém apenas do fato de a contratação se efetivar mediante o uso de computadores interligados em rede e, por assim ser, qualquer contrato, seja ele típico ou atípico, será considerado eletrônico, bastando que, para isso, tenha sido efetivado eletronicamente.

Sob este prisma, podemos ter contratos eletrônicos de compra e venda, contratos eletrônicos de mútuo, contratos eletrônicos de comodato, contratos eletrônicos de prestação de serviço, dentre outros, desde que sejam celebrados por meio de uma rede de computadores.

É certo que a inexistência de contrato físico não impede a requerida de nesta ação exibir à consumidora documentos que comprovem a efetiva pactuação e em que condições disponibilizou os serviços à cliente, pois é dever legal da prestadora de serviços e inerente à relação obrigacional apresentar o contrato padrão e a proposta de adesão esta firmada através do sistema eletrônico.

O contrato físico não é o único instrumento capaz de comprovar a existência de uma relação jurídica e a validade negocial existente entre as partes.

Considerando-se a inexistência de normas específicas que particularmente disciplinem os documentos gerados e armazenados em meio eletrônico, e diante dos princípios da livre persuasão racional do juiz e da liberdade de forma, é certo que os documentos eletrônicos, num primeiro momento, têm amparo legal e doutrinário para serem admitidos como meios de prova lícitos, consubstanciando-se, tão-somente, numa forma probatória não especificamente elencada no Código de Processo Civil, mas amparada por seu artigo 369 do CPC.

Assim, o réu para comprovar a validade do contrato firmado, poderá se utilizar de todos os meios de provas admitidos em direito, em eventual litígio, pois esses meios são lícitos, moralmente legítimos, respeitando os requisitos legais necessários, podendo a parte se valer do disposto nos artigos, 212 , 219 , 222 e 225 do Código Civil e nos artigos 404, 413, 414 e 422 do Código de Processo Civil para corroborar a existência do contrato firmado eletronicamente.

Ademais, consigne-se que, em razão do dever de informação decorrente de integração contratual prevista nos artigo 6º III, e 46 do CDC, somente é satisfeito o direito do consumidor, em relação ao contrato, quando lhe é entregue a segunda via do mesmo, quando então pode ter conhecimento das condições e termos ajustados, taxas, valor de prestações, vencimento destas, encargos de mora, etc.

Nesse sentido, confira-se o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Apelação - Ação de conhecimento com preceito cominatório de

Acesso ao Sumário

obrigação de fazer, com pedido de tutela provisória de urgência, em caráter incidental para exclusão do nome do autor dos cadastros de restrição creditícia, até a apresentação dos documentos que ensejaram a negativação - Pedidos de exibição de documentos e elaboração de planilha de cálculo com evolução da dívida - Sentença que homologou como produção antecipada de prova as telas sistêmicas inseridas no bojo da contestação, para produção de seu efeito legal, sem condenação nas verbas sucumbenciais - Pleito de reforma - Possibilidade em parte - (...) Medida intentada que pode ser reconhecida pelo pedido e causa de pedir, independentemente do *nomen juris* - Alegação da parte ré de impossibilidade de apresentação do contrato indicado na exordial, vez que o negócio jurídico fora entabulado por meio eletrônico 'televendas' - Modelo contratual que não pode eximir a empresa ré de prestar informações acerca de débito, que gerou a inscrição do nome do autor em cadastro de proteção ao crédito - Telas sistêmicas acostadas à defesa que não correspondem ao pleito inicial - Pedido extrajudicial devidamente comprovado nos autos - Interesse de agir configurado - Orientação firmada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Especial Representativo de Controvérsia, submetido à sistemática do art. 543-C, do Código de Processo Civil - Princípio da Causalidade - Empresa requerida que deve ser condenada a exibir a cópia do contrato pleiteado na inicial, bem como, ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios - Honorários advocatícios - Observância das disposições contidas no artigo 85 e parágrafos do Código de Processo Civil de 2015 - Análise subjetiva do trabalho realizado no feito - Honorários arbitrados em R$ 1.500,00 - Valor que remunera dignamente o patrono do autor - Sentença reformada - Recurso parcialmente provido. Divergência seguida pela d. maioria e incorporada ao v. acórdão, para negar provimento ao recurso, vencida a Relatora Sorteada."[1]

APELAÇÃO - AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - APLICAÇÃO DE MULTA NA HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM DE EXIBIÇÃO DOS DOCUMENTOS - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 372, DO STJ. - RECURSO PROVIDO NESTE PONTO. APELAÇÃO - AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - DEVER DE EXIBIR INCLUSIVE OS CONTRATOS ELETRÔNICOS REALIZADOS ENTRE AS PARTES. Embora os contratos eletrônicos não possuam assinatura do cliente, a instituição financeira não está impossibilitada de imprimir os extratos e demonstrativos das operações realizadas com o valor envolvido, os encargos pactuados, a forma de pagamento contratada, além de eventual saldo remanescente. Se a instituição financeira tem condições de buscar judicialmente seu crédito originado em contrato eletrônico, desde que seu pedido inicial seja devidamente instruído com a demonstração da contratação e a existência de seu crédito, é de

Acesso ao Sumário

1 Apelação nº 1016744-83.2016.8.26.0037, Rel. Des. Claudia Grieco Tabosa, Pessoa, j. 04.09.2017.

clareza solar que o Apelante também tem plena possibilidade de exibir judicialmente todos os termos e condições da operação realizada com o Apelado mediante canais de autoatendimento (vg. rede mundial de computadores ou caixas eletrônicos). RECURSO IMPROVIDO NESTE PONTO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.[2]

De outra parte, não se olvida que é dever do réu, como prestador de serviços, fornecer todos os documentos requeridos pelos seus consumidores, salientando-se, inclusive, que o próprio juiz, com respaldo no art. 396 do CPC, pode determinar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder, inclusive de ofício.

Os documentos requeridos são comuns às partes e, portanto, de apresentação obrigatória pelo réu, a teor do artigo 399, III , do Código de Processo Civil.

De fato, assiste à autora o direito de postular a exibição de cópia do contrato, porquanto constitui obrigação do réu manter em arquivo os instrumentos contratuais firmados com seus clientes.

Com efeito, de rigor a procedência da ação, uma vez que é dever do réu apresentar os documentos solicitados pela autora na petição inicial, sob pena de ser determinada a sua busca e apreensão.

Isto posto, em face do princípio da causalidade, de rigor a reforma da sentença, para que a requerida-apelante exiba o contrato, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação do acórdão, sob pena de busca e apreensão, nos termos do artigo 400, parágrafo único, do CPC, impondo-se a condenação à parte vencida nas verbas de sucumbência, arcando ela com o pagamento das custas e despesas processuais, atualizadas desde o efetivo desembolso, além de honorários advocatícios da parte autora, que ora se arbitra, por equidade, em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), corrigidos pela tabela prática deste E. Tribunal de Justiça da data de publicação do presente acórdão, em consonância com o art. 85, § 8º do CPC/2015. Frise-se que esse valor se mostra adequado à condigna remuneração do advogado, tendo em vista se tratar de causa de baixa complexidade, levando-se em conta o grau de zelo e o tempo despendido para o desempenho de sua atividade, por não ter havido resistência ao pedido, e atendendo-se ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Mantidos os demais termos tal como prolatada.

3.- Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso, nos termos da fundamentação acima.

Acesso ao Sumário

2 Apelação nº 0016260-38.2012.8.26.0001, Rel. Des. Eduardo Siqueira, j. 14.08.2013.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1023415- 93.2017.8.26.0100/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA., é embargada FRANCISCA FERREIRA DA COSTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª 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 29.317)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente) e CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA.

São Paulo, 3 de maio de 2018.

MARIO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Contradição - Inocorrência de qualquer vício - Provimento colegiado claro, preciso e exauriente sobre as questões suscitadas - Caráter infringente - Prequestionamento - Embargos rejeitados.

VOTO

Embargos de declaração promovidos contra o Acórdão que deu parcial provimento ao recurso da Embargada, reconhecendo-se a ocorrência do dano moral.

Aduz a Recorrente a presença do vício da contradição. Critica a fundamentação utilizada para o reconhecimento do dano moral, entendendo incidente no caso a Súmula 385 do STJ. Prequestiona a matéria e pede o acolhimento dos embargos.

É o relatório.

A medida não comporta acolhida.

Com efeito, à luz do disposto no art. 1.022, do Código de Processo Civil, os embargos só encontram adequação quanto for o caso de afastar ou esclarecer omissão, contradição, obscuridade e corrigir erro material.

No caso, não é o que se verifica.

Acesso ao Sumário

É que a leitura do julgado revela que inexiste vício algum que reclame declaração ou alteração, dada a clareza, precisão e abrangência do pronunciamento colegiado.

A propósito, confira-se passagem do Acórdão, para melhor compreensão:

"**Não há falar em aplicação da Súmula 385, do Superior Tribunal de Justiça pois, os demais registros relacionados às fls. 11/12 foram inscritos pela própria Ré, com relação a contratos diversos, e disponibilizados todos na mesma data (20/1/2014). Além disso, foram objeto de discussão judicial, conforme demonstrado às fls. 74/91**".

Nessa quadra, resta bem evidente que, a pretexto do vício da contradição, procura a Recorrente discutir a justiça do julgamento mediante o reexame das questões amplamente analisadas e decididas, portando-se como quem não concorda com o resultado, olvidando que "**A contradição que autoriza os embargos de declaração é a do julgado com ele mesmo, jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte**" (STJ-4ª Turma - Resp. 218.528-SP-EDcl, rel. Min. Cesar Rocha, j. 7.2.02), *in* CPC Comentado - Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvea, 40ª edição, Ed. Saraiva, nota 14 b ao art. 535.

A Embargante acena com a hipótese de prequestionamento.

Nada obstante, já foi decidido que: "**Embargos de declaração - Oposição com o fim de prequestionamento - Circunstância que não retira a necessidade da observância dos limites traçados no art. 535 do CPC - Recurso que não se presta para o reexame da causa**" (TJPI) - RT 779/33.

"**Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no artigo 535 do Código de Processo Civil (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa**" (REsp. 11.465-0-SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma do STJ).

De resto, destaque-se a lição sempre abalizada de Cássio Scarpinella Bueno:

"Por vezes, entende-se que a decisão deve fazer expressa menção ao número do dispositivo da Constituição Federal ou da lei federal tidos por ela contrariados. A exigência, que alguns chamam de 'prequestionamento numérico', é absolutamente descabida e não tem nenhum fundamento, sendo mero rigorismo formal de nenhuma valia técnica. O que não há como negar é que naqueles casos, onde se lê, da decisão recorrida, a menção a algum texto de e direito positivo, a constatação de qual 'questão' ou 'tese' foi ou deixou de ser decidida fica mais perceptível e, neste sentido, mais evidente a ocorrência do que os usos e costumes consagraram sob o nome de 'prequestionamento explícito'. Importa destacar, no entanto, que

Acesso ao Sumário

'prequestionamento' não tem nenhuma relação com a menção expressa de dispositivo, constitucional ou legal, que dá fundamento à decisão da qual se pretende recorrer", in Curso sistematizado de direito processual - volume 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais. São Paulo, Saraiva, 2008, pág.242.

Portanto, não sendo a hipótese de contradição, não havendo violação ou negativa de vigência de qualquer disposição legal, restando bem evidenciado o caráter de infringência, próprio de quem não se agrada com o resultado, a rejeição dos embargos é a medida que se impõe.

Ficam rejeitados os embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0044434-25.2010.8.26.0002/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante JOANA MOREIRA DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado PETROBRAS TRANSPORTE S/A TRANSPETRO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª 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 29353)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HELIO FARIA E CARMEN LUCIA DA SILVA.

São Paulo, 3 de maio de 2018.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de Declaração - Limitação da via que se destina a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado - Expressão de convicção do órgão judicial que não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes - Adequação de fundamentação sucinta acerca de suficiente motivo para a composição do litígio - Possibilidade - Impossibilidade de rediscussão da matéria já julgada no recurso - Efeitos infringentes de caráter excepcional que exigem a ocorrência dos

vícios elencados no art. 535 do CPC/73, atual artigo 1022 do CPC - Exercício da jurisdição - Dever de preservação da ordem jurídica - Exercício dos poderes da jurisdição (atos privativos - decisão e coerção) que não implicam violação de direito - Competência judicial que diz respeito ao controle da regularidade formal do processo e ao controle da administração da ação. Embargos rejeitados.

VOTO

Vistos,

Cuida-se de Embargos de Declaração opostos contra o v. acórdão, reclamando a embargante a superação de omissão e obscuridade, por entender inobservado o regramento adequado à hipótese em face da questão de fato, a permitir, ajustado o julgado, se permitir reconhecer o direito questionado pela embargante, acolhido e provido para tanto os embargos, se revertendo o decidido, na forma como reclamado.

É o relatório.

Como se sabe, limitado é o uso da via dos embargos de declaração, para sanar obscuridade, omissão ou contradição porventura existentes no acórdão, não servindo os embargos à rediscussão da matéria já julgada no recurso, o que implica que não se pode pretender se superar dos limites a autorizar a pretensão, até porque a atribuição, em caráter excepcional, de efeitos infringentes aos embargos de declaração, exige necessariamente a ocorrência dos vícios elencados no art. 535 do CPC/73, atual artigo 1.022 do Código de Processo Civil, hipótese não configurada nos presentes autos.

Ademais, mesmo já na vigência do atual CPC, tem-se por não cabíveis embargos de declaração contra decisão que não se pronuncie tão somente sobre argumento incapaz de infirmar a conclusão adotada, pois que também na redação do art. 1.022 do CPC atual, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado.

Nos termos do decidido pelo Supremo Tribunal Federal (EDAg. Reg. no RE Rio 156.576-9, RJ, em que foi Relator o Eminente Ministro Celso de Mello, 1ª Turma, DJU 6/9/95, p.27.397) aí se decidiu que são incabíveis os Embargos Declaratórios, quando inexistentes os vícios que caracterizam os pressupostos legais de admissibilidade, venha esse recurso, com desvio de sua função jurídico-processual, a ser utilizado com a indevida finalidade de instaurar nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo Tribunal. E, da mesma forma também entende o Superior Tribunal de Justiça (AI 169.073-SP, AgRg, lª Turma, em que foi Relator o Eminente Ministro José Delgado, v.u.,

Acesso ao Sumário

DJU 17/8/98, p.44) que: "*...o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio*".

No mesmo sentido os julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo, confira-se: "*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Inexistência de omissões, obscuridades ou contradições no julgado - Caráter infringente do recurso - Mera rediscussão do lema já abordado no aresto impugnado - Embargos rejeitados.*" (Embargos de Declaração n. 56.205-5 - Assis – 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Ricardo Lewandowski - 15.04.98 - V.U.); "*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Omissão - Inexistência - Caráter infringente do recurso - Embargos rejeitados*". (Embargos de Declaração n. 66.726-4 - Mairiporã - lª Câmara de Direito Privado - Relator: Gildo dos Santos - 29.06.99 - V.U.); "*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Prequestionamento - Imprestabilidade da via processual eleita - Obrigação de se observar os limites traçados no artigo 535 do Código de Processo Civil - Decisão que analisou os pontos relevantes da questão apresentada e houve por bem em decretar, a extinção da ação, por entender inexistir, no caso, interesse de agir, dando, para tanto, as razões que julgou aplicáveis à espécie - Caráter infringente do recurso - Inadmissibilidade - Embargos rejeitados*". (Embargos de Declaração n. 27.248-4 - São Paulo - 8ª Câmara de Direito Privado - Relator: Debatin Cardoso - 10.02.99.).

Conforme os termos da r. ementa do julgado, em resumo do decidido, aí consta como fundamento, "*Reintegração de posse - Posse e esbulho demonstrados - Prova da ocupação efetiva e cessão de direitos sobre a propriedade imóvel - Reconhecimento - Proteção possessória que não se confunde com o reconhecimento do direito de propriedade - Requisitos legais - Art. 927 do CPC/73 - Ocupação e construção ilegal e clandestina - Arts. 96, 97, 1201, 1216 a 1222, 1248, V, do Código Civil - Não reconhecimento da construção como benfeitoria e sim acessão (art. 1248, V, do Código Civil) - Impossibilidade legal de se interpretar como de boa-fé uma atividade ilícita - Recurso não provido*".

Acesso ao Sumário

O fato assim é que, não estando o julgador obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão, no caso, em que pese o argumentado pelo embargante, é sem duvida que o r. julgamento impugnado bem apreciou das questões relevantes e necessária a justificar o decidido, ainda mais por caber ao Juiz - observada sua competência ao impulsionar o processo, exercendo para tanto os poderes da jurisdição respectivos (decisão e coerção) - determinar os atos privativos derivados dos poderes da Jurisdição, uma vez que compete ao Juiz tanto o controle da regularidade formal do processo, como o controle da administração da ação, o que significa ausente violação de direito pela prática

pelo Juízo de ato como o questionado, observado o dever do juízo de assegurar a ordem jurídica.

Rejeitam-se os embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1002223- 98.2016.8.26.0372/50002, da Comarca de Monte Mor, em que é embargante PATRÍCIA BAENA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado BANCO BRADESCARD S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.733)**

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

São Paulo, 7 de maio de 2018.

ALBERTO GOSSON, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO NO AGRAVO INTERNO. O SITÍO ELETRÔNICO DO TJSP REALMENTE ATESTA QUE HOUVE INDISPONIBILIDADE NA DATA AFIRMADA, POR PRAZO SUPERIOR A 60 (SESSENTA) MINUTOS, COMO EXIGE O ART. 3º, I, DO PROVIMENTO PRESIDÊNCIA Nº 87/2013 DO TJSP. APELAÇÃO TEMPESTIVA DA EMBARGANTE, PORTANTO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

VOTO

Vistos,

PATRÍCIA BAENA DA SILVA opõe embargos de declaração (pp. 1-2) contra acórdão (pp. 10-12) que rejeitou agravo interno.

Embarga a apelante, deduzindo, como causa de pedir, em síntese: "efetivamente houve indisponibilidade do sistema no dia 22/05/2017". Formula pedido de acolhimento.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo.

É O RELATÓRIO.

Acolhem-se os embargos.

Na espécie, a embargante pretende a reapreciação da questão sobre a intempestividade de seu recurso de apelação.

Realmente, houve indisponibilidade do sistema também no dia 22/05/2017, além do dia 19/05/2017, de acordo com o sítio eletrônico deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (endereço eletrônico constante no texto original), o que torna tempestiva a apelação da embargante, que deve, portanto, ser conhecida.

Conclusão.

Ante o exposto, **acolhem-se os embargos**, para receber a apelação de pp. 146-161 dos autos digitais nº 1002223-98.2016.8.26.0372.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2078335-72.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é autor MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, são réus ARIANNE SIBILA DA SILVA, ANA MARIA FERREIRA DA COSTA GAMMA e CLAUDIA APARECIDA FERNADEZ NICOLAU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Por maioria de votos, indeferiram a petição inicial e julgaram extinto o processo, vencido o Des. Souza Nery, que declara voto, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.287)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), BORELLI THOMAZ, ANTONIO TADEU OTTONI, FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, FERRAZ DE ARRUDA e SOUZA NERY.

São Paulo, 15 de maio de 2018.

J. M. Ribeiro de Paula, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA – Prêmio Incentivo – Declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 406/94 pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (ADI nº 2095312-76.2017.8.26.0000) – Inaplicabilidade – A regra do art. 535, III, §§ 5º e 8º, do CPC, torna inexigível o título judicial transitado em julgado se houver declaração expressa de inconstitucionalidade pelo STF – Não cabimento de ação rescisória – Inadequação da via eleita – Falta de interesse processual – Indeferimento da petição inicial – Processo extinto, sem resolução do mérito.

Acesso ao Sumário

VOTO

Ação rescisória de acórdão proferido em ação declaratória,[1] com trânsito em julgado em 06/10/2016, que condenou o Município de Ribeirão Preto ao pagamento de vantagem pecuniária denominada "prêmio incentivo" durante o período de estágio probatório.

Funda-se a pretensão no disposto no art. 535, § 8º, do CPC: **"Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal".**

Sustenta o Município que as rés ajuizaram ação pleiteando o pagamento de vantagem pecuniária denominada "prêmio incentivo" durante o período de estágio probatório, pretensão acolhida e com trânsito em julgado em 06/10/2016; iniciado o cumprimento de sentença, foi ajuizada Ação Direita de Inconstitucionalidade (Processo nº 2095312-76.2017.8.26.0000) da Lei Complementar Municipal nº 406/94, que instituiu o prêmio incentivo; o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou procedente a ADI, declarou inconstitucional a lei e suas modificações posteriores. Embora o § 8º do art. 535 faça referência apenas a decisão proferida pelo STF, considera que o princípio da simetria permite ação rescisória em caso de decisão em controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Justiça. Requer concessão de tutela provisória para suspensão dos atos relativos ao cumprimento da sentença rescindenda e final procedência da ação para rescindir a decisão de mérito proferida na Apelação nº 1007909-91.2015.8.26.0506.

Fundamentação

A petição inicial deve ser indeferida.

Trata-se de ação rescisória com fundamento nos §§ 5º e 8º do artigo 535 do Código de Processo Civil:

> "§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo **considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal**, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.
>
> (...)
>
> "§ 8º Se a decisão referida no §5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da **decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal**" (grifei).

Contudo, a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 406/94, que

1 Fls. 10/16.

Acesso ao Sumário

instituiu o **prêmio incentivo** no Município de Ribeirão Preto, não foi declarada pelo STF conforme o dispositivo citado, mas pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 13/09/ 2017, no julgamento da ADI nº 2095312-76.2017. 8.26.0000.

Assim, o título executivo judicial continua exigível, pois ausente a hipótese excepcional descrita no artigo 535, III, §§ 5º e 8º do CPC.

Analisando o cabimento da ação rescisória previsto no art. 966 do CPC, afirmam Nelson Nery e Rosa Maria Nery: **"As hipóteses que ensejam a rescisão da sentença estão arroladas em numerus clausus na norma ora comentada. Este rol taxativo não admite ampliação por interpretação analógica ou extensiva."**[2]

Ainda segundo a mesma doutrina[3]

> "A decisão fundada em interpretação jurisprudencial que reconhecia a norma jurídica como constitucional não pode ser atacada pela ação rescisória (CPC 966 V), ajuizada com fundamento na modificação da orientação jurisprudencial que agora reconhece a norma como inconstitucional. Não cabe rescisória por mudança de interpretação da lei pelos tribunais. A mudança da orientação jurisprudencial só pode produzir eficácia para o futuro (*ex nunc*) e nunca retroagir alcançando situaçõe já acobertadas pela coisa julgada material. Admitir- se essa retroação em virtude de nova interpretação e, por consequência, admitir ação rescisória para desconstituir coisa julgada legítima, fere o princípio da boa- fé objetiva, que garante o administrado, o contribuinte e o jurisdicionado contra atos do poder público praticados em desconformidade com sua conduta anterior, incidindo na proibição de *venire contra factum proprium*".

Cumprimento de título executivo judicial (sentença ou acórdão com trânsito em julgado) é a regra; rescisão do título é medida excepcional, admissível somente por expressa previsão legal em rol taxativo, sem possibilidade de interpretação extensiva. Por isso, não há incidir **princípio de simetria** quando se tratar de pleito rescisório fundado em inconstitucionalidade não declarada pelo STF.

Em face do exposto, por impropriedade da via eleita, exsurge a falta interesse processual do Município no ajuizamento da presente ação rescisória.

Indefiro a petição inicial e julgo extinto o processo, nos termos do art. 330, III, e art. 485, I, do Código de Processo Civil. Custas **ex lege**. É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE (VENCIDO)

(Voto nº 44.484)

2 Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade – Código de Processo Civil comentado, 16ª Edição, São Paulo, 2016, Ed. Revista dos Tribunais – Pag. 2051.

3 Pg. 2056/2057.

Ouso divergir de meus ilustres pares.

Como a inconstitucionalidade de leis municipais discute-se, em regra, nos E. Tribunais de Justiça estaduais, penso que se deva dar "interpretação conforme" à matéria dos autos, equiparando, para as leis municipais declaradas inconstitucionais, os egrégios Tribunais de Justiça ao E. Supremo Tribunal Federal.

Entendo que assim deva ser por repugnar-me a ideia de que um diploma legal expressamente declarado, pelo órgão jurisdicional competente, inconstitucional continue a produzir efeitos.

Invoco em suporte desse meu posicionamento os julgados abaixo referidos:

I. Tribunal de Justiça de São Paulo, proc. nº 2084677-36.2017.8.26.0000, 4º Grupo de Câmaras de Direito Público, relator Des. OSWALDO LUIZ PALU, julgado em 21/3/2018, v.u.;

II. Tribunal de Justiça de São Paulo, proc. nº 2256077-55.2016.8.26.0000, 2º Grupo de Câmaras de Direito Público, relator Des. PAULO BARCELLOS GATTI, julgado em 19/3/2018, v.u.;

III. Tribunal de Justiça de São Paulo, proc. nº 2204357-49.2016.8.26.0000, 5º Grupo de Câmaras de Direito Público, relator Des. TORRES DE CARVALHO, julgado em 12/3/2018, v.u.;

Da ementa deste último julgado lê-se:

(...) 3. Declaração de inconstitucionalidade. Ação rescisória. O STF sedimentou o entendimento de que as decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas em controle concentrado de constitucionalidade não atingem decisões judiciais transitadas em julgado, **sendo necessário o ajuizamento de ação rescisória para tanto** (Nelson Itiro Yanase e outro, v. Caixa Econômica Federal – CEF, RE nº 730.462, STF, Pleno, 28/5/2015, rel. Min. Teori Zavascki, com repercussão geral, Tema 733). – 4. Ação rescisória. Alcance. Afastado por inconstitucionalidade 'ex tunc' o dispositivo em que se apoiou o acórdão (fls. 96/104), a conclusão não sobrevive. O Município tem razão.

Assim, mais uma vez rogando a vênia de meus ilustres pares, cujo superior entendimento prevaleceu, manifesto meu voto no sentido de que era necessário dar regular andamento à demanda, para que se pudesse examinar a eventual incongruência da produção de efeitos derivados de dispositivo legal suprimido do ordenamento jurídico por inconstitucionalidade.

JOSÉ ORESTES DE SOUZA NERY, Desembargador, Sétimo Juiz

Acesso ao Sumário

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2161142-86.2017.8.26.0000, da Comarca de Mauá, em que é agravante D'ACQUA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS REFORÇADOS LTDA., é agravado SECRETARIO PLANEJAMENTO URBANO DO MUNICÍPIO DE MAUÁ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.725)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), MIGUEL PETRONI NETO e ROBERTO MAIA.

São Paulo, 8 de março de 2018.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: MEIO AMBIENTE – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA DE URGÊNCIA – DESCABIMENTO – Decisão agravada que indeferiu a liminar em razão da ausência de fundamento relevante e do "periculum in mora" – Alvará municipal concedido, excluindo a área de preservação permanente existente no imóvel de propriedade da impetrante, objeto de Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental (TCRA) firmado com a CETEBS – Fundada dúvida quanto à competência para o licenciamento, sendo recomendável a oitiva do órgão estadual acerca do termo com ela firmado – Fase de cognição superficial em que se impõe acautelar o meio ambiente, para se evitar o dano ou risco de dano ambiental – Ausentes os requisitos para a concessão da tutela pleiteada – Exegese dos artigos 7º, III, da Lei 12.016/2009 c/c 300 do CPC/2015 – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por **D'ACQUA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS REFORÇADOS LTDA**. contra a decisão de fls. 11/12 que, nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do **SECRETÁRIO DE PLANEJAMENTO URBANO DO MUNICÍPIO DE MAUÁ**, indeferiu a liminar, nos termos do art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, tendo em vista a ausência de fundamento relevante, sem a presença também de *periculum in mora* nesta fase de cognição prévia.

Sustenta, em síntese, que ingressou com pedido de licenciamento ambiental, a fim de regularizar área de preservação permanente degenerada ao longo dos anos, existente em sua propriedade, sendo firmado, ainda, TCRA (Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental), com cronograma para cumprimento sobre a área total do seu imóvel.

Aduz que, ao requerer alvará municipal, a autoridade coatora limitou a atividade da agravante, impedindo o ingresso na APP.

Afirma que não compete ao agente municipal restringir o TCRA firmado com a CETESB, havendo invasão da esfera de atuação do órgão ambiental estadual, competente para tratar da questão.

Alega a evidência de direito, porquanto busca cumprir os termos consignados no TCRA, bem como a existência de periculum in mora, diante da existência de prazos no termo que devem ser observados, sob pena de sofrer sanção pecuniária.

Pugna pela concessão do efeito suspensivo/ativo e, ao final, pelo provimento recursal, para reconhecer o direito da agravante em prosseguir com o processo de licenciamento ambiental, nos termos firmados com a CETESB.

Foi deferido o efeito suspensivo/ativo (fls. 72/73).

Intimada, a parte agravante apresentou contraminuta (fls. 87/93).

Parecer ministerial que aduz, em preliminar, a necessidade de intimação do Ministério Público de primeiro grau, diante da existência de ação civil pública que trata da mesma área referente ao TCRA; não acolhida a preliminar, opina pelo improvimento do agravo de instrumento (fls. 158/172).

Acesso ao Sumário

É o relatório, passo ao voto.

Desnecessário desencadear o contraditório, vez que o improvimento não resultará em prejuízo à parte adversa.

Segundo consta do mandado de segurança impetrado pela agravante contra ato da autoridade agravada (fls. 1/10 dos autos originários), adquiriu imóvel em 05.06.2012, iniciando, no ano de 2014, processo de licenciamento da área por meio de TCRA (Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental)

perante à CETESB (fls. 45/46).

Afirma que uma fração do imóvel está inserida em área de preservação permanente, cuja área está sendo objeto de descarte clandestino de materiais.

A fim de dar início às obras para cumprimento dos TCRA, a agravante requereu alvará municipal, no qual a autoridade coatora impôs restrição indevida à APP.

Aduz que não compete à Municipalidade modificar os termos do TCRA firmado com a CETESB, na medida em que a área restrita no alvará é objeto do processo de licenciamento, devendo a agravante realizar a recomposição e o plantio de espécies nativas.

Sustenta a violação de direito líquido e certo pela autoridade municipal coatora, porquanto invadiu esfera de competência do órgão ambiental estadual, a quem compete o processo de licenciamento.

O recurso não comporta provimento.

Deveras, o direito líquido e certo que autoriza a impetração de mandado de segurança "***é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração***"[1].

O art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009 estabelece que, ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida.

Por sua vez, o art. 300 do CPC/15 indica que a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Na hipótese dos autos, ausentes os requisitos para a concessão da liminar pleiteada.

Embora demonstrada a existência de processo de licenciamento perante a CETESB, objetivando autorização para intervenção em área de preservação permanente (fls. 14/18), em que foi apresentado Projeto de Recuperação Ambiental (fls. 19/42), sendo firmado, por fim, TCRA (Termo de Compromisso de Recuperação Ambiental) (fls. 46), é certo que, em razão da competência legislativa concorrente, a agravante requereu ao Município de Mauá alvará para "execução de movimentação de terra e construção de muro de contenção" (fls. 47).

A autorização foi deferida, constando, no entanto, a seguinte observação: "A ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE (APP) NÃO SERÁ ATINGIDA" (fls. 47).

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 36ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 36.

Acesso ao Sumário

Em consulta aos autos originários (processo nº 1006714-89.2017.8.26.0348), verifico que, em 15.12.2017, houve a manifestação do Ministério Público do Estado de São Paulo, opinando pela conversão do julgamento em diligência para que a CETESB seja instada a se manifestar, a fim de esclarecer: **(i)** se a área licenciada, de fato, perdeu há muito tempo suas funções ambientais; **(ii)** qual o ente competente para a emissão do licenciamento da atividade e consequente intervenção em APP, para se apreciar a legitimidade ou não do ato administrativo municipal questionado (fls. 171/174 dos autos originários).

Diante da fundada dúvida quanto à competência para o licenciamento da área em questão, com sugestão, inclusive, o ilustre *Parquet* de conversão em diligência, recomendável, de fato, a manifestação do órgão estadual acerca do termo firmado, afastando-se, por ora, a possibilidade de concessão da medida liminar pleiteada.

Mesmo porque, precipuamente, nessa fase de cognição superficial, impõe-se acautelar o meio ambiente, para se evitar o dano ou risco de dano ambiental, impedindo-se, por ora, qualquer intervenção na área de preservação permanente em questão.

De rigor, portando, o improvimento do agravo de instrumento interposto, mantendo-se a r. decisão agravada, com a consequente revogação da decisão que concedeu efeito suspensivo/ativo ao presente recurso (fls. 72/73).

Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2195205-40.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.905)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente) e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 10 de abril de 2018.

PAULO AYROSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TUTELA ANTECIPADA – LIMINAR DEFERIDA EM PARTE, PARA QUE SEJA A MUNICIPALIDADE COMPELIDA A PRATICAR, NO PRAZO DE 120 DIAS, ATOS ADMINISTRATIVOS DE REPRESSÃO, CORREÇÃO E PREVENÇÃO DE INFRAÇÕES AMBIENTAIS, IMPEDINDO NOVAS CONSTRUÇÕES E OBRAS IRREGULARES NA ÁREA PÚBLICA AMBIENTALMENTE PROTEGIDA (SP-GRU-SR-05/CPRM: RUA TRAVESSA IPANEMA - JARDIM SOBERANA - SÃO JOÃO) – DESÍDIA EM EVITAR OCUPAÇÃO DESORDENADA – DETERMINAÇÃO PARA QUE PROCEDA AO LEVANTAMENTO E CADASTRAMENTO DAS FAMÍLIAS E DOS MORADORES DA ÁREA, NO PRAZO DE 90 DIAS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA – ADMISSIBILIDADE – MAJORAÇÃO DO PRAZO OU REDUÇÃO DA MULTA – IMPERTINÊNCIA – MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – RECURSO NÃO PROVIDO.

I- Considerando os aspectos relevantes ao deslinde da causa, quais sejam, a pretensão por parte do Ministério Público de retirada, pelo Município de Guarulhos-SP, das famílias e desocupação total da área denominada SP-GRU-SR-05/CPRM, Rua Travessa Ipanema - Jardim Soberana - São João, especificamente nos pontos enumerados da APP, às margens do Córrego, eis que inseridos em área com alto risco de inundação e solapamento das margens, tendo sido deferida pelo Juízo tão-somente a obrigação de fazer consubstanciada na prática de atos administrativos eficazes à repressão, prevenção e correção das infrações, respaldados no poder de polícia, no prazo de 120 dias, bem como no impedimento de que novas construções e obras irregulares na área possam provocar danos ao meio ambiente, sob pena de multa diária, além da determinação para

Acesso ao Sumário

que a Municipalidade proceda ao levantamento e cadastramento das famílias e moradores da área, no prazo de 90 (noventa) dias, é de se ver que tal decisão, no atual momento processual, deve ser mantida, por restarem bem demonstradas, como visto, as aludidas degradações ambientais já instaladas no local e aquelas que se pretende prevenir;

II- Conquanto o art. 2º da Lei nº 8.437/92 preveja a intimação prévia da pessoa jurídica de direito público para se manifestar em 72 horas antes da apreciação do pedido de tutela antecipada, a ausência de manifestação não implica necessariamente em nulidade da decisão agravada, pois devem ser consideradas as manifestações das partes inseridas no inquérito civil, inclusive o acesso ao Tribunal, como ora ocorre. Ademais, a anulação da decisão implicaria em retorno à fase anterior, atropelando o andamento processual já ocorrido e trazendo tumulto e não benefício à marcha do processo e ao interesse da agravante;

III- O prazo concedido para a efetivação das medidas impostas se mostra razoável, mormente como forma de evitar procrastinação, nada obstando que, em razão de eventuais óbices surgidos, possam ser levados ao conhecimento do juízo que, em seu prudente arbítrio, analisará a prorrogação do prazo concedido;

IV- O valor da multa igualmente se mostra pertinente, não havendo que se falar em sua redução, neste momento de cognição sumária.

Acesso ao Sumário

VOTO

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO propôs ação civil pública ambiental com pedido liminar contra o **MUNICÍPIO DE GUARULHOS**.

O MM. juiz *a quo* deferiu em parte a liminar requerida, para determinar à Municipalidade que, no prazo de até 120 dias , pratique todos os atos administrativos eficazes à repressão, prevenção e correção das infrações, respaldados no poder de polícia, impedindo novas construções e obras irregulares no local, sob pena de multa diária de R$5.000,00, sendo certo que, para dar exequibilidade a esta obrigação, foi determinado que o Município

proceda, ainda, ao levantamento e cadastramento de todas as famílias e lotes existentes no local, bem como das áreas ali ocupadas, no prazo de 90 dias, sob pena de multa diária no valor de R$5.000,00, destacando que o cadastro dos lotes e moradores deverá ser informado em juízo, no prazo de 90 dias. Contra esta decisão se insurge a Municipalidade.

Alega, em síntese, que vem realizando vistorias periódicas de acompanhamento permanente nas áreas mencionadas no mapeamento em comento, atuando na remoção das situações que caracterizam risco iminente; quando identificada a necessidade de manutenção e limpeza nas travessias e na extensão do Córrego, encaminha solicitações destas atividades à Secretaria Municipal de Serviços Públicos; que o valor da multa diária aplicada é excessivo, considerando-se que eventual pagamento de multa pela Municipalidade envolveria dinheiro público, e que o prazo para cumprimento das medidas estabelecidas é exíguo; que 40 moradores vivem na área apontada na inicial; que foram mapeados 91 pontos de risco, abarcando inúmeras construções e atingindo inúmeras famílias; que houve ofensa ao art. 2º da Lei nº 8.437/92, ferindo o princípio do contraditório e ampla defesa. No mais, afirma que houve a utilização de provas produzidas de forma unilateral para embasar a presente ação civil pública, ferindo princípios constitucionais, e que o prazo para cumprimento das obrigações deve ser estendido, em observação à Lei das Diretrizes Orçamentárias e Licitações. Por fim, pleiteia a redução do valor da multa aplicada em caso de descumprimento das medidas, tudo a ensejar, pois, o provimento recursal.

Inicialmente, o recurso foi distribuído ao E. Des. Marcelo L. Theodósio, da 11ª Câmara de Direito Público, que declinou da competência, determinando a redistribuição a uma das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente (fls. 173/179). Vindo os autos a este Relator, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo requerido (fls. 188/189). Acostada a contraminuta às fls. 195/216 pela Defensoria Pública, e às fls. 220/229 pelo Ministério Público. Parecer da douta Defensoria Pública às fls. 233/255 e da Procuradoria de Justiça às fls. 256/278.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Com efeito, foi interposto agravo de instrumento com o fim de modificar a decisão exarada pelo MM. juiz *a quo*, que deferiu em parte a liminar em tutela antecipada para os fins acima expostos, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Prefeitura de Guarulhos/SP, tendo como base o Inquérito Civil nº 14.0155.0001308/2017-7, eis que constatada a existência de danos ambientais e risco de inundação e solapamento de margens do Córrego local, na área denominada SP-GRU-SR-05/CPRM, Rua Travessa Ipanema - Jd. Soberana - São João, onde existe

Acesso ao Sumário

uma ocupação irregular por aproximadamente 40 famílias.

Inicialmente, destaca-se que é fato incontroverso que a área ocupada está inserida em APP de margem de córrego, que por lei é protegida ambientalmente.

O MM. juiz *a quo* deferiu em parte a liminar requerida, para determinar à Municipalidade que, no prazo de até 120 dias , pratique todos os atos administrativos eficazes à repressão, prevenção e correção das infrações, respaldados no poder de polícia, impedindo novas construções e obras irregulares no local, sob pena de multa diária de R$5.000,00, sendo certo que, para dar exequibilidade a esta obrigação, foi determinado que o Município proceda, ainda, ao levantamento e cadastramento de todas as famílias e lotes existentes no local, bem como das áreas ali ocupadas, no prazo de 90 dias, sob pena de multa diária no valor de R$5.000,00, destacando que o cadastro dos lotes e moradores deverá ser informado em juízo, no prazo de 90 dias.

Contra esta decisão se insurge a Municipalidade. Mas sem razão, contudo.

Antes da análise do mérito, afasto a preliminar de nulidade apontada pela agravante. Ora, conquanto o art. 2º da Lei nº 8.437/92 preveja a intimação prévia da pessoa jurídica de direito público para se manifestar em 72 horas antes da apreciação do pedido de tutela antecipada, a ausência de manifestação não implica necessariamente em nulidade da decisão agravada, pois devem ser consideradas as manifestações das partes inseridas no inquérito civil, inclusive o acesso ao Tribunal, como ora ocorre. Ademais, a anulação da decisão implicaria em retorno à fase anterior, atropelando o andamento processual já ocorrido e trazendo tumulto e não benefício à marcha do processo e ao interesse da agravante e da interessada.

Quanto ao mais, a antecipação de tutela em caráter 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, pois se trata de verdadeiro adiantamento do que a sentença possa futuramente conceder.

Assim, neste momento processual, vislumbradas as degradações ambientais inclusive com fotografias acostadas no Parecer elaborado pelo Serviço Geológico do Brasil - CPRM (fls. 50/82 deste agravo), verifica-se a verossimilhança do alegado direito, nos termos do art. 300 do CPC (art. 273 do antigo CPC) c.c. art. 311 da novel legislação processual.

É, aliás, da jurisprudência:

"A antecipação da tutela tem por objetivo a efetiva e tempestiva proteção da tutela de direitos, tornando eficazes os provimentos jurisdicionais, não é ela destinada a proporcionar ao autor um instrumento para satisfação do suposto direito que detém sem o devido processo legal, numa impetuosa execução provisória que poderia ensejar a consumação de injustiça.

Acesso ao Sumário

Embora o processo não tenha a rapidez necessária para atender as necessidades da sociedade moderna, cuja a cibernética sócio-econômica e jurídica tem um ritmo acelerado, nem por isso a antecipação de tutela será aleatória e desprovida de uma cognição sumária que, por força de lei, deve observar os pressupostos substanciais, ou seja, a "evidência" e "periclitação potencial do direito objeto da ação" e, os processuais "prova inequívoca conducente à comprovação da verossimilhança da alegação" e "requerimento da parte".

Indispensável, portanto, a prova inequívoca e evidente, quanto aos fatos e a individualização da responsabilidade do demandado para a concessão da antecipação da tutela" (Extinto 2° TAC, AI n° 698.182-0/5 - 7ª Câm. Juiz Relator WILLIAN CAMPOS).

Cumpre observar que, conquanto o julgado acima tenha sido exarado sob os auspícios do Estatuto Processual anterior, remanesce vívido o entendimento nele contido, segundo o qual, para que se conceda a tutela pretendida, necessária a demonstração de prejuízo grave ou irreparável enquanto dura o processo.

Logo, de rigor era mesmo a determinação para que o Município de Guarulhos procedesse às obrigações de fazer contidas na liminar deferida, mormente à luz do que impõe o art. 225 da CF ao Poder Público e à coletividade, que é exatamente o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, dispondo no § 3° que "**as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados**". No mesmo sentido vem o art. 195 da Constituição do Estado, cujo comando é claro: as sanções administrativas são impostas aos infratores por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Por outras palavras, ainda, as sanções são aplicadas a quem, pessoalmente ou por pessoa a si ligada, pratica a conduta vedada na lei ou no regulamento.

Restou bem demonstrada, portanto, a obrigação do referido ente de impedir a continuidade dos danos ambientais perpetrados, sendo que a determinação para seja feito o levantamento e cadastramento das famílias e dos moradores da área também servirá como forma de preservação do local, principalmente para demonstrar a presença do Poder Público na referida APP à margem do Córrego mencionado, de acordo inclusive com o Princípio da Dignidade Humana (art. 1º, III, da CF), cláusula pétrea inspiradora de nosso ordenamento constitucional e princípio basilar de todos os demais direitos, razão pela qual permitida, por ora, a presença dos ocupantes na referida área.

Outrossim, em relação ao prazo concedido para que a Municipalidade proceda ao estudo acerca dos moradores da área, assim como pratique atos administrativos tendentes a promover a repressão, correção e prevenção de infrações ambientais no local, vê-se que, dadas as peculiaridades do presente

Acesso ao Sumário

caso, mostram-se razoáveis como forma de evitar, precipuamente, maiores procrastinações, não ensejando tal providência maiores complicações, principalmente porque bastará ao Poder Público o envio à localidade de alguns agentes para entrevistar os moradores e averiguar as causas e condições por meio das quais estão lá situados, assim como aplicar eventuais penalidades pelas infrações cometidas, nada obstando que, em razão de eventuais óbices surgidos, possam ser levados ao conhecimento do juízo que, em seu prudente arbítrio, analisará a prorrogação do prazo concedido num segundo momento.

Bem por isso, em relação à multa diária fixada, mostra-se plenamente justificada sua aplicação ante o eventual descumprimento da obrigação, cujo objetivo é assegurar "*a efetivação da medida ou o resultado prático equivalente*", nos termos do art. 536 do CPC (artigo 461, do antigo Código de Processo Civil).

Ora, é perfeitamente possível a imposição de multa quando se determina que uma parte seja obrigada a fazer ou não fazer algo, justamente para reforçar a necessidade de cumprimento da determinação judicial, porque o objetivo da multa diária fixada é o de compelir a parte a cumprir a obrigação contida na decisão judicial. E para que não haja incidência da multa, basta que a decisão seja cumprida nos moldes em que determinada.

Conclui-se, assim, que no atual momento processual, restam plenamente verificados os danos ambientais e a desídia por parte do ente público em proceder à preservação ambiental em importante área de preservação, não se sustentando, portanto, as alegações contidas na minuta do presente agravo de instrumento, devendo ser mantida, portanto, a decisão que deferiu a liminar por seus próprios fundamentos, eis que estão presentes os requisitos da aparência de bom direito (*fumus boni iuris*) e do perigo na demora da solução da demanda (*periculum in mora*).

Posto isto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2252714-26.2017.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é agravante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferido o pedido de sustentação oral por não se aplicar ao caso, negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.489)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), RICARDO ANAFE e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 16 de maio de 2018.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INADMITIU O INGRESSO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA QUALIDADE DE ASSISTENTE SIMPLES, BEM COMO A CITAÇÃO DOS OCUPANTES IRREGULARES DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – HIPÓTESE EM QUE A CAUSA DE PEDIR DEDUZIDA NA PRESENTE AÇÃO CONTEMPLA, ALÉM DA DEFESA DE DIREITO DIFUSO DIRECIONADO AO CUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE REURBANIZAÇÃO E RESPEITO AO MEIO AMBIENTE, TAMBÉM A TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS INERENTES À REALOCAÇÃO DAS FAMÍLIAS PARA LOCAL DE MORADIA ADEQUADA COM INFRAESTRUTURA, OU ALTERNATIVAMENTE, A MANUTENÇÃO DAS MESMAS NAS ÁREAS QUESTIONADAS DESDE QUE IMPLEMENTADAS PELO MUNICÍPIO REÚ OBRAS DE REESTRUTURAÇÃO URBANÍSTICA QUE LHES PERMITA A MANUTENÇÃO DE VIDA DIGNA – AUSÊNCIA DE CONFLITO HÁBIL A JUSTIFICAR A INTERVENÇÃO PLEITEADA – DESNECESSÁRIA, ADEMAIS, A CITAÇÃO DOS OCUPANTES DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EIS QUE SE TRATA DE LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO, QUESTÃO INCLUSIVE JÁ DIRIMIDA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo contra os termos da r. decisão copiada a págs. 323/324 que,

Acesso ao Sumário

nos autos da ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Municipalidade de Guarulhos, indeferiu o respectivo ingresso nos autos sob o fundamento de que, em primeiro lugar, o art. 554, §1º CPC não se aplica ao presente caso, eis que se não se cogita de ação possessória.

Em segundo lugar, não se verifica hipótese de citação dos ocupantes irregulares da área já que, conforme anteriormente decidido, o litisconsórcio é facultativo (pág. 231). Por outro lado, o fato de ser a Defensoria Pública legitimada à propositura da ação civil pública não lhe assegura o direito automático de ingressar na ação justamente porque lhe compete indicar a qualidade ou figura jurídica com que referido ingresso operar-se-ia, providência olvidada pela interessada.

Em síntese, sustenta a agravante que ingressou nos autos da ação civil pública com embasamento no art. 5º, II da Lei Federal nº 7.347/85 c.c. art. 554, §1º CPC, tendo em vista as suas finalidades constitucionais de defesa, inclusive na esfera coletiva, dos necessitados à qual, diga-se de passagem, não se amolda a tutela de urgência concedida, direcionada que é à retirada das famílias ocupantes da área de risco sem prévia necessidade de perícia hábil à aferição do alegado risco de desabamento. Sustenta, nesta hipótese, que a remoção em comento causar-lhes-á danos irreversíveis já que o Município de Guarulhos não dispõe de alojamento para todas; logo, acabarão em situação de rua ou tão precária quanto.

Reitera a legitimação processual para tutelar os interesses coletivos da população hipossuficiente na condição de *custus vulnerabilis*, não passando desapercebido, outrossim que, embora a ação principal não seja de reintegração de posse, consta, dentre seus pedidos, a remoção de pessoas de baixa renda que até o momento não foram chamadas a integrar a lide; de rigor, assim, que se proceda à imediata citação destes, nos termos do art. 554, §1º CPC, sob pena de nulidade absoluta do feito.

Infere-se também das razões recursais a alegação de que o laudo coligido aos autos que, nesta qualidade, embasou a concessão da liminar, é desatualizado (2014) em contrapartida à circunstância de que a remoção das famílias somente é aventada na ausência das intervenções sugeridas, assim entendidas a necessidade de conscientização, implantação de pluviômetros, limpeza das margens dos cursos d'água, obras de melhorias na infraestrutura urbanística, a par do preceituado pelo art. 3º- B da Lei nº 12.340/2010, com a redação conferida pela Lei nº 12.608/2012, que dá concretude aos arts. 182 e 183 do Estatuto da Cidade.

Postula, assim, a concessão de efeito suspensivo ativo a fim de que seu ingresso no feito seja deferido, bem como a citação dos ocupantes da área e a imediata suspensão dos efeitos da liminar deferida em primeiro grau de jurisdição. No mérito, pugna o provimento do recurso com a integral reforma da

Acesso ao Sumário

r. decisão recorrida no mesmo sentido.

O efeito suspensivo ativo foi indeferido (pág. 420).

Intimado, o agravado ofertou contrarrazões (págs. 426/433).

É o relatório.

O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou a presente ação civil pública contra o Município de Guarulhos objetivando, *in suma*, a remoção dos ocupantes de área de risco denominada SP GRU SR 77/CPRM, localizada na Rua Padre Agostinho e entorno, no Bairro Novo Recreio, onde existem 70 construções com aproximadamente 280 moradores que ocupam área de preservação permanente e margens de curso d'água, suscetíveis, portanto, a alto risco de inundações.

Colhe-se da petição inicial que, dentre as constatações efetuadas pelo Serviço Geológico do Brasil em setembro/2014, toda a ocupação foi feita a partir de área de preservação permanente e margens de curso d´água, gerando instabilidade no terreno sobejamente agravada pela supressão de vegetação, introdução de espécies vegetais exóticas que encharcam o solo, ausência de rede de drenagem de águas pluviais, acúmulo de líquidos decorrentes da disposição inadequada de resíduos sólidos e ausência de rede coletora de esgotos.

Com este quadro e partindo da premissa de que o Município de Guarulhos apenas limitou-se, num primeiro momento, a esclarecer que por meio da Coordenadoria de Defesa Civil e em conjunto com o CEMADEN – Centro Nacional de Monitoramento de Alertas de Desastres Naturais – instalou pluviômetros, sequer apresentando propostas outras destinadas à eliminação dos riscos ambientais da área em comento para fins de oportuna celebração de termo de ajustamento de conduta (TAC), postulou o Ministério Público, no mérito, a procedência da ação a fim de que sejam as famílias retiradas do local questionado e removidas para bens próprios do Município (bens dominiais) ou em áreas sem restrições ambientais, urbanísticas e legais, no prazo de um ano, sem prejuízo de compelir-se a Municipalidade na reparação dos danos ambientais consistentes na: *i)* desocupação das áreas ou faixas em que são permanentemente proibidos o desmatamento; *ii)* remoção de cobertura vegetal, obras ou edificações; recobrimento do solo de tais áreas ou faixas de vegetação nativa; *iii)* realização de obras que propiciem a despoluição dos cursos d´água eventualmente contaminados pela implantação do parcelamento em tela e que assegurem a proteção dos cursos d´água, nascentes e corpos d´água contra poluição e assoreamento; *iv)* afastamento das áreas de proteção ambiental dos efluentes dos sistemas de esgotos sanitários e; *v)* a implantação de todas as providências mitigadoras dos impactos negativos trazidos pelo noticiado desmembramento irregular, em sede de prova pericial.

Vislumbra-se também da peça de ingresso dedução de pedido alternativo

Acesso ao Sumário

direcionado à urbanização do núcleo habitacional com a manutenção dos ocupantes atuais e realização de obras de infraestrutura (canalização do esgoto e água, instalação oficial de energia elétrica, pavimentação das vias de circulação, implantação de sistemas de captação e drenagem de águas pluviais) segundo as exigências técnicas feitas pelos órgãos públicos para a regularização, em idêntico prazo, de maneira a eliminar, em caráter definitivo, o risco hodiernamente existente.

Como dito alhures, a liminar foi concedida e, contra esta decisão, o Município de Guarulhos interpôs agravo de instrumento – Proc. nº 2198047-90.2017.8.26.0000, que foi provido aos 11/04/2018, reformando-se integralmente a r. decisão agravada, por votação unânime.

Compulsando o andamento do feito em primeiro grau de jurisdição, observa-se que a Municipalidade de Guarulhos apresentou contestação (págs. 126/166) e o Ministério Público, ora agravado, apresentou réplica (págs. 215/229).

Decisão saneadora foi proferida aos 17/10/2017 (pág. 231), ocasião em que a preliminar relacionada a eventual litisconsórcio necessário de que derivaria a imprescindibilidade de citação dos ocupantes da área de risco foi rejeitada.

Em cumprimento à decisão supramencionada o Município de Guarulhos postulou a realização de prova pericial, bem como a intervenção da Defensoria Pública no feito (págs. 245/262).

Sequencialmente, manifestou-se a agravante nos autos pugnando o respectivo ingresso na ação civil pública bem como a citação dos ocupantes da área (págs. 268/304). Como dito alhures, tais pedidos foram rejeitados (págs. 305/308) e, inconformada, insurge-se a Defensoria Pública.

O presente agravo de instrumento amolda-se à hipótese legal insculpida no art. 1.015, IX, CPC.

Ratifico, desde já, a decisão de pág. 420, de cujo bojo extrai-se o indeferimento do efeito ativo postulado pela ora agravante.

Postas estas considerações iniciais, tenho para mim que o recurso não comporta provimento.

Consoante os termos da Lei Complementar Federal nº 80, de 12/01/1994 – que organiza a Defensoria Pública Federal da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para a sua organização nos Estados e dá outras providências –, referido órgão fora constituído na qualidade de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado incumbindo-lhe, *como expressão e instrumento de regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso*

LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Neste sentido dispõe a norma em referência em seu art. 1º. , abstraindo-se também do art. 3º-A subsequente, algumas de suas importantes funções institucionais: *i) prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus* (inciso I com redação conferida pela Lei Complementar nº 132/2009*); ii) promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes* (inc. VII, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 132/2009)*; iii) exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º CF* (inciso VIII com a redação conferida pela Lei Complementar nº 132/2009)*; iv) promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela* (inciso X com a redação conferida pela Lei Complementar nº 132/2009).

No âmbito estadual, as funções institucionais da Defensoria Pública foram ratificadas pela Lei Complementar nº 988, de 9/01/2006, especialmente no que tange à respectiva e inarredável característica de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, ressaltada a finalidade jurídica direcionada à tutela integral e gratuita, individual e coletiva, judicial e extrajudicial, dos necessitados.

Neste sentido verbera o art. 5º da norma em referência, *in verbis*:

"Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

I - prestar aos necessitados orientação permanente sobre seus direitos e garantias;

II - informar, conscientizar e motivar a população carente, inclusive por intermédio dos diferentes meios de comunicação, a respeito de seus direitos e garantias fundamentais;

III - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

IV - manter comissões permanentes para formular e acompanhar propostas de elaboração, revisão e atualização legislativa;

V - prestar atendimento interdisciplinar;

VI - promover:

a) a mediação e conciliação extrajudicial entre as partes em conflito de interesses;

Acesso ao Sumário

b) a tutela dos direitos humanos em qualquer grau de jurisdição, inclusive perante os sistemas global e regional de proteção dos Direitos Humanos;

c) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos da criança e do adolescente, do idoso, das pessoas com necessidades especiais e das minorias submetidas a tratamento discriminatório;

d) a tutela individual e coletiva dos interesses e direitos do consumidor necessitado;

e) a tutela do meio ambiente, no âmbito de suas finalidades institucionais;

f) a tutela dos interesses dos necessitados no âmbito dos órgãos ou entes da administração estadual e municipal, direta ou indireta;

g) ação civil pública para tutela de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo;

h) a orientação e a representação judicial das entidades civis que tenham dentre as suas finalidades a tutela de interesses dos necessitados, desde que não disponham de recursos financeiros para a atuação em juízo;

i) a tutela dos direitos das pessoas necessitadas, vítimas de qualquer forma de opressão ou violência;

j) trabalho de orientação jurídica e informação sobre direitos humanos e cidadania em prol das pessoas e comunidades carentes, de forma integrada e multidisciplinar;

l) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;

VIII - atuar como Curador Especial nos casos previstos em lei;

IX - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

X - atuar nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais;

XI - integrar conselhos federais, estaduais e municipais cujas finalidades lhe sejam afetas, nos termos da lei;

XII - contribuir no planejamento, elaboração e proposição de políticas públicas que visem a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais;

XIII - receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas da sociedade civil, no âmbito de suas funções".

Acesso ao Sumário

(destaques e grifos nossos)

Como se entrevê, de fato, os interesses institucionais da Defensoria Pública não se limitam à mera representação judicial individual de cidadãos necessitados, mas sim e precipuamente, contemplam a tutela de interesses da coletividade.

Todavia – e aqui reside o ponto nodal ao deslinde da questão – ainda que não se cogite no caso concreto de ação possessória que, nos termos do art. 554, §1º CPC, autorizaria o ingresso da Defensoria Pública independentemente da citação pessoal ou editalícia dos ocupantes do local, não vislumbro a presença de interesse processual hábil a arrimar-lhe a pretensão recursal presentemente deduzida.

E isto porque, à evidência, a causa de pedir delineada em primeiro grau de jurisdição pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contempla, além da tutela de interesses difusos consistentes no exaurimento de políticas públicas – a cargo do Município réu – direcionadas à preservação do meio ambiente e urbanismo, também pedido direcionado à tutela de direitos coletivos inerentes aos ocupantes da área, seja para a finalidade de realocá-los para local de moradia adequada com toda a infraestrutura necessária para uma vida digna, seja no que respeita ao pleito alternativo consistente na urbanização do núcleo habitacional com a manutenção dos ocupantes atuais e realização de obras de infraestrutura (canalização do esgoto e água, instalação oficial de energia elétrica, pavimentação das vias de circulação, implantação de sistemas de captação e drenagem de águas pluviais) segundo as exigências técnicas feitas pelos órgãos públicos para a regularização com o objetivo de eliminação dos riscos à saúde e integridade física dos ocupantes supostamente existentes.

Mais precisamente, não se verifica, no caso presente, a existência de interesses colidentes defendidos pelo Ministério Público e os ora pretendidos pela ora agravante, como se em detrimento os ocupantes da área hábil fossem.

No mesmo sentido já decidiu esta Corte de Justiça:

"Direito Ambiental – Ação Civil Pública – Intervenção de terceiro e requerimento de nulidade por falta de citação de todos os adquirentes do loteamento Jardim da Conquista – Medida não obrigatória por se tratar de litisconsórcio facultativo – Admissão da Defensoria Pública como assistente indeferida – Necessidade do interesse jurídico – Defesa exercida pelo Ministério Público que visa a realocação das famílias para local de moradia adequada e infraestrutura – Recurso improvido". (TJSP – Agravo de Instrumento nº 2077963-94.2016.8.26.0000-Jacareí, 2ª. Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Relator Miguel Petroni Neto; negaram provimento ao recurso, v.u., j. 1/12/2016).

De mais a mais e apenas *ad argumentandum*, eis que o indeferimento

Acesso ao Sumário

do ingresso da Defensoria Pública aos autos na qualidade de assistente simples resulta na prejudicialidade dos pedidos subsequentes, é certo que, não versando a causa de pedir sobre pretensão possessória de qualquer natureza, sem prejuízo de estar-se diante de litisconsórcio facultativo, resulta óbvio que a citação dos ocupantes da área não é medida obrigatória, aliás, como bem decidido pelo MM. Juiz *a quo* em sede de decisão saneadora (pág. 231).

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3000452-32.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada MAURÍCIO CÉSAR CALADO HOMEM.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.147)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 15 de maio de 2018.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA em agravo de instrumento – LIMINAR – Insurgência do Estado de São Paulo contra liminar concedida para que a autoridade impetrada se abstenha de aplicar o teto remuneratório constitucional às horas-aula prestadas como Professor junto à Acadepol – Teto remuneratório – Impossibilidade de descontos a esse título quando a superação do teto decorra de cumulação legítima de cargos e/ou vencimentos ou proventos – Precedente do STJ – Ordem de cessação que não implica aumento de vencimentos, de sorte a não se amoldar às vedações do § 5º do art. 7º da Lei nº 12.016/2009 – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento apresentado pelo **Estado de São** Paulo contra ato que considera ilegal da **MM. Juíza de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública desta Capital**, *Dra. Laís Helena Bresser Lang*, e consistente em deferir a liminar pleiteada nos autos do mandado de segurança impetrado por **Maurício César Calado Homem.**

Recurso tempestivo e contrariado a fls. 20.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento retirado de decisão interlocutória (fls. 34-1g) que deferiu a liminar pleiteada, visando que o agravante se abstenha de aplicar o teto remuneratório constitucional às horas-aulas prestadas pelo agravado, como Professor. Contra essa decisão é que se tirou o presente recurso.

Conforme anotado no despacho que recebeu o presente recurso, a r. decisão agravada está em consonância com o entendimento majoritário desta Corte no sentido de que a restrição prevista no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal não incide nas hipóteses em que a superação do teto remuneratório decorra de cumulação legítima de cargos e/ou vencimentos ou proventos.

Nesse sentido:

"MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – Servidor público estadual – Teto remuneratório – Cumulação lícita de cargos, nos moldes do art. 37, XI, da CF – Redutor salarial que deve ser aplicado isoladamente a cada um dos cargos ocupados pelo servidor, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração – Sentença mantida – Recurso desprovido." (AC 1051519-13.2015.8.26.0053, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Danilo Panizza, j. 8.11.2016).

"SERVIDOR PÚBLICO – Cumulação legítima de cargos – Remuneração que não se submete ao teto constitucional (artigo 37, XI, da CF) – Imperiosa a consideração isolada dos cargos ocupados pelo servidor – Observância do princípio da isonomia e da garantia da irredutibilidade de vencimentos – Vedado o enriquecimento ilícito da Administração Pública – Mantida a sentença de procedência – Recurso não provido" (AC 1013843-31.2015.8.26.0344, Rel. Des. Magalhães Coelho, j. 3.10.2016).

Na mesma direção, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUESTÃO DE ORDEM. MATÉRIA SUBMETIDA AO CRIVO DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE CARGOS PERMITIDA CONSTITUCIONALMENTE. CARGOS CONSIDERADOS, ISOLADAMENTE, PARA APLICAÇÃO DO TETO

Acesso ao Sumário

REMUNERATÓRIO.

1. 'Tratando-se de cumulação legítima de cargos, a remuneração do servidor público não se submete ao teto constitucional, devendo os cargos, para este fim, ser considerados isoladamente'". (Precedentes: AgRg no RMS 33.100/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJe 15/05/2013 e RMS 38.682/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 05/11/2012).

2. Recurso ordinário em mandado de segurança provido." (RMS 33.171-DF, Primeira Seção, j. 25.2.2016, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques).

Impende, por outro lado, observar que a medida não implica acréscimo de verba remuneratória, mas tão somente cessação de descontos indevidos, de modo que não se aplicam as vedações do §5º do art. 7º da Lei nº 12.016/2009.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2046628-86.2018.8.26.0000, da Comarca de Mogi-Mirim, em que é agravante CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA BARRETTO FILHO, é agravado MUNICÍPIO DE MOGI-MIRIM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao recurso, vencido o Relator sorteado, que declarará. Acórdão com o 2º juiz, de conformidade com o voto do Relator designado, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.449)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOACIR PERES, vencedor, LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, vencido, COIMBRA SCHMIDT (Presidente).

São Paulo, 30 de maio de 2018.

MOACIR PERES, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – A base de cálculo dos honorários advocatícios compreende os juros moratórios e a correção monetária aplicáveis sobre o valor da condenação – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA – Aplicação das teses definidas na

Repercussão Geral – Tema 810. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Carlos Eduardo de Oliveira Barreto Filho deduziu agravo de instrumento, em face de r. ato decisório que acolheu parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença oposta pelo agravado (fls. 90/92).

Alega que o v. acórdão já transitou em julgado, de modo que alteração dos percentuais e dos índices de atualização e juros de mora configura ofensa à coisa julgada. Aduz que os índices de correção monetária foram julgados inconstitucionais pelo STF. Alerta que a decisão do STF foi prolatada após o trânsito em julgado dos autos e, portanto, deve ser prestigiado os termos consignados na r. sentença. Subsidiariamente, requer a incidência de correção monetária pelo índice IPCA-e, desde a data da sentença, e juros de mora de 0,5% a contar da citação. Daí, pretender a reforma do r. ato decisório (fls. 1/12).

O agravado apresentou contraminuta (fls. 24/28).

É o relatório.

Trata-se de impugnação à execução de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor total da condenação (fls. 15).

Verifica-se que a r. sentença condenou o Município de Mogi Mirim a pagar à Irmandade Santa Casa de Misericórdia de Mogi Mirim a quantia de R$ 640.000,00, acrescida de atualização monetária pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde o ajuizamento da ação, e juros de moratórios de 1% ao mês a contar da citação.

A MMa. Juíza da causa, acolhendo parcialmente a impugnação, determinou o refazimento dos cálculos nos seguintes termos: "a) Tabela Prática do TJSP relativa às condenações da Fazenda Pública até a véspera da vigência da Lei n. 11.160/2009, que deu a atual redação do art. 1º F da Lei n. 9.494/1997; b) de 30/06/2009 (data da publicação e vigência da lei n. 11.960/2009) até 25 de março de 2015 (data da modulação feita no julgado da ADI n. 4.357), a atualização monetária deve observar os índices de atualização das cadernetas de poupança (TR) e; c) a partir de 26/03/2015 e até a expedição do precatório ou RPV, o débito não tributário deve ser atualizado pelo IPCA-E, nos termos da súmula do julgamento do RE 870.947; d) a partir da expedição do precatório ou da RPV, a atualização monetária deve ser feita pelo IPCAE. Anota-se, por oportuno, por se tratar de matéria de ordem pública e na esteira do que prescreve a súmula 254 do STF, que, no que pertine aos juros moratórios, o C. STF, ao julgar a ADI 4.357, somente reconheceu a inconstitucionalidade de sua vinculação aos índices da caderneta de poupança em matéria tributária. E, no caso concreto, o débito cujo valor é objeto da execução diz respeito a honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios (e não a tributo). Assim, os juros moratórios são de 0,5% ao mês, a partir do trânsito em julgado da condenação. Não correrão juros moratórios desde a expedição do precatório ou RPV até o decurso do prazo legal para o respectivo pagamento (Súmula Vinculante 17 do STF)" (fls. 91/92).

Merece parcial reforma a r. decisão.

De início, ressalte-se que a base de cálculo dos honorários advocatícios compreende os juros moratórios e a correção monetária aplicáveis sobre o valor da condenação. Como o valor da condenação ainda não foi executado, de fato, o termo inicial dos juros de mora incide a partir da citação e a correção monetária a partir do ajuizamento da ação, conforme consignado na r. sentença.

No tocante aos consectários legais, inerentes à condenação, deve ser consignado que possuem natureza de ordem pública, admitindo aplicação, alteração ou modificação, sem configurar afronta à coisa julgada.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 810, referente à validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previstos no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/09, firmou as seguintes teses:

"O artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros 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 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 artigo 1º-F da Lei 9.494/1997 com redação dada pela Lei 11.960/2009."

"O artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (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."

Assim, tratando-se de relação jurídica não-tributária, os juros de mora têm por base a redação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, dada pela MP nº 2.180-35/01, até a vigência da Lei nº 11.960/09, a partir de quando são cabíveis os juros aplicados à caderneta de poupança. Ainda no tocante aos juros, são aplicáveis as alterações da Lei nº 12.703/2012, a partir da entrada em vigor da Medida Provisória nº 567/2012, de 3.5.2012, nos termos do artigo 2º da referida Lei,

Acesso ao Sumário

porque esta alterou a lei que rege a remuneração da poupança. Já no que tange à atualização monetária deve ser observado o IPCA-E como índice indexador.

Pois bem, sobre o cálculo do valor principal, apura-se a verba honorária que, conforme r. sentença, fora fixada em 10% da condenação.

Ressalte-se que não é cabível nova incidência de juros moratórios sobre o valor apurado para os honorários advocatícios, porque o valor da condenação já os contém.

Nesse sentido, assentou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CALCULADOS A PARTIR DE PERCENTUAL INCIDENTE SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CONDENAÇÃO MAIS CONSECTÁRIOS LEGAIS. NOVA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A VERBA HONORÁRIA. DUPLA INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE PREQUESTIONAR DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESPECIAL. 1. A base de cálculo dos honorários advocatícios compreende os juros moratórios e a correção monetária, ainda que de forma reflexa, aplicáveis sobre o valor da condenação. 2. Sendo verba honorária calculada a partir de percentual incidente sobre o montante total da condenação e estando este devidamente atualizado, não há espaço para a alegação de nova incidência de juros moratórios sobre o valor dos honorários advocatícios. Precedentes. [...] 4. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp 1182162/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. em 05/10/2010, grifou-se).

Assim, os cálculos devem ser refeitos, observando-se o quanto decidido.

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

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 15.468)

Vistos, etc.

Ouso divergir da Douta Maioria pelas razões que passo a expor.

A r. sentença proferida no processo de conhecimento não aplicou a Lei Federal nº 11.960/09, determinando, de outro modo, que a correção monetária se desse nos termos da Tabela Prática e que os juros de mora incidissem à taxa de 1% ao mês, desde a citação (fls. 7 a 15), no que foi confirmada pelo v. acórdão (fls. 16 a 22).

O artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação da norma do artigo 5º da Lei 11.960/09, dispõe que as condenações impostas à Fazenda Pública serão

Acesso ao Sumário

atualizadas mediante a incidência, "*uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança*".

Todavia, a aplicação da Lei Federal nº 11.960, de 29/06/09, cede diante do instituto da coisa julgada, alçado à condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, c.c. o art. 5º, XXXVI), em face da qual até mesmo a reforma constitucional encontra óbice.

Há quem sustente, aliás, na base de bons argumentos, que a alteração da expressão econômica do crédito, por parte do Estado, com diminuição dos juros ou do capital, configura autêntico confisco, lesando o princípio da propriedade, inclusive (Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*, SP, Saraiva, 1991, p. 64 e 65).

E nem se diga (como sustentam alguns) que, tendo a EC nº 62/09 instaurado nova forma de execução, com duas fases, uma de natureza singular, inaugurada com a decisão exequenda, que se estende até o momento da formação do precatório, e outra, após a expedição deste, de natureza coletiva, a exigir a uniformização dos índices de atualização monetária e de juros, não se haveria mais de argumentar com a coisa julgada.

A doutrina desconhece este caráter bifronte na execução contra a Fazenda Pública. Mais que isto, o fato de um processo comportar duas fases longe está de autorizar conclusão no sentido de que a uma delas não se aplica a coisa julgada. Pense-se, por exemplo, no que sucedeu a partir da edição da Lei Federal nº 11.232, de 22/12/05, que instituiu a fase do chamado "cumprimento da sentença".

Não se está dizendo, é claro, que a Lei nº 11.232/05 se aplica à execução contra a Fazenda Pública – mesmo porque revogada –, mas apenas exemplificando no sentido de demonstrar o quão frágil é a tese da prescindência do respeito à coisa julgada quando se cuida de procedimento que se desdobra em duas fases.

A propósito, colhem as considerações por mim feitas, em artigo da Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, IBFP, Ed. Fórum, Ano 4, nº 11, maio/agosto de 2015, no seguinte sentido:

> Entretanto, a nosso ver, não se poderia desconsiderar a regra do art. 60, §4º, IV, e 5º, XXXVI, ambos da CF, aplicando as novas disposições da Emenda em desrespeito àquilo que ficou estabelecido no título judicial transitado em julgado.
>
> E nem há de se dizer, argumentando com uma suposta impertinência do tema da coisa julgada, que se está diante de relação jurídica continuativa, pois, se no curso do tempo, o vínculo existente entre uma pessoa, constituída em determinado direito por título transitado em julgado, contrasta com direito novo (regulação diversa da relação jurídica

Acesso ao Sumário

in abstrato), nem por isso se altera o que foi decidido, porquanto a lei geral abstrata ajusta-se a situações novas, e não a um caso concreto, já examinado e julgado em definitivo.

Só o fato novo atinge as relações continuativas, e não o direito novo, fato jurígeno do qual decorrem deveres, faculdades e vedações, cujos efeitos só retroagem se não atingirem a coisa julgada (além do direito adquirido e do ato jurídico perfeito), como resulta do princípio constitucional da irretroatividade das normas.

Decerto, a coisa julgada não impede que o direito novo passe a reger diferentemente os fatos ocorridos após sua vigência. Todavia, não se pode, a pretexto da existência de novas regras concernentes a taxa de juros e a índices de atualização, alterar critérios de recomposição do valor da moeda e da remuneração do capital que se encontram estabelecidos em título transitado em julgado, mormente porque, a pensar de outra forma, estar-se-ia consentindo em que o titular de um direito, diante de taxas e índices fictícios, por exemplo, fixados com desvio legislativo manifesto, fosse constituído no ônus de bater novamente à porta do Judiciário para fazer valer seus direitos.

E tantas vezes teria de fazê-lo a parte quantas fossem as oportunidades abertas, numa espécie de "jogo sem fim", a desmoralizar a atuação jurisdicional, pois, a cada passo, bastaria alterar, por meio de Emenda Constitucional casuística, taxa de remuneração do capital e índices de correção monetária (alteração só aplicável à Fazenda Pública) para remeter a parte a uma espécie de esforço de Sísifo. Esta, aliás, a crítica presente na distinção entre Constituição no sentido substancial e Constituição no sentido formal, que faz lembrar uma anedota dos tempos do regime de exceção, na qual uma pessoa, ao pedir um exemplar da Constituição da República numa livraria, foi informada de que periódicos só eram vendidos na banca de jornal.

A esta altura, poder-se-ia argumentar (contra a tese da ofensa à coisa julgada) dizendo, como fez a Corte Constitucional (ainda que em outro contexto), que "a inflação, fenômeno tipicamente econômico- monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante)", de modo que se trata simplesmente de reconhecer a realidade econômica (fato novo), diante da qual não mais se justifica a subsistência da taxa de juros e do índice de correção previstos no título judicial. Ocorre – e aqui o ponto relevante – que o reconhecimento da inconstitucionalidade tem caráter constitutivo, e não meramente declaratório de uma situação de fato. Fosse diferente, não haveria nem mesmo sentido de cogitar da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Destarte, no meu entendimento, não cabe revisão dos cálculos, objeto do cumprimento da sentença, a pretexto do surgimento de lei nova, muito menos do exercício do poder constituinte derivado (edição da EC nº 62/2009).

Assim, afastada a aplicação da Lei nº 11.960/09, perde sentido a discussão

Acesso ao Sumário

acerca da aplicação ou não da TR e do IPCA-E, tanto quanto sobre a aplicação do índice de remuneração da poupança, no concernente aos juros moratórios, pois o título executivo determinou que se utilizasse a Tabela Prática, fixando a taxa de juros em 1% ao mês.

Nestes termos, por meu voto, dava provimento ao recurso.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2047723-54.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes AFFONSO BERALDI, FABIO FRANCISCO BERALDI, PAULO AFFONSO BERALDI e ANA LUCIA BERALDI, é agravado COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTARIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 19.992/2018)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente) e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 11 de junho de 2018.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Tutela de Urgência. O artigo 1.019, do novo Código de Processo Civil, permite ao relator atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal. Presença dos requisitos necessários à obtenção do provimento jurisdicional reclamado. Probabilidade do direito consubstanciada em reiteradas decisões deste Egrégio Tribunal de Justiça no sentido de que a base de cálculo para o recolhimento do ITCMD deve observar o valor venal do IPTU. Risco de dano. Iminência do esgotamento do prazo para o recolhimento do tributo nos moldes do artigo 31, § 1º, item 2, do Decreto

Acesso ao Sumário

Estadual nº 46.655/02. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por *AFFONSO BERALDI, FABIO FRANCISCO BERALDI, PAULO AFFONSO BERALDI* e *ANA LUCIA BERALDI* contra a r. decisão que, em sede de ação ordinária ajuizada contra a *FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO*, indeferiu o pedido de liminar voltado:

a) ao recolhimento do ITCMD incidente sobre a transmissão dos imóveis de matrícula nº 103.776, nº 13.371, nº 119.440 e transcrição nº 75.527 computando-se como base de cálculo o valor venal considerado para o cálculo do IPTU; b) à abstenção de qualquer penalidade em função do preenchimento da "Declaração de Transmissão por Escritura Pública" prevista no artigo 21, do Decreto nº 46.655/2002, informando como base de cálculo do ITCMS o referido valor venal; e c) à lavratura da escritura de inventário mediante o recolhimento do imposto na forma referida.

Sustentam, em síntese, que preenchem os requisitos necessários à obtenção da liminar.

Deferia em parte a antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 94-99), o recurso foi processado e respondido (fls. 105-110).

Sobreveio pedido de reconsideração da decisão às fls. 102-103, sendo deferida a liminar (fls. 114).

É o breve relato.

Como já apontado quando da apreciação da liminar, o artigo 1.019 do Código de Processo Civil, permite ao relator atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, devendo, para tanto, aferir a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (artigo 300 do Código de Processo Civil).

Na hipótese dos autos, vislumbra-se a presença destes requisitos.

Infere-se a probabilidade do direito invocado pelos agravantes do posicionamento reiterado deste Egrégio Tribunal de Justiça a respeito do tema, como se observa dos seguintes julgados:

"TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ITCMD – Base de cálculo de imóvel urbano – Tributo que deve ser recolhido com base no valor venal do bem, constante do IPTU – Pretensão da Fazenda Pública para recolhimento do tributo com base no valor de referência para o ITBI – Previsão do Decreto nº 55.002/2009 – Inadmissibilidade – Base de cálculo do ITCMD que deve ser calculada pelo valor venal do bem, nos termos da Lei Estadual nº 10.705/2000 – Decreto nº 55.002/09, que

excede seu poder regulamentar ao alterar a base de cálculo do tributo, aumentando o valor devido – Precedentes – Sentença mantida – Recurso de apelação desprovido".

(Apelação nº 1020708-82.2017.8.26.0576, 12ª Câmara de Direito Público, rel. Des. J. M. RIBEIRO DE PAULA, j. 14.03.2018);

"MANDADO DE SEGURANÇA – ITCMD – Direito de recolher o tributo utilizando como base de cálculo o valor venal lançado para o IPTU – Possibilidade – Lei n° 10.705/2000 que estabelece tal critério como piso, mas não regulamenta a forma de cálculo do mencionado 'valor de mercado' – Decreto n° 46.655/2002, com redação pelo Decreto n° 55.002/2009 que não tem o condão de majorar tributo, em ofensa ao art. 150, inciso I, da Constituição Federal – Sentença que concedeu a segurança mantida – Reexame necessário e recurso voluntário desprovidos."

(Apelação nº 1024627-96.2017.8.26.0053, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. MOREIRA DE CARVALHO, j. 13.03.2018);

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ITCMD. INVENTÁRIO. IMÓVEL RURAL. BASE DE CÁLCULO. VALOR VENAL PARA FINS DE ITR - IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL. Preliminar de falta de carência de ação, em razão da inadequação da via eleita, afastada. Possibilidade de impetração do mandado de segurança. Mérito – Alteração, pela Administração Pública, da base de cálculo do ITCMD, com fundamento no Decreto Estadual nº 46.655/02, modificado pelo Decreto nº 55.002/09. Inadmissibilidade. Base de cálculo do Imposto de Transmissão "causa mortis" que corresponde ao valor venal do imóvel, na data da abertura da sucessão, devidamente atualizado, com base no ITR ou IPTU lançado no exercício, nos termos do disposto nos arts. 9º, § 1º, e 13, I e II, da Lei Estadual nº 10.705/00. Decreto Estadual nº 55.002/09 que, ao fixar base de cálculo diversa da prevista na Lei nº 10.705/00, violou o disposto no art. 97, § 1º do CTN, excedido o poder regulamentar. Violação ao princípio da legalidade tributária. Segurança concedida em primeiro grau. Sentença mantida. Recurso não provido".

(Apelação nº 1040754-12.2017.8.26.0053, 13ª Câmara de Direito Público, rel. Des. DJALMA LOFRANO FILHO, j. 07.03.2018);

"MANDADO DE SEGURANÇA. Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens e Direitos (ITCMD). Imóvel urbano. Pretensão de adoção, como base de cálculo, o valor venal fixado para o lançamento de IPTU, afastada a regra do Decreto Estadual nº 55.002/2009. Admissibilidade. Impossibilidade de inovação legislativa pela Administração para modificar base de cálculo do referido tributo. Afronta aos artigos 150, I, da CF e 97, II, § 1º, do CTN. Ordem concedida. Recursos não providos".

(Apelação nº 1052163-82.2017.8.26.0053, 7ª Câmara de Direito Público,

rel. Des. COIMBRA SCHMIDT, j. 07.03.2018).

"Apelação e Reexame Necessário – Mandado de Segurança – Impetração com o objetivo de afastar o pagamento de ITCMD para utilizar como base de cálculo o valor venal de referência do ITBI – DIREITO TRIBUTÁRIO – A base de cálculo do ITCMD, no caso em apreço, deve ser o valor venal do imóvel lançado para fins de IPTU, em razão da ilegalidade do Decreto 55.002/09 – Inteligência do art. 97, inciso II, §1º, do CTN e da Lei 10.705/2000 – Sentença concessiva da segurança mantida – Recursos oficial e voluntário improvidos".

(Apelação nº 1029516-07.2017.8.26.0114, 11ª Câmara de Direito Público, rel. Des. MARCELO L THEODÓSIO, j. 06.02.2018).

Verifica-se, ainda, o risco de dano, em razão da iminência do encerramento do prazo para pagamento do tributo com o desconto conferido pelo artigo 31, § 1º, item 2, do Decreto Estadual nº 46.655/02, que ocorrerá em 26 de março de 2018, bem como da possibilidade da incidência de juros e multa previstos no artigo 32 do referido diploma legal.

Diante deste quadro, o recurso comporta provimento para deferir a liminar e autorizar o recolhimento do tributo incidente na transmissão dos imóveis objeto das matrículas nº 103.776, 13.371, 119.440 e transcrição nº 75.527, tomando como base de cálculo o valor venal considerado para o cálculo do IPTU, abstendo-se a agravada de impor aos agravantes qualquer sanção ou efetuar qualquer cobrança em razão deste recolhimento.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso nos termos acima delineados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2013603-82.2018.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que são agravantes ASSOCIAÇÃO DAS OPERADORAS DE CELULARES – ACEL e ABRAFIX – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO, é agravado MUNICÍPIO DE CAMPINAS.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.849)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 12 de junho de 2018.

Acesso ao Sumário

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação declaratória Liminar – Lei municipal nº 15.130/2015 – Disposições tendentes a assegurar adequado atendimento ao público de Campinas – Matéria de interesse local, de competência dos municípios, a quem cabe legislar sobre assuntos desta natureza e, inclusive, suplementar a legislação federal e a estadual no âmbito de sua competência – CF, art. 30, I e II – Afronta à competência privativa da União não verificada – Decisão mantida – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão (fl. 18) que, em ação declaratória, indeferiu liminar tendente a compelir a municipalidade a não aplicar as sanções previstas na Lei municipal nº 15.130/2015, que dispõe sobre a obrigatoriedade de empresas prestadoras de serviços de telefonia, ou de tv por assinatura, fornecerem um endereço, em local fixo no município, para o qual o consumidor ou usuário possa se dirigir fisicamente para encaminhar seu pedido de informação, de reclamação ou de cancelamento de pedidos, contratos ou serviços.

Asseveram as agravantes ser de competência privativa da União legislar sobre telecomunicações. Da mesma forma, a exploração de tais serviços caberia unicamente à União.

O recurso foi recebido sem o efeito ativo pleiteado (fls. 182). Contraminuta às fls. 185/188.

Este é o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de ação visando a declaração de que as associadas das autoras-agravantes não estariam obrigadas a obedecer as regras dispostas na Lei 15.130, publicada em 23 de dezembro de 2015.

Dispõe a referida Lei:

"Art. 1º - As empresas prestadoras de serviços de telefonia fixa, móvel e/ou TV por assinatura ficam obrigadas a manter um setor de atendimento presencial, em endereço fixo no município de Campinas, que possibilite ao consumidor ser atendido presencialmente por pessoa devidamente qualificada para receber, responder e solucionar ou encaminhar para solução pedidos de informação, reclamações e solicitações de serviços,

rescisão ou qualquer outra demanda ligada ao serviço da prestadora.

Art. 2º - O endereço fixo da empresa prestadora de serviço mencionada no art. 1º deve ser divulgado na fatura de cobrança mensal dos serviços prestados. Art. 3º - A infração ao disposto nesta Lei acarretará a aplicação de multa no valor de 10.000 (dez mil) UFICs à empresa prestadora de serviço de telefonia fixa, móvel e TV por assinatura. Em caso de reincidência, decorridos 30 dias de prazo, o infrator terá de pagar multa diária de 1.000 (mil) UFICs até o cumprimento do disposto na presente Lei.

Art. 4º - As empresas mencionadas no art. 1º terão o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para se adaptarem aos seus dispositivos.

Art. 5º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

A referida Lei, portanto, impõe a tais empresas obrigações tendentes a assegurar adequado atendimento ao público de Campinas, caracterizando- se, desta forma, como matéria de interesse local, de competência dos municípios, a quem cabe legislar sobre assuntos desta natureza e, inclusive, suplementar a legislação federal e a estadual no âmbito de sua competência (art. 30, I e II).

Assim, não se verifica, ao menos de plano, afronta à competência privativa da União, disposta no artigo 22, IV, da Constituição Federal, já que esta se refere à regulamentação daquela atividade.

Nesse sentido:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 11.697, de 22 de dezembro de 2014, na redação dada pela Lei nº 11.708, de 4 de março de 2015, ambas do Município de São José do Rio Preto, que dispõe sobre o período de atendimento interno nos guichês aos clientes, nas lojas de revenda e prestação de serviços das empresas de TV a cabo e telefonia celulares, instaladas no Município de São José do Rio Preto – Alegação de ofensa aos artigos 1º e 144, da Constituição Estadual, pela usurpação da competência privativa da União para legislar sobre os serviços públicos de telecomunicações – A matéria diz com o interesse local do Município, e não se confunde com aquela relativa à atividade-fim das empresas operadoras de telefonia celular e TV a cabo – A lei local limita-se a impor regras tendentes a assegurar adequadas condições de atendimento ao público na prestação de serviços por essas empresas – Não ocorrência de ofensa à regra da separação dos Poderes Alegação de vício de iniciativa – Inexistência – Rol de iniciativas legislativas reservadas ao Chefe do Poder Executivo é matéria taxativamente disposta na Constituição Estadual – Também não há afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, em razão do tempo máximo fixado de

Acesso ao Sumário

atendimento aos clientes, pois não viola a livre iniciativa, mostrando-se a medida adequada aos fins a que se destina, cominando sanções razoáveis e pertinentes.

Pedido improcedente."

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2007908-21.2016.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Anafe; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 03/08/2016; Data de Registro: 04/08/2016).

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2251004-68.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", em conformidade com o voto do Relator. **(Voto nº 27.095)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 14 de junho de 2018.

JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Ementa: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Decisão que indeferiu liminar para a efetivação de medidas acautelatórias, consistentes em regularização das licenças necessárias ao funcionamento da 'Fábrica dos Sonhos - Cidade do Samba' – Alegações genéricas – Ausência, ao menos neste momento processual, dos requisitos necessários à concessão da liminar – Decisão mantida – Recurso desprovido."

VOTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra decisão que, em ação

civil pública ajuizada em face do **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, indeferiu a liminar para determinar a imediata cessação das atividades na *Fábrica dos Sonhos - Cidade do Samba*, até que o ente público promova: a) regularização do licenciamento urbanístico do empreendimento; b) obtenha auto de vistoria do corpo de bombeiros; c) apresente certidão de diretrizes da Secretaria Municipal de Transportes e realização de Estudo de Impacto de Vizinhança d) seja garantida a adequação do empreendimento aos parâmetros e diretrizes da Operação Urbana Consorciada Água Branca. Postula a concessão de efeito ativo, para deferimento das medidas acautelatórias e, ao final, a reforma da decisão agravada.

O recurso processou-se sem a outorga do efeito pretendido (fls. 14/15).

Houve apresentação de contraminuta ao agravo (fls. 20/33). A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 36/52).

Vieram os autos para julgamento

RELATEI.

Nos termos do art. 2° da Lei nº 8.437/1992, tem-se que, em regra, deve-se, antes da concessão da liminar, ouvir previamente o representante judicial da pessoa jurídica de direito público. No entanto, em casos nos quais se objetivam salvaguardar direitos superiores, tais como os aqui discutidos, excepcionalmente, dispensa-se o cumprimento ao artigo mencionado, bastando que estejam presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

No presente caso, verifica-se que se encontra em andamento desde 2011, inquérito civil para apuração de irregularidades no local conhecido como "*Fábrica dos Sonhos - Cidade do Samba*", alegando o Ministério Público a inexistência de licenças imprescindíveis ao seu funcionamento, tais como: alvará de aprovação e execução de obra, Estudo de Impacto de Vizinhança, Certidão de Diretrizes da Secretaria Municipal de Transportes, Licença Ambiental de Instalação, realização de audiência pública, dentre outros.

Ocorre que, como bem fundamentou o Magistrado "a quo" na decisão agravada, as alegações contidas na exordial são genéricas e não trazem certeza quanto a quais os requisitos, de fato, não teriam sido preenchidos, e, principalmente, quais os riscos iminentes.

Da farta documentação contida nos autos principais, pode- se aferir que existem algumas irregularidades na edificação, especialmente quanto à aprovação do Projeto Técnico pelo Corpo de Bombeiros.

Contudo, administrativamente, tem-se que as autoridades responsáveis já foram devidamente oficiadas para adoção das medidas fiscalizatórias e sancionatórias. Ademais, o Corpo de Bombeiros está vistoriando o imóvel e, ao menos até o momento, não há registro de nenhuma irregularidade grave que pudesse ensejar a interdição imediata do local.

Acesso ao Sumário

Ora, *in casu*, não se nega a necessidade de uma apuração profunda dos fatos narrados na ação originária, o que deve ser feito durante toda a instrução processual, em Primeiro Grau, a fim de aferir quais irregularidades concretamente devem ser sanadas para a efetiva regularização do local em questão.

No entanto, ao menos neste momento processual e em análise de cognição sumária inerente ao recurso de agravo de instrumento, não se verificam a presença dos requisitos necessários à concessão da liminar pretendida, especialmente porque não evidenciado o *periculum in mora* na continuidade das atividades no local objeto da lide.

Portanto, no caso específico, o deferimento das medidas acautelatórias pretendidas pelo Órgão Ministerial não é questão a ser analisada em sede liminar, sendo necessária maior dilação probatória.

Vale ressaltar que não se impede que o pedido seja novamente apreciado, no curso da lide, caso haja alteração fática que indique o preenchimento dos requisitos legais.

Diante disso, entendo correta a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ocorrendo isto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2064044-67.2018.8.26.0000, da Comarca de Iguape, em que é agravante GLORIA MARQUES DE AGUIAR NOBREGA - ME, é agravado FUNERÁRIA VALE DA PAZ EIRELI EPP.

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 9.702)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente), ANTONIO CELSO FARIA e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 15 de junho de 2018.

BANDEIRA LINS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA. Insurgência contra

decisão que deferiu liminar para suspensão de pregão presencial, em que a agravada foi inabilitada depois de ter oferecido a melhor proposta. Liminar insuscetível de reforma. Ato que se insere na esfera de discricionariedade regrada do julgador. Ausência de vícios que justifiquem sua revisão. Indícios de qualificação técnica do impetrado que, em cognição prefacial, oferecem suficiente lastro para a manutenção do r. *decisum*. Liminar que assegura não se proceda à adjudicação do objeto do certame antes de se examinar o mérito da impetração. Interesse público em que não se exclua da licitação empresa que ao menos em tese oferece indícios de ser qualificada. Prudência que recomenda uma melhor análise do caso. Decisão mantida. Agravo interno prejudicado. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravado de instrumento tirado por **Glória Marques de Aguiar Nóbrega ME** da r. decisão transcrita às fls. 105/107 proferida no Mandado de Segurança (nº 1001423-95.2018.8.26.0244, da 1ª Vara da Comarca de Iguape) impetrado por **Funerária Vale da Paz EIRELI EPP** contra ato do **Prefeito Municipal de Iguape**, que concedeu liminar para determinar a suspensão da eficácia da decisão de inabilitação da impetrante e do próprio procedimento de licitação (Edital de Pregão Presencial nº 65/2017), no qual a ora agravada sagrou-se vencedora.

Objetiva a agravante restaurar a decisão que a declarou vencedora do pregão, bem como daquela que indeferiu o recurso administrativo interposto pela agravada, porquanto os atestados de capacidade técnica apresentados não atenderam as especificações do edital de licitação.

Sustenta-se, em síntese, a ausência de liquidez e certeza do direto alegado e o desacerto da decisão que, a ver da agravante, se equivoca ao atribuir à impetrante documento seu e aceitar como idôneos atestados em desconformidade com as exigências do edital; além desconsiderar a inexequibilidade dos preços oferecidos na proposta da agravada.

Nestes termos, pretende a antecipação da tutela recursal, e ao final, a procedência do recurso com a suspensão dos efeitos da liminar (fls. 03/15).

Indeferido o efeito almejado (fls. 124/126), sobreveio interposição de agravo interno (apenso).

Contraminuta às fls. 130/142.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Improcede o inconformismo.

Restrito o presente exame apenas e tão somente à presença dos requisitos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09, faltam elementos que possam neste momento alterar a r. decisão atacada.

Tem esta Câmara entendido que a decisão que defere a antecipação de tutela, tendo em conta a cognição breve e restrita que caracteriza o seu exame, é ato que se insere na esfera de discricionariedade regrada do julgador, suscetível de revisão, contrariar preceitos ou princípios reitores do ordenamento jurídico constitucional. Nesta análise não se encontram motivos para prover o agravo.

A decisão impugnada se mostra adequadamente fundamentada; e a fundamentação nela contida não implica, em princípio, contrariedade nem negativa de vigência aos dispositivos constitucionais e legais arguidos pelas partes.

Na única cognição permitida nesta estrita via recursal, ainda resta discutível a possibilidade de manutenção da inabilitação da impetrante no certame; tampouco se entrevê, na espécie, o preenchimento conjunto dos requisitos necessários ao seu acautelamento.

Note-se que a suspensão da contratação da agravante não implica excluí-la do certame ou adiantar posição acerca do cumprimento, pela impetrante, das exigências do edital circunstância que deve ser aferida em sentença, juntamente com os argumentos das partes.

Em análise prefacial, todavia, a impetrante terá oferecido indícios de possuir a qualificação técnica requerida pelo edital do certame, em consonância com as diretrizes do artigo 30 da Lei nº 8.663/93. A ponderação desses elementos pelo Juízo está longe de ser teratológica; e o interesse público, no caso, está em não se excluir, de certame licitatório, participante que se mostre suficientemente habilitado para executar os serviços a serem contratados.

E neste ponto, o *periculum in mora* necessário à concessão da liminar se viu suficientemente delineado, recomendando a prudência uma melhor análise do caso para evitar a supressão do exame de proposta que, ao menos em um primeiro momento, apresenta-se mais vantajosa para o Erário.

Não há reparos, portanto, que a r. decisão impugnada pudesse merecer.

Anote-se, por fim, que a superveniência de provimento jurisdicional de mérito no agravo *esvazia o objeto* do seu desdobramento interno.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso, restando **prejudicado o exame do agravo interno.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2052086-84.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SÃO PAULO TRANSPORTE S/A, é agravado FERNANDO BRANDO SANTIAGO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.614)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente) e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 12 de junho de 2018.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Cumprimento de sentença. SPTRANS. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público em caráter de exclusividade. Aplicação do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Possibilidade. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. Recurso provido, portanto.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento (folhas 1 a 37 destes) interposto por *São Paulo Transporte S.A. - SPTRANS* contra a respeitável decisão (folhas 125 e 126 dos autos principais) pela qual, a propósito de ação ordinária em fase de cumprimento de sentença, acolhida, em parte, a impugnação por ela apresentada.

Essa agravante, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) cabimento deste agravo; b) aplicar-se-lhe o regime de execução previsto no artigo 100 da Constituição Federal dado tratar-se de prestadora de serviço público essencial e não concorrencial, bem como ser totalmente subsidiada pelo município de São Paulo; b) observância aos arestos e às doutrinas colacionados; c) haver deliberação da DEPRE no sentido do cadastramento dela, agravante, no sistema de peticionamento de precatórios; d) ter como único manancial de recursos o numerário depositado na denominada "conta gestão"; e) a tarifa arrecadada, por outro lado, concentra-se na "conta sistema"; f) impossibilidade de penhora desse fundo; g) aplicação das razões de decidir do recurso extraordinário 599.628/DF e da ADPF 387/PI ao caso em foco; h) que se lhe conceda o efeito suspensivo

Acesso ao Sumário

objetivado; i) prequestionar em relação à matéria; j) ao final, que se determine seja o pagamento de débitos feito por meio de precatórios judiciais ou, não sendo esse o entendimento, que se declare a impenhorabilidade da "conta sistema".

Concedeu-se o efeito suspensivo objetivado (folhas 90 a 93).

O agravado respondeu (folhas 99 a 125) sustentando, em resumo, na seguinte conformidade: 1. não poder tramitar a execução sob exame pelo rito dos precatórios, dado se tratar essa executada de sociedade de economia mista; 2. a personalidade jurídica de direito privado própria da agravante a exclui das prerrogativas concedidas às pessoas jurídicas mencionadas no artigo 100 da Constituição Federal; 3. ausência de situações a autorizar a concessão de tutela antecipada; 4. dado não se ter alegado a respeito na fase de conhecimento, está precluso o direito da recorrente de, no cumprimento de sentença, requerer pagamento do débito mediante o regime de precatórios; 5. responsabilização objetiva das concessionárias de serviço público; 6. tratar-se de atividade econômica em ambiente de concorrência; 7. consideração aos arestos e às doutrinas colacionados; 8. observância ao decidido por esta Corte no julgamento do agravo regimental 2049022-71.2015.8.26.0000/50000; 9. A impenhorabilidade de bens da SPTRANS recai apenas sobre a "conta sistema', remanescendo a possibilidade de penhora da "conta gestão"; 10. desse modo, dever ser mantida a decisão atacada.

É o **relatório**, preservado, no mais, o referente a essa decisão *a quo.*

Impõe-se dar provimento a este recurso.

A propósito, desacolhe-se o sustentado pelo agravado ao responder, posto que, malgrado se trate a recorrente de sociedade de economia mista e, portanto, pessoa jurídica de direito privado, excepcionalmente, lhe é possível efetuar o pagamento dos correspondentes débitos mediante o rito dos precatórios.

Com efeito, recentes posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal mediante o julgamento da Suspensão de Liminar 918/SP[1] e por esta Corte[2] estão no sentido de sobrelevar na hipótese o relevante interesse público inerente ao serviço de transporte prestado pela agravante.

Consoante entendimento dessa Corte Suprema expressado no supracitado precedente, há potencial risco de grave lesão à ordem e à economia pública advindo de eventual penhora "on line" de valores das contas da SPTRANS, porquanto, além de afetar as finanças dessa sociedade, medida da espécie pode

Acesso ao Sumário

1 Suspensão de Liminar 918/SP, relator o ministro então Presidente Ricardo Lewandowski, julgamento em 10 de novembro de 2015.

2 Nesse sentido: agravos de instrumento 2130562-73.2017.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Público, relator o desembargador Moacir Peres, julgamento em 6 de novembro de 2017; 2061647-69.2017.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Público, relator o desembargador Paulo Galizia, julgamento em 24 de julho de 2017; 2066868-33.2017.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, relator o desembargador Carlos Eduardo Pachi, julgamento em 31 de maio de 2017; e apelação 0423198-76.1999.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Público, relator o desembargador Torres de Carvalho, julgamento em 29 de maio de 2017.

dar azo à paralisação do sistema de transporte público municipal.

É ainda desse precedente que a orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal é a de que se aplique o disposto no artigo 100 da Constituição Federal às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos em caráter de exclusividade.

Ademais, extrai-se do parecer da douta Procuradoria-Geral da República referente a esse julgado do Supremo Tribunal Federal que "*não haveria sentido em reconhecer a penhorabilidade de parte do patrimônio da São Paulo Transportes S/A, especificamente das chamadas "contas-gestão", já que parece razoável concluir que a prestação do múnus público requer a união dos recursos compreendidos em ambas as contas. Se de um lado as "contas-sistema" são impenhoráveis por serem a fonte do pagamento dos concessionários e permissionários que mantêm o sistema de transporte em harmônico funcionamento, de outro, as "contas-gestão" claramente têm a finalidade de manter a estrutura de funcionários e de serviços prestados ao ente estatal, de modo que o seu mister possa ser bem desempenhado. A sociedade de economia mista em questão, como qualquer entidade do Estado que executa essencialmente serviço público, não pode ser decomposta em suas funções ou atribuições básicas como meio para se concluir pela aplicação de diversos regimes jurídico-processuais, sob pena de, inviabilizando parcela dos setores internos financiados por recursos penhoráveis, comprometer todo o ente responsável e, por conseguinte, o sistema de gestão de transportes da cidade de São Paulo*"[3].

Isso não bastasse, conforme se depreende do previsto nos artigos 173 e 175 da Constituição Federal, o critério para se aplicar ou não prerrogativas próprias da Fazenda às sociedades de economia mista, como a ora agravante, é a efetiva prestação de serviços públicos à população. E não há dúvida acerca do atendimento a essa exigência pela recorrente.

Nesse passo, e dado o caráter de exclusividade próprio da prestação de serviço público de transporte municipal sob exame (artigo 29 da Lei Municipal 13.241/2001), de rigor a extensão das prerrogativas contidas no artigo 100 da Constituição Federal à ora recorrente.

Por fim, registra-se que, malgrado em estágio avançado, cumprimento de sentença, se impõe essa medida excepcional a fim de que privilegiado o manifesto interesse público sob análise.

À vista do exposto, dá-se provimento ao recurso.

3 Brasília, 22 de outubro de 2015, parecer da lavra do então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2077581-33.2018.8.26.0000, da Comarca de Barretos, em que é agravante CDHU COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado MUNICÍPIO DE BARRETOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao agravo para acolher parcialmente a exceção de preexecutividade, reconhecendo a condição de isenta da agravante. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.303)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 4 de junho de 2018.

BURZA NETO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento – Execução Fiscal – IPTU – Exercícios de 2012 a 2015 – Exceção de preexecutividade rejeitada – Pretensão à imunidade tributária – Admissibilidade – Isenção de tributos municipais para imóveis pertencentes à CDHU e que se encontram sob o seu domínio, destinados à execução de projetos de casas populares – Inteligência da Lei Municipal nº 3.936/2007 – Alegação de ilegitimidade para figurar no polo passivo da execução, por haver firmado, antes do fato gerador, Contrato de Compromisso de Compra e Venda Título não registrado – Cabe ao legislador municipal eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no C.T.N. – Questão pacificada – Súmula 399 do C. Superior Tribunal de Justiça – Decisão agravada reformada, para acolher parcialmente a exceção – Recurso parcialmente provido, para reconhecer que a CDHU faz jus à isenção tributária.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra a decisão trazida por cópia digitalizada a fls. 51/73 que, ***rejeitou a exceção de preexecutividade***.

Inconformado, sustenta o agravante pelo provimento do recurso a fim de reformar a r. decisão de modo a reconhecer a ilegitimidade de parte, a isenção tributária, ou ainda a impenhorabilidade.

Pela decisão de fls. 124, foi determinado o processamento do presente recurso de Agravo de Instrumento, com o efeito suspensivo, dispensando as informações do Juiz da causa, estando em termos para julgamento.

Contraminuta (fls. 136/143).

O recurso comporta parcial provimento.

Primeiramente, cabe registrar que a decisão agravada foi proferida em 21.03.2018, motivo pelo qual o presente recurso será julgado à luz do NCPC/2015.

Como se observa, a ***Municipalidade de Barretos*** ajuizou execução fiscal, objetivando receber o crédito tributário oriundo da falta de pagamento de IPTU, referente aos exercícios de 2012 a 2015, no valor de R$1.611,25, conforme CDA de fls. 02/09.

Valendo-se do seu direito de defesa, a agravante, executada, ***COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL E URBANO DE SÃO PAULO CDHU***, opôs exceção de preexecutividade (fls. 51/73), alegando sua ilegitimidade de parte, sob o fundamento de que prometeu a venda do imóvel e transferiu a posse, bem como que tem imunidade tributária recíproca.

O douto Magistrado de primeiro grau rejeitou a exceção oposta, sob o fundamento de que não há ilegitimidade passiva (art. 34 do CT).

É cediço que o IPTU tem por fato gerador a *propriedade*, o *domínio útil* ou a *posse* de bens imóveis, e o seu contribuinte é o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor, nos termos dos artigos 32 e 34 do CTN.

No caso, a alegação de ilegitimidade passiva tem por fundamento o fato de que o imóvel objeto da exação foi compromissado a venda, sendo o compromissário comprador o responsável tributário e não o proprietário.

Neste ponto, vale destacar que o "*Instrumento Particular de Concessão de Subsídios*", documento este através do qual a agravante tenta valer suas alegações, não foi levado a registro no cartório imobiliário competente.

Assim, diante da ausência do registro no cartório competente, situação essa incontroversa nos autos, não há como ser afastada a legitimidade de parte da agravante, na medida em que a mesma continua a figurar como proprietária do bem sobre o qual recai a cobrança ora executada, sendo, consequentemente, a responsável tributária pelos débitos referentes ao imóvel.

Importante salientar que, com relação à ilegitimidade passiva, o C. STJ, por sua 1.ª Turma, deixou assente caber ao legislador municipal eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações insertas no art. 34, do

Acesso ao Sumário

CTN, que define como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor a qualquer título, podendo a autoridade administrativa optar por um ou outro, com vistas a facilitar o procedimento de arrecadação.

Oportuno consignar que vários outros precedentes seguiram-se na mesma trilha, no sentido de ser permitida a concomitância do titular do domínio útil do imóvel e do seu possuidor a qualquer título, quanto à sujeição passiva da relação jurídico-tributária.

Mister conferir especial destaque ao *REsp nº 752.815/SP, relatado pelo Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 27.02.2007, DJ 15.03.2007*, no qual restou patente que a existência de possuidor, apto a ser considerado contribuinte de IPTU, não teria o condão de implicar na exclusão automática do titular do domínio, ou seja, aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis, do polo passivo da obrigação tributária, de modo que o possuidor, na qualidade de compromissário-comprador, pode ser tido como contribuinte do IPTU, em conjunto com o proprietário do imóvel.

Estes entendimentos do C. STJ consolidaram-se, rumando na edição da Súmula 399:

"Cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU (Imposto predial e territorial urbano").

Da isenção tributária.

Com efeito, a agravante celebrou um convênio entre o Município de Barretos e a CDHU (agravante), por autorização da Lei Municipal nº 3.936/2007.

Assim determina o artigo 2° da mencionada Lei Municipal:

Nos termos da Lei Complementar n.º 71, de 27 de setembro de 2006, alterada pela Lei Complementar n.º 74, de 16 de novembro de 2006, ficam isentos de tributos municipais os bens imóveis, móveis e os serviços integrantes do empreendimento que a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU implantar neste Município, até a comercialização do referido Conjunto Habitacional, devendo após a Municipalidade lançar os referidos impostos em face dos mutuários beneficiados.

Observa-se pelos documentos constantes dos autos que a ***Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU*** foi criada mediante prévia autorização da Lei Estadual n° 905/75, com a finalidade de *"promover a ascensão social das famílias urbanas com renda equivalente a até cinco salários mínimos e propiciar, com relação a essas famílias: I – redução gradual, até sua eliminação, do déficit habitacional; II – atendimento da demanda de habitações das novas famílias; III – condições para melhoria e ampliação das habitações já existentes; IV – acesso aos serviços urbanos essenciais; e V – estímulo e fortalecimento da capacidade de organização comunitária.*

Acesso ao Sumário

Assim sendo, a agravante faz jus à isenção tributária prevista no artigo 2°, da Lei Municipal n° 3.936/2007, que dispõe:

"Nos termos da Lei Complementar n.º 71, de 27 de setembro de 2006, alterada pela Lei Complementar n.º 74, de 16 de novembro de 2006, ***ficam isentos de tributos municipais*** *os bens imóveis, móveis e os serviços integrantes do empreendimento que a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU implantar neste Município, ...*

É de se concluir, portanto, que não resta dúvida quanto ao preenchimento dos requisitos autorizadores da isenção tributária.

Nesse sentido é o entendimento desta E. 18° Câmara de Direito Público:

"Tributário – IPTU – Exercício de 2006 a 2008 – Execução Fiscal – Embargos julgados procedentes – Pretensão à reforma – Impossibilidade – Isenção de IPTU prevista em lei municipal para imóveis pertencentes à CDHU, destinados à execução de projetos de casas populares – Satisfação dos requisitos legais – Recurso não provido – **Apelação n° 0002855-22.2012.8.26.0554, Rel. Des. Mourão neto, j. 26.09.2013.**

Exceção de preexecutividade acolhida. Execução fiscal extinta. Isenção. IPTU dos exercícios de 2004 e 2005. Benefício fiscal concedido pela Municipalidade à apelada condição de proprietária do imóvel gerador da dívida e a destinação do imóvel à construção de casas populares. Manutenção da sentença. Ratificação de seus fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Nega-se provimento ao recurso. **Apelação nº 0000011-48.2007.8.26.0272 - BEATRIZ BRAGA Relatora.**

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006 p.240).

Finalmente, consoante a inteligência do comando inserto no **§ 8º, do artigo 85, do Código de Processo Civil de 2015**, e levando em consideração o trabalho adicional desenvolvido pelo patrono do agravado em segundo grau, arbitro o valor da verba honorária em R$ 500,00.

Ante o exposto, DÁ-SE parcial provimento ao agravo para acolher parcialmente a exceção de preexecutividade, reconhecendo a condição de isenta

Acesso ao Sumário

da agravante.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2054296-11.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, é agravada KARLA HONORATA BUCCI RIBAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.203)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDUARDO GOUVÊA (Presidente), MAGALHÃES COELHO, SIDNEY ROMANO DOS REIS, REINALDO MILUZZI, MARIA OLÍVIA ALVES e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 2 de maio de 2018.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. Interposição contra decisão monocrática que indeferiu a inicial de ação rescisória. A situação jurídica narrada não se subsume ao disposto no artigo 966 do Código de Processo Civil, pois o acórdão rescindendo não violou manifestamente norma jurídica, nem impediu a admissibilidade dos recursos cabíveis. Pretensão à retratação ou submissão do recurso ao colegiado. Decisão confirmada. Recurso denegado.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo interno tirado da decisão monocrática terminativa que indeferiu a inicial de ação rescisória no entendimento de que *Como medida grave, excepcional, somente é admitida quando demonstrada manifesta violação da lei, não constituindo sucedâneo de recurso. Igualmente não constitui instrumento*

voltado a corrigir eventual injustiça da decisão e nem se presta à abertura de nova instância recursal com prazo de interposição de dois anos. Pugna pelo seu provimento para o fim de reformar-se a decisão agravada no sentido de receber a petição inicial, deferindo-lhe o efeito suspensivo.

É o relatório.

1. Assim dispus na decisão agravada:

A petição inicial não reúne condições de prosseguimento, ante a manifesta ausência do interesse de agir, traduzido na completa falta de utilidade da ação ante o propósito colimado.

A uma, porque pretende rescindir acórdão proferido um ano antes da decisão tomada pelo C. Órgão Especial.

Com efeito, a Apelação nº 1028286-83.2015.8.26.0506 foi julgada em 5 de setembro de 2016 (f. 79), cuja decisão transitou em julgado em 31 de outubro de 2016 (f. 90), estando em andamento o cumprimento da sentença.

Conquanto tenha sido atribuído efeito *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade, proferido o acórdão em 13 de setembro de 2017, por votação unânime, tal retroação não se revela apta a desconstituir, de *per si*, a autoridade da coisa julgada.

Nesse sentido, já se pronunciou a Suprema Corte:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO - COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL - INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA - EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS - VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA *RES JUDICATA* - *TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT* - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia **ex tunc** - como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização

Acesso ao Sumário

concentrada (RTJ 87/758 - RTJ 164/506-509 - RTJ 201/765) -, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, *in abstracto*, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito[1].

A duas, porque ao lado do efeito *ex tunc*, o acórdão proferido na ADI ressalvou a expressão "sem devolução dos valores".

Observo que a impugnação ao cumprimento do julgado foi acolhida por decisão proferida em 10.4.2017, expedido o Requisitório de Pequeno Valor em 6 de setembro.

Exatamente por esta razão não se vislumbra a presença do interesse de agir, patente a falta de utilidade da ação ante o propósito colimado e a determinação constante do acórdão proferido na ADI.

A situação jurídica narrada não se subsume ao disposto no artigo 966, do Código de Processo Civil, pois o acórdão rescindendo não violou manifestamente norma jurídica, nem impediu a admissibilidade dos recursos cabíveis.

Como medida grave, excepcional, somente é admitida quando demonstrada manifesta violação da lei, não constituindo sucedâneo de recurso. Igualmente não constitui instrumento voltado a corrigir eventual injustiça da decisão e nem se presta à abertura de nova instância recursal com prazo de interposição de dois anos.

Assim, não remanesce dúvida que o autor é carecedor de ação, por falta de interesse de agir, sendo prescindível, pois, a intimação da contraparte, nos termos do artigo 10, do Código de Processo Civil.

Posto isso, indefiro a inicial, extinguindo o processo sem julgamento de mérito, com fundamento no artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil.

2. As razões deste recurso não apontam ocorrência de *error in judicando*. Limitam-se, em realidade, a clamar pela retratação ou por pronunciamento colegiado. No entanto, como objetei, *A situação jurídica narrada não se subsume ao disposto no artigo 966, do Código de Processo Civil, pois o acórdão rescindendo não violou manifestamente norma jurídica, nem impediu a admissibilidade dos recursos cabíveis.* Ante isso, nada há a agregar aos fundamentos adrede expendidos.

3. Ratifico a decisão vergastada, de modo a denegá-lo.

Acesso ao Sumário

1 RE 592912, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 22.11.2009.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000314-76.2017.8.26.0601, da Comarca de Socorro, em que é apelante COMERCIAL DE ALIMENTOS TALISMÃ LTDA., é apelado CETESB - COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.527)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente), LUIS FERNANDO NISHI e MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 10 de abril de 2018.

PAULO ALCIDES, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. Vazamento de gás (amônia). Presunção de legalidade e legitimidade do auto de infração não infirmada pela prova coligida. Infração ambiental devidamente caracterizada. Incabível substituição da penalidade por advertência. Sanção corretamente aplicada diante da conduta, classificada como gravíssima, pois causou danos ambientais e aos próprios funcionários da apelante, que necessitaram de socorro médico, além do que não possuía a empresa as licenças necessárias para a operação do produto no local.

RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

A **COMERCIAL DE ALIMENTOS TALISMÃ LTDA**. apela da r. sentença (fls. 115/118), que julgou improcedente o pedido da ação anulatória de auto de infração movida contra a **CETESB - COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**.

Sustenta, em síntese, que se trata de empresa idônea, com cerca de

Acesso ao Sumário

80 colaboradores, que jamais agiu com dolo e que embora tenha ocorrido o vazamento de amônia, este foi pequeno, rapidamente contido e não houve maiores consequências, seja para o funcionário que resolveu o problema, bem como para os demais que estavam no local ou os vizinhos do estabelecimento. Assim, não concorda com a multa imposta, a qual considera excessiva e desproporcional. Além disso, reputa nulo o auto de infração, que não comprovou a existência de nexo de causalidade entre o suposto dano ambiental e a conduta do agente; e pretende a substituição da multa gravíssima por "advertência" ou, no mínimo, sua redução (fls. 122/131).

Contrarrazões (fls. 136/143).

É o relatório.

Consta que a apelante foi autuada pela Companhia Ambiental do Estado de São Paulo - CETESB (auto de infração nº 65000528) porque, no dia 13/10/2015, por volta das 07h40, houve vazamento de gás amônia nas suas instalações, causando incômodo e eminente risco à saúde dos funcionários (fl. 26).

O Decreto Estadual nº 8.468/76, regulamento da Lei Estadual nº 997/76, prevê:

"Art. 3º - Considera-se poluente toda e qualquer forma de matéria ou energia lançada ou liberada nas águas, no ar ou no solo:

(...) V - que, independentemente, de estarem enquadrados nos incisos anteriores, tornem ou possam tornar as águas, o ar ou o solo impróprios, nocivos ou ofensivos à saúde; inconvenientes ao bem estar público; danosos aos materiais, à fauna e à flora prejudiciais à segurança, ao uso e gozo da propriedade, bem como às atividades normais da comunidade".

No mesmo sentido, o artigo 2º da Lei Estadual nº 997/76:

"Art. 2º - Considera-se poluição do meio-ambiente a presença, o lançamento ou a liberação, nas águas, no ar ou no solo, de toda e qualquer forma de matéria ou energia, com intensidade, em quantidade, de concentração ou com características em desacordo com as que forem estabelecidas em decorrência desta Lei, ou que tornem ou possam tornar as águas, o ar ou solo:

I - impróprios, nocivos ou ofensivos à saúde;

I - inconvenientes ao bem estar público;

III - danosos aos materiais, à fauna e à flora:

IV - prejudiciais à segurança, ao uso e gozo da propriedade e as atividades normais da comunidade."

Por sua vez, a Lei nº 6.938/81, que trata sobre a política nacional do meio ambiente, dispõe:

Acesso ao Sumário

"Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

(...)

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; (...)"

Ora, a simples emissão de gases tóxicos no ar, por si só, já provoca dano ambiental independentemente de comprovação.

Como bem observou o d. Magistrado *a quo*: *"A infração administrativa ambiental não exige sempre a ocorrência de dano ambiental, porque vigora, no direito ambiental, o princípio da prevenção: as normas ambientais antecipam comportamentos lesivos ao meio ambiente para evitar a efetiva ocorrência de danos, logo, pune- se o descumprimento dessas regras pelo simples fato de causarem risco de dano ambiental. Nesta linha, o caput do art. 70 da Lei n. 9.605/1998 dispõe que considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. Em outras palavras, a simples violação ao regime jurídico ambiental desencadeia a responsabilidade administrativa, mesmo sem o efetivo dano ambiental."*

Portanto, dano ambiental houve, sendo devida a penalidade imposta.

Quanto ao valor da multa ou a possiblidade de sua substituição, conforme o art. 83 – *"A penalidade de advertência será aplicada quando se tratar de primeira infração de natureza leve ou grave, devendo, na mesma oportunidade, quando for o caso, fixar-se prazo para que sejam sanadas as irregularidades apontadas."*

Todavia, a conduta atribuída à ré tem natureza gravíssima.

O art. 81 do Decreto Estadual nº 8468/76 trazia esta classificação:

"Artigo 81 – Para efeito de aplicação das penalidades a que se refere o artigo anterior, as infrações classificam-se em:

I – leves – as esporádicas e que não causem risco ou dano à saúde, à flora, à fauna ou aos materiais, nem provoquem alterações sensíveis no meio ambiente;

II – graves – as que se não enquadrem nas duas outras classificações;

III – gravíssimas – as que causem perigo ou dano à saúde pública, bem como as que infrinjam o disposto no artigo 5.º da Lei n.° 997, de 31 de maio de 1976."

A norma em referência foi alterada pelo Decreto 54.487, de 26/06/09, o qual passou a estabelecer apenas no artigo 80 que:

"Artigo 80 - As infrações às disposições da Lei nº 997, de 31 de maio de 1976, deste Regulamento, bem como das normas, padrões

Acesso ao Sumário

e exigências técnicas dela decorrentes, serão, a critério da CETESB, classificadas em leves, graves e gravíssimas levando-se em conta:

I - a intensidade do dano efetivo ou potencial;

II - as circunstâncias atenuantes ou agravantes;

III - os antecedentes do infrator."

No caso, além de potencialmente ofensiva ao meio ambiente, a conduta colocou em sério risco os próprios funcionários do estabelecimento, existindo notícias de que foi preciso acionar o SAMU porque 19 pessoas haviam passado mal por intoxicação e uma sofreu queimaduras (o empregado que conteve o vazamento) (fl. 88).

Além disso, também atestou o Relatório de Inspeção da CETESB que o local onde ocorreu o problema não possuía as licenças ambientais necessárias da Cetesb, circunstância que também atua como agravante na dosagem da sanção.

Outrossim, é certo que a autora conseguiu conter o vazamento, mas isto não equivale a reparação do dano ambiental, apenas a impedir que o mesmo se perpetuasse.

Adequada, portanto, a classificação da infração em gravíssima, sendo incabível a substituição da multa por advertência.

De se ressaltar, ainda, que a multa foi cominada no patamar mínimo para infrações dessa natureza (5001 UFESP'S – art. 84, III, do Decreto nº 54.487, de 26/06/09), não havendo que se falar, portanto, em ofensa ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

No mais, tendo em vista os critérios traçados no § 11 do artigo 85, elevo em 5% os honorários fixados em Primeiro Grau, considerando, em especial, o trabalho despendido.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000546-21.2011.8.26.0115, da Comarca de Campo Limpo Paulista, em que são apelantes RAFAELA LOPES DE OLIVEIRA (ASSISTIDO(A) POR SUA MÃE) e ELIANA LOPES (ASSISTINDO MENOR(ES)), é apelado MARCO ANTÔNIO CIZOTTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.739)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), VERA ANGRISANI e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 2 de maio de 2018.

CARLOS VON ADAMEK, Relator

Ementa: ERRO MÉDICO – OCORRÊNCIA – CONDUTA DOLOSA DA AUTORA – CULPA CONCORRENTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – Conjunto probatório dos autos que revela situação especialíssima, devendo ser analisada, em razão disso, de forma excepcional – Conforme sindicância do Conselho Regional de Medicina e laudo do IMESC, a autora alterou seu cartão pré-natal, mentiu sobre o exame BHCG, escondeu exames de ultrassom dos médicos pré-natalistas, e recusou a ambulância quando do suposto estado de parto, influenciando de forma significativa para o resultado danoso – Médicos que, com exceção do obstetra, não agiram com a devida diligência, porquanto foram negligentes e imperitos ao não tomarem as devidas cautelas, consoante laudo do IMESC e sindicância julgada pelo CRM, deixando de realizar exames corriqueiros que poderiam facilmente contrariar o suposto estado de gravidez da autora – Responsabilidade por erro médico presente, devendo ser afastada apenas a responsabilização do obstetra, porquanto agiu em estado de urgência, e, como destacado pelo IMESC, não tinha como apurar, naquele momento, se a autora estava de fato grávida – Responsabilidade objetiva da municipalidade, uma vez que comprovada a falha do serviço em razão da negligência e imperícia dos médicos do hospital público, razão pela qual deve se responsabilizar solidariamente com eles, conforme jurisprudência deste Tribunal – Indenização apenas a título de danos morais, fixada na monta de R$ 10.000,00 (dez mil reais), considerados, para tanto, a conduta tendenciosa da autora, a ausência de sequela capaz de prejudicar seus afazeres cotidianos, bem como o fato de a cicatriz não ficar exposta a público, podendo

Acesso ao Sumário

ser coberta por roupas comuns, como blusa ou camisa – Danos materiais não configurados, pois o erro médico em questão não possui correspondência com os gastos realizados pela autora, porquanto ela tinha ciência sobre a inexistência da gravidez – Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 593/599, cujo relatório adoto, que julgou improcedente a ação da autora, com base no art. 487, inc. I, do CPC/15, uma vez que fora comprovado, mediante laudo do IMESC de fl. 506 e sindicância de fls. 562/586, que a autora tentou se beneficiar da própria torpeza, falsificando documentos a fim de comprovar uma gravidez que inexistia, razão pela qual o juízo *a quo* afastou a punição por danos materiais e morais. Diante da sucumbência, condenou a autora a arcar com as custas e despesas processuais, além de fixar honorários advocatícios em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Inconformada com a r. sentença, apela a autora. Em suma, alega que: (i) há responsabilidade inequívoca dos médicos responsáveis pelos exames de pré-natal, visto que afirmaram à autora em que pé estava o seu estado de gestação, e, inclusive, o peso de 2,530 Kg (dois quilos e quinhentos e trinta gramas) do suposto feto (fl. 605/606); (ii) o médico Marco, em inúmeras oportunidades, repisou a gravidez da autora (fl. 607); (iii) não houve adulteração no cartão de gestante por parte da apelante, fato comprovado em perícia de fls. 461/464 (fl. 607); (iv) o acusado Marco foi condenado pelo Conselho Regional de Medicina, devendo referida condenação ser considerada para fins dos danos morais e materiais pleiteados pela apelante (fl. 608); (v) Odilon, responsável pelos exames de ultrassonografia, também deve ser responsabilizado, visto que diagnosticou erradamente a autora (fls. 608/609); (vi) Luiz Paulo possui responsabilidade em razão de haver realizado cirurgia na apelante sem as cautelas de praxe, isto é, realizou cesárea sem analisar o cartão de gestante e sem requerer, também, qualquer outro exame (fl. 609); (vii) o município de Campo Limpo Paulista também deve ser responsabilizado, porquanto impera sobre a municipalidade as regras atinentes à responsabilidade objetiva (fl. 610); (viii) a autora não falsificou os documentos para simular uma gestação (fl. 611).

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo, pois interposto no dia 01/11/2017 (data do protocolo – lateral da fl. 603), tendo a disponibilização da r. sentença se dado em 11/10/2017 (fl. 600), com publicação no primeiro dia útil subsequente, não transcorrendo entre a data do protocolo e a da publicação da decisão o prazo fatal para interposição do recurso de apelação. Ausência de preparo em razão da

gratuidade da justiça (fl. 224).

Oferecimento tempestivo de contrarrazões (fls. 618/622). Em suma, requer a manutenção da r. sentença, pois, em seus próprios termos, *"em todas as consultas que a apelante passou com o apelado alegava que tinha esquecido os exames, além do mais falsificou o cartão de pré-natal levando os médicos que a atenderam em erro"* (fl. 620). Repisou que o laudo do IMESC de fl. 506 atestou que as informações transcritas no cartão de pré-natal são de autoria da apelante, e não dos médicos. Por fim, aduz que qualquer indenização implicaria premiar a apelante à custa de sua própria torpeza, sendo referida situação vedada no ordenamento jurídico braseiro, porquanto não se permite o enriquecimento ilícito (fls. 621/622).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

Em perícia técnica do IMESC (fls. 502/508), constatou-se que a apelante, de fato, sofria de pseudociese (falsa gravidez), de modo que ficou acometida pelo estado de gravidez psicológica. Ocorre que o laudo também apontou os seguintes fatos:

> *"**Não observamos nos autos documentos comprobatórios de que apresentasse uma gestação durante o pré-natal**. Os exames laboratoriais e de imagem (ultrassom) não estão compatíveis com gestação. **Já a ficha de acompanhamento das consultas de pré-natal com apenas exame físico, não tem carimbo ou assinatura médica**. **Já no dia internação, a periciada presentou-se com sangramento e batimentos fetais ausentes. Seu abdome era de difícil avaliação clínica pela obesidade**. Lembramos que a hipótese diagnostica de DPP (Deslocamento Prematuro da Placenta) caracteriza- se pela 'separação da placenta normalmente inserida (corpo uterino) antes da expulsão do feto em gestação de 20 ou mais semanas completas. Sendo que seu diagnóstico é basicamente clínico, podendo se basear na ultrassonografia ou no exame de cardiotcografia' Zugaib e cols., 2008. **Portanto, na ausência de exame de ultrassom e cardiotcografia, imperava a dúvida diagnóstica e a vida da autora estaria em risco caso fosse DPP, e deveria ser operada na urgência. Não podemos caracterizar a conduta de cesárea como erro médico, uma vez que o hospital não dispunha de exames diagnósticos de imediato na internação. Diante do exposto conclui-se que: a autora apresentou um quadro de pseudociese não apresentando documentos comprobatórios de má assistência médica.***

Indo além, no processo ético-profissional n 10.122-022/2012 (fls. 562/582), instaurado por denúncia da própria apelante (Rafaela Lopes de Oliveira), figurando, como denunciados, os médicos Marco Antonio Cizotto, Andrea Regina de Almeida Silva e Luiz Paulo Lomônaco Ferreira da Silva,

Acesso ao Sumário

o Conselho Regional de Medicina, valendo-se de sua função fiscalizatória do desempenho da atividade médica, sancionou os denunciados da seguinte maneira (fls. 569 e 573/574):

> *"[...] a paciente contribuiu para manutenção de um falso diagnóstico de gravidez, na medida em que alterou os resultados dos exames no cartão de pré-natal, negando- se a apresentar os laudos ultrassonográficos aos médicos pré-natalistas. [...] Analisando os autos, fiquei em dúvida se tratava de pseudociese ou de farsa por parte da paciente e não tive dúvida que os médicos não atenderam a paciente seguindo as normas de um bom atendimento obstétrico e não realizaram anamnese, exame físico geral e obstétrico, não viram os exames subsidiários solicitados para certificar a saúde do binômio materno fetal como recomendado no atendimento Pré-Natal. Rafaela mentiu que os exames de BHCG estavam positivos, escondeu os exames de imagem que demonstravam que não estava grávida e ignorou o aconselhamento de procurar o ginecologista antes de engravidar novamente após internação hospitalar em 08/03/2010 pela Dra. Rosana. Rasurou o cartão de pré-natal e seguiu procurando os atendimentos para "Pré-Natal" até 09/06/2010. Os denunciados anotaram os cuidados com um feto que não existia. Não se sabem os motivos, pois a mente humana é muito complexa, a paciente Rafaela recusou a ambulância e procurou o hospital para o "parto", sem levar consigo o encaminhamento do Dr. Raul referindo ausência de foco e aceitou ser submetida a "cesariana", questionando posteriormente não haver o feto. Para esta relatora como obstetra, não há dúvida que os médicos denunciados foram negligentes, não examinaram Rafaela, e imperitos, pois foram infantilmente enganados pela paciente já que nos dias atuais com tantos recursos tecnológicos é inadmissível não fazer diagnóstico diferencial do Batimento Cardíaco Fetal de uma taquicardia materna, bastando apenas conferir o pulso".*

Dadas as circunstâncias especialíssimas deste caso concreto, a r. sentença deve ser parcialmente reformada, pois, não obstante haja comprovação pericial de alterações feitas pela autora no cartão de pré-natal (e de tantas outras tentativas de induzir os médicos a erro), os médicos foram punidos administrativamente pelo Conselho Regional de Medicina em razão da negligência e imperícia.

Acesso ao Sumário

Conforme consta no Código de Ética Médica, positivado pela Resolução CFM 1.931/09, DOU de 24 de setembro de 2009, é vedado ao médico causar dano ao paciente em razão de negligência, imprudência ou imperícia, ficando referida proibição caracterizada como responsabilidade funcional do médico. Assim, dispõe o art. 1º dessa resolução:

> *"Capítulo III. Responsabilidade profissional. É vedado ao médico: art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida*

Nesse sentido, para configurar a responsabilidade profissional do médico, faz-se mister a sua apuração no caso concreto, porquanto não pode ser presumida, uma vez que os serviços prestados pelos profissionais da saúde em questão possuem natureza jurídica de obrigação de meio, e não de fim.

Isto é: o mero dano suportado pelo indivíduo durante cirurgia ou tratamento não enseja, de pronto, a responsabilidade profissional do médico que o atendeu. Isso porque o médico tem o dever de atender seus pacientes da melhor forma possível, com as devidas cautelas, atentando-se à situação do paciente para tomar as melhores decisões, não recaindo sobre ele o *munus* de garantir o resultado em si, mas sim o de agir com a devida diligência e responsabilidade. Nesse sentido, jurisprudência deste Tribunal:

> *"Erro médico. Hospital da rede pública de saúde. Danos morais e materiais. Petição inicial que não descreve no que consistiu a falha do médico.* ***Atividade-meio na qual o profissional não se obriga a curar, mas a aplicar toda a diligência na cura****. Perícia que concluiu pela inexistência de erro no procedimento médico. Culpa do serviço ou falta de serviço não comprovada nos autos.* ***Negligência, imprudência ou imperícia por parte do médico não demonstrada.*** *Pedido improcedente. Sentença mantida"* (**TJSP, Apelação 0001191-32.2004.8.26.0587, Rel. Des. DÉCIO NOTARANGELI, 9ª Câmara de Direito Público, j. em 04/02/2015).**

Ocorre que o conjunto probatório dos autos é bastante para configurar a negligência e imperícia dos apelados, ficando patente a existência de erro médico nesse ponto, porquanto deixaram de tomar cautelas básicas e simples para evitar o evento danoso, como bem anotado pelo laudo do IMESC e pela sindicância julgada pelo CRM.

A única ressalva que se faz no caso em análise versa sobre o médico obstetra, o qual realizou a cesárea em um momento de urgência, sem condições de aferir, naquele instante, se a paciente estava, ou não, grávida, até porque, como destacado pela sindicância, a autora encontrava-se sob os efeitos da gravidez psicológica.

Assim, consoante laudo do IMESC, ao médico que realizou a cesárea, não pode ser atribuída a responsabilização por erro médico, uma vez que não tinha condições de confirmar o estado de gravidez da autora diante do suposto parto iminente e adulteração do cartão de pré-natal da paciente, tendo agido corretamente dentro da melhor técnica médica diante do quadro de urgência que lhe foi apresentado (fl. 502/508):

> *"Portanto, na ausência de exame de ultrassom e cardiotcografia, imperava a dúvida diagnóstica e a vida da autora estaria em risco caso fosse DPP, e deveria ser operada na urgência. Não podemos caracterizar a conduta de cesárea como erro médico, uma vez que o hospital não dispunha de exames diagnósticos de imediato na internação"*

Acesso ao Sumário

Quanto aos demais médicos, a responsabilidade profissional resta configurada, porquanto atestadas a negligência e imperícia deles, afrontando o código de ética de medicina (art. 1º), ficando o dever de indenizar, contudo, mitigado em razão da culpa concorrente da autora, uma vez que também foram verificadas condutas por ela praticadas, mascarando a suposta gravidez, ao esconder exames de ultrassom, rasurar o cartão de pré-natal, mentir sobre o exame BHCG, dentre tantas outras atitudes verificadas no laudo do IMESC e durante o julgamento da sindicância no CRM.

Afasto, nessa conformidade, a pretendida compensação de culpas aplicada pelo juízo *a quo*, uma vez que a negligência e imperícia dos médicos configura verdadeiro dano de responsabilidade profissional, servindo a conduta da autora tão só para mitigar a fixação da indenização.

No concernente à responsabilização da municipalidade, impende destacar que sua responsabilidade é objetiva, devendo a autora tão somente demonstrar o nexo de causalidade entre a ação e o dano sofrido. E, de fato, resta configurado o nexo causal entre a negligência dos médicos do hospital municipal e os danos oriundos dessa falta de diligência, surgindo, então, o dever de indenizar, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. HOSPITAL PRIVADO CONVENIADO AO SUS. RESPONSABILIDADE MUNICIPAL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM [...] O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ, firmada no sentido de que* ***o município possui legitimidade passiva nas ações de indenização por falha em atendimento médico ocorrida em hospital privado credenciado ao SUS****, sendo a* ***responsabilidade****, nesses casos,* ***solidária****"* **(STJ, REsp 1.702.234/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, j. em 16/11/2017)***;*
>
> *"Erro médico – Preliminar de ilegitimidade passiva do Município afastada – Contrato de gestão firmado com a Santa Casa que não isenta de responsabilidade a Municipalidade pela boa prestação do serviço público de saúde – Alegação de mau atendimento médico, sem o devido cuidado com a limpeza do ferimento – Grande corpo estranho encontrado após meses do primeiro atendimento e outro após anos – Fatos comprovados – Dever de indenizar configurado – Tamanho do corpo estranho e tempo transcorrido desde o primeiro atendimento médico que devem ser considerados – Juiz que não está adstrito ao laudo pericial (judex peritus peritorum) –* ***Responsabilidade subjetiva do médico responsável verificada e, por consequência, configuração da responsabilidade da Santa Casa – Responsabilidade objetiva do Município*** *– Danos estéticos e morais configurados – Minoração do quantum fixado a título de danos morais – Reforma parcial da r. sentença – Recursos parcialmente*

Acesso ao Sumário

providos. APLICABILIDADE DA LEI 11.960/09 LEI n. 11.960/09 – Cabimento – Julgamento do incidente instaurado na Repercussão Geral n. 810/STF que ainda não foi publicado – Necessidade de definição a respeito da data a partir da qual será aplicado o referido índice – Diante desta situação, a Lei n.º 11.960/09 deverá ser observada até a publicação e eventual modulação dos efeitos do v. acórdão proferido pela Colenda Corte Superior" **(TJSP, Apelação 0004372-81.2005.8.26.0045, Rel. Des. SILVIA MEIRELLES, 6ª Câmara de Direito Público, j. em 04/12/2017);**

"Médico que se limitou a seguir conselho de pessoa, cuja formação profissional desconhecia – Antídoto que poderia ser obtido junto ao hospital de Americana, Município vizinho – ***Negligência e imperícia demonstradas – Responsabilidade objetiva do Município Aplicação do artigo 37, §6º, da Constituição Federal*** *– Direito de regresso contra o servidor causador do dano assegurado"* **(TJSP, Apelação 0002582-19.2006.8.26.0533, Rel. Des. MARIA OLÍVIA ALVES, 6ª Câmara de Direito Público, j. em 23/03/2015).**

Nesse sentido, o Município e os médicos, com exceção do obstetra, são responsáveis solidários no caso em análise, e devem indenizar a autora a título de danos morais.

Os danos materiais, em que pesem os argumentos da apelante, não incidem no presente caso, porquanto os gastos despendidos pela autora (como enxoval de bebe) não possuem correlação com o erro médico aqui examinado, visto que a autora tinha ciência de que não estava grávida (escondeu exames de ultrassom, rasurou o cartão de pré-natal, dentre outras ações constatadas na sindicância do CRM e no laudo do IMESC).

Por se tratar de culpa concorrente, o montante indenizável deve levar em consideração a parcela de culpa de cada um. Nessa perspectiva, considerando que a autora agiu de forma dolosa, alterando seu cartão de pré-natal, omitindo exames de ultrassom e o resultado correto do exame BHCG, mostra-se adequada a fixação de danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais), uma vez que: (i) não houve sequela capaz de prejudicar os afazeres cotidianos de sua vida; (ii) a cicatriz da cirurgia não fica à evidência do público, porquanto passível de ser coberta por blusas e camisas; e (iii) a autora concorreu significativamente para o resultado do dano.

Como termos iniciais dos índices de atualização dos valores devidos a título de danos morais, a correção monetária incidirá a partir do arbitramento do *quantum* devido[1], enquanto os juros de mora se contarão a partir do evento danoso[2].

Para tanto, a atualização desse montante deve seguir a lógica do Tema

1 Súmula 326 do STF: A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

2 Súmula 54 do STJ: os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

nº 810 do STF, aplicando-se a Lei 11.960/09 até 25/03/2015, e, após essa data, os juros da mora continuam a seguir o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, passando a correção monetária a obedecer ao IPCA-E:

> *"Comprovado o nexo de causalidade surge, 'in re ipsa', o dever de indenizar – Danos materiais não comprovados, contudo – Devida apenas indenização pelo dano moral experimentado – Recurso provido para tal finalidade. Juros e correção monetária nos termos do art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com redação determinada pela Lei n.º 11.960/09, observadas as determinações do C. Supremo Tribunal Federal. Consectários legais – Juros e correção monetária – Termo inicial Na responsabilidade extrapatrimonial (moral), o 'dies a quo' da correção monetária deve ser fixado a partir do arbitramento, consoante o disposto na Súmula n.º 362 do C. Superior Tribunal de Justiça – Juros moratórios a partir do evento danoso, nos termos da Súmula n.º 54, também do C. Superior Tribunal de Justiça. Sentença parcialmente reformada Recurso parcialmente provido"* **(TJSP, Ap nº 0000325-46.2014.8.26.0434, rel. Des. RENATO DELBIANCO, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 08.11.2017);**
>
> *"RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – Falecimento de filha menor – Falha na prestação do serviço médico – Concessão de alta hospitalar à paciente diagnosticada com "CID 10 N 20" (calculose renal) – Óbito, no mesmo dia da liberação, em virtude de "pneumonia lobar" – Prova pericial corroborando a existência de erro médico – Nexo causal evidenciado Inteligência do artigo 373, I, do NCPC. DANO MORAL – Ocorrência – Prejuízo que foge à seara de mero aborrecimento cotidiano. Utilização de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, que impõem a redução do valor da indenização fixada – Termo inicial da correção monetária a partir do arbitramento (Súmula nº 362/STJ) e dos juros moratórios, da data do evento danoso (Súmula nº 54/STJ)"* **(TJSP, Ap nº 0032981-69.2013.8.26.0053, rel. Des. SPOLADORE DOMINGUEZ, 13ª Câmara de Direito Público, julgado em 21.03.2018).**

Diante da sucumbência recíproca do processo, fixo honorários recursais em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para o advogado da autora, mantendo a verba honorária fixada a favor da parte adversa pelo V. Juízo *a quo*, observadas as diretrizes do art. 85, §11, do CPC/15 e a gratuidade de justiça.

Por derradeiro, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional invocada, observando o pacífico entendimento do Colendo STJ de que "*é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida"*. Além disso, esclareço também que eventuais recursos de *"embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal*" **(STJ, EDcl no RMS nº 18205/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 18.04.2006).**

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005618-85.2015.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante/apelado SAMAR SOLUÇÕES AMBIENTAIS ARAÇATUBA S.A., é apelado/apelante VANDERLEI AGOSTINHO COSTA.

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 da SAMAR e deram parcial provimento ao recurso adesivo do autor. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.367)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e MOACIR PERES.

São Paulo, 2 de maio de 2018.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Responsabilidade civil – Vazamento em tubulação que causou infiltração e danos na residência do autor – Sentença de procedência – Falha no serviço público demonstrada nos autos por meio de prova pericial – Ausência de culpa concorrente – Existência de dano material e moral sofrido pela autora – Caso em que os transtornos sofridos não podem ser considerados mero dissabor – Condenação em dano moral ora fixado em R$10.000,00, mantida – Majoração dos honorários advocatícios para R$ 4.000,00.

Recurso da SAMAR improvido.

Recurso do autor parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por SAMAR – Soluções Ambientais Araçatuba S/A (fls. 445/452) e recurso adesivo interposto por Vanderlei Agostinho Costa (fls. 459/466) contra a r. sentença de fls. 438/440, proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Araçatuba que julgou

procedente a demanda ajuizada, visando o ressarcimento por danos materiais e morais sofridos pelo autor em razão de vazamento de água da ligação de água potável localizada na calçada para a entrada do cavalete do imóvel, causando infiltração e danos em imóvel do autor.

O D. Magistrado sentenciante condenou: A) a requerida a executar os serviços no imóvel do autor elencados no item 5.6 de fl. 358. A ré deve iniciar a execução no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado da presente decisão. Caso assim não atue, poderá o requerente contratar pessoa/empresa para a realização dos serviços, em valor a ser reembolsado pela requerida nos próprios autos, acrescido de multa de 50% (cinquenta por cento). B) Condenar a requerida no valor de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), a título de danos materiais, numerário sobre o qual deve incidir correção monetária pela tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça e juros de mora de 1% ao mês, ambos a partir do desembolso; C) Condenar a requerida, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, montante sobre o qual deve incidir correção monetária pela tabela prática do Egrégio Tribunal de Justiça a partir da presente data, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde julho de 2014 (data do evento danoso). Sucumbente, condenou a requerida nas custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), na forma do artigo 85 do Código de Processo Civil.

Em síntese, alega a ré não haver provas suficientes de que os danos ocorridos no imóvel se deram por culpa da ré. Aduz que houve cerceamento de defesa e argui pela redução do montante indenizatório fixado na r. sentença (fls. 445/452).

O autor interpôs recurso adesivo no qual pugna pela reforma parcial da r. sentença sob alegação de que os danos morais e os honorários advocatícios devem ser majorados (fls. 467/475).

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 459/466 e 459/466.

É o relatório.

De rigor a reforma parcial da r. sentença.

Conforme se verifica nos autos, em julho de 2014 houve um vazamento na tubulação da rede pública, nas proximidades da ligação de água potável localizada na calçada para a entrada do cavalete do imóvel de Vanderlei Agostinho Costa, o que causou infiltrações e danos, tais como trincas e rachaduras, conforme se verifica nas fotos acostadas aos autos (fls. 25/30).

Apesar das arguições da ré de que os danos foram causados por ausência de fundação adequada para o solo de Araçatuba, não há dúvidas quanto à existência de prejuízo material ao autor, causado pela conduta da ré, de modo que perfeitamente demonstrado o nexo causal existente entre a conduta da ré e as avarias no imóvel.

O laudo técnico (fls. 345/362) e esclarecimentos (fls. 404/408) juntados aos autos e pormenorizam os danos e não deixam margem de dúvida de que os danos foram originados em função do vazamento ocorrido no local.

Portanto, não há que se falar em culpa concorrente, visto que inegável que a culpa pelos danos são atribuíveis exclusivamente à ré.

Quanto aos pedidos de majoração/minoração do valor da condenação a título de danos morais, melhor sorte não assistem os apelantes.

O autor suportou os danos em seu imóvel por causa da infiltração de água na rede pública, sendo certo que após tentativa de reparos, houve avarias no imóvel, que ainda não foram sanadas.

Assim, de rigor a condenação em danos morais.

Não obstante, entendo que o valor fixado em R$ 10.000,00 é razoável ao transtorno sofrido pela parte autora. O *quantum* arbitrado cumpre o objetivo de desestimular a ré na prática de atos congêneres sem, contudo, causar enriquecimento indevido à vítima, de modo que não se faz razoável elevar ou reduzir o valor da indenização.

No mesmo sentido:

"APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL – Ação objetivando a reparação dos danos materiais e morais suportados em razão do rompimento de tubulação da rede de água na calçada, de responsabilidade da SABESP, em frente à residência dos autores – Responsabilidade caracterizada – Configuração do dever de indenizar – Responsabilidade objetiva – Art. 37, §6º, da Constituição Federal – Reparação por danos materiais indevida – Não comprovação dos prejuízos experimentados – Indenização à título de danos morais, por outro lado, arbitrada em R$ 10.000,00 – Sentença reformada para se declarar a procedência parcial do pedido – Sucumbência recíproca – Recurso parcialmente provido." (TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Apelação n. 9050583-21.2009.8.26.0000, Relator Desembargador Rubens Rihl, j.23.5.2012).

O pedido de majoração dos honorários advocatícios deve ser acolhido. Assim, reformo parcialmente a r. sentença e fixo os honorários advocatícios em R$ 4.000,00, valor este condizente com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e em consonância com o disposto no artigo 85, §1º do CPC.

Por fim, considerando que a sentença foi proferida na vigência do Novo Código de Processo Civil e em razão do trabalho adicional realizado em sede recursal e da sucumbência mínima da parte autora, deverá ser acrescido R$ 1.000,00, nos termos do artigo 85, §11 do CPC.

Ante o exposto**, nega-se provimento** ao recurso da SAMAR e **dá-se parcial provimento** ao recurso adesivo do autor.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009416-68.2014.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE BAURU, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.568)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) e CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 2 de maio de 2018.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Ação Civil Pública – Município de Bauru – Casa de shows de grande porte instalada em rodovia vicinal, sem elaboração de estudo de impacto de vizinhança, que vem causando grandes transtornos ao trânsito local – Ação julgada procedente para determinar a interrupção das atividades até a regularização – Condenação dos réus ao pagamento de honorários advocatícios – Impossibilidade – Inteligência do artigo 18 da Lei 7.347/85 – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face do MUNICÍPIO DE BAURU e de E.A.R. BRUMATTI BAR LTDA. Alegando que o último réu, proprietário da casa de shows Rastro do Cowboy, estaria provocando inúmeros transtornos na região, sobretudo no que atine ao tráfego de veículos, com aumento na quantidade de acidentes. Afirma que o estabelecimento não conta com estudo de impacto de vizinhança, estudo de impacto ambiental (embora localizado em APA). Requereu a procedência dos pedidos consistentes na anulação das aprovações, licenças e alvarás relacionados ao estabelecimento com a interrupção das atividades da casa de shows até a aprovação do estudo de impacto de vizinhança.

A ação foi julgada procedente, condenados os réus ao pagamento das

custas e despesas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa (fls. 658/665).

Os embargos de declaração opostos pelo Município de Bauru foram rejeitados (fls. 675).

Apela o Município, pretendendo a reforma do julgado para o fim de afastar a condenação no pagamento da verba honorária (fls. 677/682). O recurso foi processado e contrariado, tendo o Ministério Público concordado com pedido recursal (fls. 687/691).

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento (fls. 696/706).

Não houve oposição ao julgamento virtual no prazo estabelecido pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial.

É o relatório.

O recurso do Município de Bauru comporta provimento.

O artigo 18 da Lei 7.347/85, estabelece que:

Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

Igualmente, o artigo 87 da Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, dispõe que:

Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Os dispositivos transcritos são bastante claros ao estabelecer que os legitimados à propositura da ação civil pública estão isentos do pagamento de verbas sucumbenciais, em caso de improcedência. A doutrina identifica tais normas como reveladoras da intenção do legislador de evitar que eventual risco de condenação nos ônus da sucumbência se torne fator de desestímulo à iniciativa do ajuizamento de ações em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

De igual forma, em atenção ao princípio da isonomia, a Jurisprudência se alinha pelo descabimento da condenação do réu vencido em ação civil pública ao pagamento de honorários, como bem ponderam os representantes do Ministério Público que oficiaram neste feito.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA

Acesso ao Sumário

SIMETRIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 23/05/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73. II. Trata-se de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de Florentino Manoel Lopes, com o objetivo de obter a declaração de nulidade da ocupação de imóvel situado em terreno de marinha, na praia de Cumbuco/CE, com a consequente remoção da parte ré do imóvel e a reparação pelo dano ambiental causado. A ação foi julgada parcialmente procedente, sem condenação do réu em honorários de advogado, em face da jurisprudência do STJ. III. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência atual e dominante das Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte, no sentido de que, "em favor da simetria, a previsão do art. 18 da Lei 7.347/1985 deve ser interpretada também em favor do requerido em ação civil pública. Assim, a impossibilidade de condenação do Ministério Público ou da União em honorários advocatícios - salvo comprovada má-fé - impede serem beneficiados quando vencedores na ação civil pública" (STJ, AgInt no AREsp 996.192/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 30/08/2017). No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.531.504/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/09/2016; AgInt no REsp 1.127.319/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/08/2017; AgInt no REsp 1.435.350/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/08/2016; REsp 1.374.541/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 16/08/2017. IV. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1531578/CE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 24/11/2017).

APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ESTRADA VICINAL EM PÉSSIMAS CONDIÇÕES DE CONSERVAÇÃO – Pretensão inicial do Município de Capão Bonito voltada à condenação da empresa requerida ao pagamento de danos materiais no valor de R$ 5.970.045,00 e de danos morais coletivos no montante de R$ 1.000.000,00, a ser revertido ao fundo previsto no art. 13, da Lei Federal 7.347/85 – Improcedência – Cerceamento de defesa inexistente – A prova pericial pretendida pelo apelante em nada acrescentaria para o deslinde da controvérsia estabelecida, vez que impossível de ser realizada com êxito na hipótese dos autos, por se tratar de fatos passados em que as conclusões do expert em pouco ou nada auxiliariam no convencimento juridicamente motivado do magistrado – Embora o dano na estrada seja certo e o resultado notório, por meio da prova pericial não se mostra possível concluir, com um mínimo de certeza necessário, quem seria o autor da ação que gerou o desgaste prematuro da estrada vicinal, vez que se tratava de via de uso comum, utilizada tanto pela empresa requerida como por outras pessoas físicas e jurídicas –

Acesso ao Sumário

Descabimento da condenação da parte vencida em ação civil pública ao pagamento de honorários advocatícios – Inteligência dos artigos 17 e 18, da Lei Federal 7.347/85 – Precedentes do STJ – Sentença de procedência reformada no tocante aos honorários sucumbenciais – Recurso do Município provido em parte (Apelação nº 1001590-58.2016.8.26.0123; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Capão Bonito - 2ª Vara; Data do Julgamento: 18/12/2017; Data de Registro: 08/01/2018).

Observo que, embora o corréu não tenha interposto recurso de apelação, o desfecho do presente recurso o beneficiará, pois a verba honorária foi arbitrada sem amparo legal e, não bastasse, sem que houvesse pedido nesse sentido na inicial (fls. 41), o que redunda em julgamento *extra petita.*

Impõe-se, portanto, a reforma da r. sentença para afastar a condenação dos réus ao pagamento de honorários advocatícios.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Por estes fundamentos, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000822-21.2005.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante MARIA JOSÉ DA CUNHA SOUZA, é apelado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL INSS.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Alteraram o Acórdão anteriormente proferido para dar provimento à apelação e determinaram a devolução dos autos à Presidência da Seção de Direito Público. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.565)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores, CYRO BONILHA, LUIZ DE LORENZI, Presidente e JOÃO NEGRINI FILHO.

São Paulo, 24 de abril de 2018.

CYRO BONILHA, Relator

Ementa: AÇÃO ACIDENTÁRIA – Autos devolvidos à turma julgadora para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, diante de entendimento adotado pelo Supremo Tribunal

Acesso ao Sumário

Federal determinando a incidência dos juros de mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório (Tema nº 96 – repercussão geral) – Acórdão alterado.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 243, que julgou extinta execução acidentária movida por Maria José da Cunha Souza contra o INSS, com base no art. 794, inciso I, do CPC/1973.

O v. acórdão de fls. 295/301, por maioria de votos, negou provimento ao recurso, mantendo a exclusão dos juros de mora entre a conta de liquidação e a inscrição do precatório, desde que respeitado o prazo constitucionalmente previsto para o pagamento.

Interpostos recursos especial e extraordinário, a Presidência da Seção de Direito Público, considerando a orientação contida no julgamento do mérito do RE 579.431/RS (Tema nº 96), DJe de 30/06/2017, no sentido de que incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório, devolveu os autos à turma julgadora para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão, em cumprimento ao art. 543-B, § 3º, do CPC/1973 (comando correspondente ao disposto no art. 1.040, inciso II, do novo CPC).

É o relatório.

Em sede de juízo de retratação, é de ser alterado o julgamento do recurso.

Com efeito, divergindo de alguns integrantes desta Câmara, sempre defendi a tese no sentido de não haver incidência de juros moratórios entre a conta de liquidação e a inscrição do precatório, desde que observado o prazo para pagamento, disciplinado, atualmente, pelo art. 100, § 5º, da Constituição Federal, o que a meu ver não contrariava a orientação consubstanciada na Súmula Vinculante nº 17 do STF.

Acesso ao Sumário

Destacava, a propósito, algumas ementas de julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e também a orientação do Superior Tribunal de Justiça, sedimentada em sede de recurso especial repetitivo (REsp 1.143.677/RS, Corte Especial, rel. Min. Luiz Fux, j. em 02/12/2009, DJe de 04/02/2010).

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal veio a pôr fim ao debate por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.431, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 96), aprovando a tese segundo a qual "incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório".

Assim, nada mais resta a discutir, curvando-me, pois, a essa nova orientação.

Cabe registrar que tal foi o entendimento adotado na declaração de voto vencido do ilustre Desembargador Luiz de Lorenzi.

Ante o exposto, pelo meu voto, altero o julgamento do recurso para dar provimento à apelação. Devolvam-se os autos, oportunamente, à Presidência da Seção de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000272-77.2017.8.26.0067, da Comarca de Borborema, em que é apelante SILVIRLEI DA SILVA BARCELLOS, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE BORBOREMA e Requerido HOSPITAL PSIQUIÁTRICO CAIRBAR SCHUTEL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.126)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 4 de maio de 2018.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Pretensão de reparação moral e material diante de internação supostamente arbitrária em Hospital conveniado com a Administração Pública – Agravamento do quadro psiquiátrico e demissão do emprego – Impossibilidade – Internação se procedeu mediante livre e espontâneo consentimento do autor e sua esposa – Ausência de provas quanto à relação da conduta médica e a piora de seu quadro de saúde mental – Inteligência do art. 373 do Código de Processo Civil – Demissão desvinculada ao episódio aqui debatido – Apelação não provida.

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta por Silvirlei da Silva Barcellos contra r. sentença do digno Juízo da Vara Única da Comarca de Borborema (fls 279/287), que julgou improcedente ação ajuizada em face do Município de Borborema e do Hospital Psiquiátrico Caibar Schutel. Demanda cujo objeto consistia na reparação moral e material diante de internação arbitrária em hospital conveniado com a Municipalidade, vindo a causar agravamento do quadro psiquiátrico do autor e sua demissão do emprego.

Recurso fundado, em síntese, na preliminar de cerceamento de defesa (fls 291/310).

Apelo respondido (fls 316/322 e 323/326).

É o relatório.

1- Não há que se falar em nulidade da sentença.

O sentenciamento no estado da lide é disposição que o legislador previu para determinadas hipóteses em que a dilação probatória se faz desnecessária, seja pela suficiência de tudo que foi acostado aos autos, seja por se tratar de questão unicamente de direito.

E tornou-se argumento oco, de caráter meramente simbólico pela carga valorativa que ostenta, a ideia de cerceamento de defesa, capaz de desfazer anos de andamento processual. Justamente por isso, pelo apanágio que representa, é fundamento que há de ser visto com muita cautela.

Na hipótese sob análise, o feito encontra-se instruído com documentação probatória, o que possibilitou aos interessados a ampla oportunidade de contestar-lhe o teor, exercendo desta forma um contra-ataque efetivo.

2- Ao mérito:

Ação de reparação moral e material proposta por Silvirlei da Silva Barcellos em face do Município de Borborema e do Hospital Psiquiátrico Espírita Caibar Schutel alegando que diante de estresse e depressão por conta do trabalho procurou atendimento em rede pública de saúde e foi posteriormente transferido ao Hospital Psiquiátrico Caibar Schutel onde foi internado sem seu consentimento por quase 2 (dois) dias, vindo a piorar seu quadro psiquiátrico em razão das condições do local e perder seu emprego. Assim, pleiteia a reparação moral no montante de R$200.000,00 (duzentos mil reais) e a reparação material no valor de R$32.400,00 (trinta e dois mil e quatrocentos reais).

Ação julgada improcedente.

A disciplina jurídica do dever estatal de indenizar tem matriz constitucional. É o que dispõe o artigo 37, § 6º, da Carta de 1988: *as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Acesso ao Sumário

Desse modo, um dos pressupostos necessários para a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado *é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa. Se o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à Administração, não se poderá imputar responsabilidade civil a esta; inexistindo o ato administrativo, não haverá, por consequência, o nexo causal.* ***Essa é a razão por que não se pode responsabilizar o Estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos, principalmente quando decorrem de fato de terceiro ou de ação da própria vítima*** (José dos Santos Carvalho Filho - Manual de Direito Administrativo, 23ª edição, página 605, Editora Lumen Juris, 2010).

O cerne da demanda encontra-se na internação desnecessária e sem consentimento do autor que gerou o agravo no seu quadro psiquiátrico e a perda do seu emprego.

Da análise da documentação juntada aos autos verifica-se a completa impossibilidade da procedência do pedido, isso porque é clara a ciência do autor quanto à sua internação, como bem demonstrado no "Termo de Consentimento Livre e Esclarecido Para Internação Psiquiátrica Voluntária nº 1161" (fls 168), assinado não só pelo próprio Silvirlei como pela sua esposa Monaliza, permanecendo sob a condição de internação entre às 15h17min do dia 30/01/2017 (fls 168) e às 11h25min do dia 31/01/2017 (fls 177), ou seja, menos de 24 (vinte e quatro) horas.

Nesse sentido, questiono como pode alegar o autor que não foi notificado se assinou de livre e espontânea vontade um termo permitindo que a equipe médica procedesse com a internação? Portanto, evidenciado aqui as inverídicas alegações presentes na exordial.

No tocante às condições insalubres da Casa Caibar Schutel e o agravamento do seu quadro psiquiátrico, não há indícios ou provas que possam sustentar tal alegação.

É de conhecimento geral o disposto no artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015. E lecionam Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira que *o CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores; a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que se funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 333 CPC).*

[...]

Acesso ao Sumário

O fato constitutivo é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe um suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. E como é o autor que pretende o reconhecimento deste seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento e existência (Curso de Direito Processual Civil, volume 2, 6ª edição, página 80, JusPodivm, 2011).

Isso posto, também não pode prosperar o pedido de indenização por danos materiais, não havendo documento algum ou qualquer outra meio de prova que possa sequer evidenciar, ainda que minimamente, a relação entre conduta médica e sua demissão.

Por meu voto, nego provimento à apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1042480-55.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes E. S. M., E. A. A., E. A. DE O., E. DE O., E. T. T., E. DOS R. R., E. M. C. A., E. G. C., E. R. M., E. C. F. M., E. C. C. M., E. G., E. T. H., E. G. DE C., E. DE A. C., E. DE C. N., F. O. S., F. F. DA S. K., F. G., F. G. DE F., F. G. C., F. B. B., F. DE N., F. A. DE A., G. A. DA S., G. DE O. F., G. A. DA S., G. P. R., L. P. DE O. R. e E. S., são apelados T. DE C. DO M. DE S. P. e P. M. DE S. P.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. (Sustentou oralmente o Dr. Márcio Cammarosano)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.333/18)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente), TERESA RAMOS MARQUES e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 7 de maio de 2018.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: TETO CONSTITUCIONAL. Capital. Servidores do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Vinculação ao subsídio do Prefeito. CF, art. 37, XI. 1. Teto constitucional. CF. art. 37, XI. O art. 37, XI da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 41/03, prevê que "a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos

da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões e ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos". Essa é a redação vigente do dispositivo, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 609.381-GO (Tema nº 480 da repercussão geral), Pleno, 2-10-2014, Rel. Teori Zavascki, com determinação de aplicação imediata a todas as verbas remuneratórias recebidas pelo servidor, portanto prescinde de lei regulamentadora. Instituição de limite remuneratório único previsto no § 12 do art. 37 da CF, com redação dada pela EC nº 47/2005, que é facultada tão somente aos Estados e Distrito Federal. – 2. Servidores do Tribunal de Contas do Município. Limite remuneratório. O Tribunal de Contas do Município de São Paulo constitui órgão de auxílio da Câmara Municipal, nos termos do art. 49 da Lei Orgânica do Município e art. 1º da LM nº 9.167/80, sendo aplicável aos seus servidores a legislação estabelecida para os servidores da Câmara Municipal de São Paulo e, no que couber, a legislação estabelecida para o servidor da Prefeitura (art. 70 da LM nº 9.167/80, inserido pela LM nº 11.548/94). Não vejo erro na lei; os servidores

Acesso ao Sumário

do Tribunal de Contas do Município de São Paulo são servidores municipais, sendo coerentemente equiparados aos servidores da Câmara Municipal de São Paulo, por pertencerem a órgão auxiliar dela. – 3. Tribunal de Contas do Município. Princípio da simetria. A aplicação do princípio da simetria ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo foi afastada pelo Órgão Especial deste Tribunal na ADI por omissão nº 0110416-21.2012.8.26.0000, 10-4-2013, Rel. Walter de Almeida Guilherme; o acórdão conclui que o art. 75 da Constituição Federal impõe o modelo federal aos órgãos estaduais de auxílio ao Poder Legislativo na fiscalização das contas, Tribunais de Contas dos Estados e Tribunais ou Conselhos de Contas dos Municípios, estes com essa atribuição exclusiva; mas não obriga que os Tribunais de Contas do Município se organizem de conformidade com o Tribunal de Contas da União, dos Estados e Tribunais ou Conselho de Contas dos Municípios, visto que se qualificam como exceção na estrutura da República Federativa do Brasil, tanto que foram extintos, salvo os do Município de São Paulo e do Rio de Janeiro. Inaplicabilidade à hipótese dos autos dos precedentes mencionados no recurso. Existência de projeto de lei em sentido contrário que se mostra irrelevante, ante a eficácia imediata da norma que estabeleceu o limite remuneratório (art. 37, XI da CF, com redação dada pela EC n 41/03) e a conclusão a que se chegou neste acórdão. – Improcedência. Recurso dos autores desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. A sentença de fls. 706/716, declarada a fl. 726, julgou improcedente a ação em que os autores, servidores do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, pleiteiam a declaração de nulidade do Ato do Presidente do TCM de 28-3-2012 (fl. 127) para que passem a receber as suas verbas remuneratórias de acordo com o limite constitucional do Conselheiro do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Em face à sucumbência, condenou-os no pagamento dos honorários advocatícios fixados no percentual mínimo previstos nas respectivas faixas de valores, sobre o valor atribuído à causa, conforme a quota-parte de cada um dos autores.

Apelam os autores (fls. 728/763); preliminarmente, pedem o parcelamento das custas em seis vezes, com base no art. 98, § 6º do CPC. No mérito alegam que alegam que o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, a pretexto de aplicar o disposto no art. 37, XI da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 41/2003, expediu em 28-3-2012 ato estabelecendo novo teto remuneratório para os servidores ativos e inativos, qual seja o subsídio do Prefeito, em substituição ao limite remuneratório devido, dos Conselheiros da referida Casa; os julgados invocados pela sentença não guardam relação com o tema central da lide, que é a previsão de dois limites remuneratórios dentro de uma mesma estrutura institucional: um aplicável a seus Conselheiros (teto do Poder Judiciário) e outro a seus servidores (teto do Prefeito), o que é vedado pela Constituição Federal (afronta aos art. 37, XI, 73 e 75 da CF); a não exigibilidade de lei a título de aplicação do art. 37, XI da CF só pode ser admitida naqueles casos em que se está efetivamente a dar cumprimento ao teto salarial, enquanto a expedição de ato administrativo que afronta a Constituição a título de aplicá-la deve ser objeto de controle judicial, como é o caso dos autos; o TCM-SP não é mero auxiliar da Câmara Municipal, mas sim instituição com status constitucional e atribuições específicas, o que faz com que ele não se enquadre em nenhum dos Poderes; a EC nº 41/2003 estabeleceu dois novos critério, além da limitação por esfera federativa e por órgão do Poder, para a aplicação do teto constitucional e que devem balizar a situação dos autores, quais sejam: limitação por função desempenhada, que decorre da necessária obediência ao princípio da isonomia, e a limitação com base no subsídio do agente público integrante da cúpula de uma dada estrutura administrativa, considerando o nível federativo e o Poder que integra; o TCM-SP e o TCM-RJ foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 como figuras excepcionais (art. 31, §§ 1º e 4º), a eles é aplicado o princípio da simetria (art. 73 e 75 da CF), o que confere aos seus membros os mesmos direitos, deveres, impedimentos e prerrogativas dos Magistrados, dentre eles o limite remuneratório; trata-se de instituição que, assim como o Ministério Público, a Defensoria e as Procuradorias, asseguram a soberania e a ordem jurídica nacionais, legitimando a simetria de tratamento com o Poder Judiciário (art. 73, § 3° da CF); e o próprio TCM-SP reconheceu que o subteto aplicável aos seus servidores é o subsídio de seus Conselheiros, razão pela qual encaminhou em junho de 2015 à Câmara Municipal de São Paulo projeto de lei dispondo sobre a questão. A ADI por omissão nº 0110416-2012.0.26.0000 não se aplica à hipótese dos autos, pois trata da criação de carreiras específicas de Ministério Público e Auditor, não sujeitas ao princípio da simetria; dentre as normas de repetição obrigatória relacionadas ao TCU incluem-se, por óbvio, o teto remuneratório dos seus servidores, conforme parecer exarado pelo Procurador Geral da República no RE nº 603.511; deve ser dado ao caso a mesma solução do RE nº 663.696, com repercussão geral, no qual

Acesso ao Sumário

se entendeu que o teto remuneratório de procuradores municipais é o subsídio de Desembargador do Tribunal de Justiça e não o do Prefeito Municipal, não obstante sejam servidores do Poder Executivo; o STF já julgou inconstitucional lei estadual que fixava tetos remuneratórios diferentes entre os Desembargadores do Tribunal de Justiça da Bahia e os servidores do mesmo Tribunal, por ofensa à isonomia (ADI nº 4.900-DF); a quase totalidade dos Tribunais de Contas da Federação adotam o subsídio de seus Conselheiros como paradigma para a fixação do sistema remuneratório de seus servidores. Pedem o provimento do recurso para julgar a ação procedente.

Os coautores E.S.M., E.S, EAA, E.M.C.A., E.R.M., E.T.H., E.G.C., E.A.C., F.O.S., F.G., F.G.F. e F.G.C. renunciaram ao direito de recorrer, nos termos do art. 1.000 do CPC (fls. 789/790). Recurso dos demais autores, E.A.O., E.O., E.T.T., E.R.R., E.G.C., E.C.F.M., E.C.C.M., E.G., E.C.N., F.F.S.K., F.B.B., F.N, F.A.A., G.A.S., G.O.F, G.A.S., G.P.R. e L.P.O.R., tempestivo e preparado (fls. 764/765, 794/795, 830/831, 835/836, 841/842 e 844/846). Contrarrazões apresentadas pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo (fls. 796/811) e pelo Município de São Paulo (fls. 812/827).

É o relatório.

2. Teto constitucional. A Constituição Federal de 1988 dispôs no art. 37, XI que "a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito".

A Emenda nº 19 de 4-6-1998 deu a seguinte redação ao art. 37, XI: "a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal".

A Emenda nº 41 de 19-12-2003 alterou novamente o inciso XI do art. 37, estabelecendo que "a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões e ou outra espécie remuneratória, percebidos

Acesso ao Sumário

cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos". Essa é a redação vigente do dispositivo.

3. Abstraída a discussão doutrinária e jurisprudencial que se perpetuou acerca da constitucionalidade da disposição inserida pela Emenda Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar em sede de repercussão geral o RE nº 609.381/GO (Tema nº 480), Pleno, 2-10-2014, Rel. Teori Zavascki, reconheceu a constitucionalidade do teto estabelecido pela EC nº 41/03 e a sua aplicação imediata a todas as verbas remuneratórias recebidas pelo servidor, inclusive afastando a irredutibilidade (como parcela absorvível), conforme se observa:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TETO DE RETRIBUIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. EFICÁCIA IMEDIATA DOS LIMITES MÁXIMOS NELA FIXADOS. EXCESSOS. PERCEPÇÃO NÃO RESPALDADA PELA GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE. **1.** O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior. **2.** A observância da norma de teto de retribuição representa verdadeira condição de legitimidade para o pagamento das remunerações no serviço público. Os valores que ultrapassam os limites pré-estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos. **3.** A incidência da garantia constitucional da irredutibilidade exige a presença cumulativa de pelo menos dois requisitos: **(a)** que o padrão remuneratório nominal tenha sido obtido conforme o direito, e não de maneira ilícita, ainda que por equívoco da Administração Pública; e **(b)** que o padrão remuneratório nominal esteja compreendido dentro do limite máximo pré-definido pela Constituição Federal. O pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição de cada um dos níveis federativos traduz exemplo de violação qualificada do texto constitucional. **4.** Recurso extraordinário provido (Estado de Goiás vs Anthony Jefferson Soares Frazão e outro, RE nº 609.381, STF, Pleno, 2-10-2014, Rel. Teori Zavascki, em regime de repercussão geral, por

Acesso ao Sumário

maioria).

Assim, reconhecida a eficácia imediata da norma que estabeleceu o teto remuneratório (EC nº 41/03), não há necessidade de edição de lei para fixação do referido limite, que é aquele previsto na norma constitucional: o teto do funcionalismo público federal é o subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao passo que o subteto nos municípios é o subsídio do Prefeito; nos Estados e no Distrito Federal é o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a 90,25% do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, sendo aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

O § 12 do art. 37 da Constituição Federal, com redação dada pela EC nº 47/2005, ainda prevê que "para os fins do disposto no inciso XI do *caput* deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores". Tal dispositivo se aplica aos Estados e ao Distrito Federal, não ao município nele não mencionado; e o limite único não foi inserido na Lei Orgânica do Município de São Paulo cujo teto remuneratório dos servidores é aquele previsto no inciso XI do art. 37 da CF, qual seja o subsídio do Prefeito.

Diante dessas premissas, resta perquirir qual o teto remuneratório aplicável aos servidores pertencentes ao quadro do Tribunal de Contas do Município de São Paulo: se for o subsídio do Prefeito, o ato emanado do Presidente da Casa de Contas é válido, ante a eficácia imediata da EC nº 41/03; por outro lado, caso se entenda aplicável o teto do Poder Judiciário como pretendem os autores, o ato é nulo e a ação procedente.

Acesso ao Sumário

4. A Constituição Federal de 1988 previu no seu art. 31, *caput*, que "a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei", sendo o controle externo exercido "com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver" (§ 1º); no entanto, vedou "a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais" (§ 4º).

O Tribunal de Contas do Município de São Paulo foi criado pela LM nº 7.213 de 20-11-1968, antes da vedação introduzida pelo § 4º do art. 31 da Constituição Federal de 1988. Referido dispositivo veda apenas a 'criação' de

Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais, por isso os Tribunais de Contas Municipais instituídos em período anterior à vedação, caso de São Paulo e do Rio de Janeiro, não foram extintos. Admitida a existência válida do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, mostra-se necessária à análise da legislação que regulamenta o referido órgão para a definição do limite remuneratório aplicável aos seus servidores.

5. A Lei Orgânica do Município de São Paulo dispõe no art. 49 que "o Tribunal de Contas, órgão de auxílio da Câmara Municipal, integrado por 5 (cinco) conselheiros, tem sede no Município de São Paulo e quadro próprio de pessoal, exercendo as atribuições previstas na Constituição da República, no que couber, e nesta Lei, em todo o Município". A LM nº 9.167 de 3-12-1980, por sua vez, prevê que "o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, órgão de auxílio do Legislativo Municipal, criado pela Lei Municipal nº **7213**, de 20 de novembro de 1968, e mantido pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, reger-se-á pelas normas constitucionais federais e estaduais, pela presente lei, pela legislação municipal pertinente e por seu Regimento Interno" (art. 1º); e "aos servidores do Tribunal de Contas do Município de São Paulo aplica-se a legislação estabelecida para os servidores da Câmara Municipal de São Paulo, inclusive os valores e formas de cálculo das vantagens e das escalas de vencimentos por elas adotadas, ainda que não expressamente prevista essa extensão, e, no que couber, a legislação estabelecida para o servidor da Prefeitura" (art. 70, com redação dada pela LM nº 11.548 de 21-6-1994).

Como se observa, a lei trata o Tribunal de Contas do Município de São Paulo como órgão de auxílio da Câmara Municipal, conferindo aos integrantes do seu quadro funcional o mesmo regramento legal previsto para os servidores da Câmara Municipal. Não vejo equivoco na lei; os servidores do Tribunal de Contas do Município de São Paulo são servidores municipais, sendo coerentemente equiparados aos servidores da Câmara Municipal de São Paulo, por pertencerem a órgão auxiliar dela. Por outro lado, não há que se falar que o ato do Presidente do Tribunal de Contas do Município foi favorável aos servidores da Casa pelo fato de o subsídio dos Vereadores serem inferiores ao do Prefeito, como alega o Município; o ato limitou-se a obedecer à regra constitucional, que prevê o subsídio do Prefeito como único teto no âmbito municipal, não fazendo a distinção por Poder como no caso dos Estados e do Distrito Federal.

6. A despeito da análise realizada, os autores reputam nulo o ato do Presidente do Tribunal de Contas do Município, por entenderem que a Casa de Contas não se trata de mero órgão auxiliar da Câmara Municipal, e sim instituição com 'status' constitucional e atribuições específicas, devendo ser conferidos aos seus membros os mesmos direitos, deveres, impedimentos e prerrogativas dos Magistrados, por força do princípio da simetria (CF, art. 73, § 3º e 75). Sem razão, no entanto, pelos fundamentos que passo a expor.

Acesso ao Sumário

Um, a aplicação do princípio da simetria ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo foi afastada pelo Órgão Especial deste Tribunal no julgamento da ADI por omissão nº 0110416-21.2012.8.26.0000, 10-4-2013, Rel. Walter de Almeida Guilherme; o acórdão distinguiu três situações relacionadas à fiscalização do Município mediante controle externo da Câmara Municipal: (i) municípios nos quais esse controle é levado a cabo com o auxílio de Tribunais de Contas do Município (São Paulo e Rio de Janeiro); (ii) municípios nos quais o controle externo da Câmara de Vereadores é exercido com o auxílio de Tribunais de Contas do Estado; (iii) municípios nos quais o controle externo é exercido com o auxílio de Tribunais de Contas do Estado criados exclusivamente para esse fim. Ao final, conclui que o art. 75 da Constituição Federal impõe o modelo federal aos órgãos estaduais de auxílio ao Poder Legislativo na fiscalização das contas, Tribunais de Contas dos Estados e Tribunais ou Conselhos de Contas dos Municípios, estes tribunais estaduais com essa atribuição exclusiva; não obriga que os Tribunais de Contas do Município se organizem de conformidade com o Tribunal de Contas da União, dos Estados e Tribunais ou Conselho de Contas dos Municípios mantidos pelo Estado, visto que se qualificam como exceção na estrutura da República Federativa do Brasil, tanto que foram extintos, salvo os do Município de São Paulo e do Rio de Janeiro.

Dois, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.900/DF, Pleno, 11-2-2015. Rel. para acórdão Min. Roberto Barroso não se aplica à hipótese dos autos; o precedente citado cuidou de uma lei que introduzia subteto do subteto aos servidores da Justiça Estadual da Bahia, Estado que adotou expressamente o limite remuneratório único no art. 34, § 5º da Constituição Estadual da Bahia, em conformidade com o art. 37, § 12 da Constituição Federal. Em suma, a lei foi declarada inconstitucional por contrariar o § 12 do art. 37 da Constituição Federal, além de conferir tratamento mais gravoso aos servidores por ela regidos. Aqui, os autos versam teto remuneratório de órgão auxiliar da Câmara Municipal de São Paulo, ente federativo que não previu o teto remuneratório único em sua Lei Orgânica (até porque o § 12 do art. 37 da Constituição Federal só facultou a sua adoção aos Estados e Distrito Federal), e também não há prejuízo aos servidores do Tribunal de Contas do Município, que se submetem ao mesmo teto remuneratório dos demais servidores municipais. O teto remuneratório maior dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo tem fundamento no art. 150, § único da Constituição do Estado de São Paulo, como exceção, não servindo de fundamento para alteração do limite remuneratório dos servidores da Casa.

Três, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente limite teto remuneratório dos procuradores municipais (CF, art. 37, XI) no RE nº 663.696-MG, Pleno, 15-12-2011, Rel. Min. Luiz Fux, mas ao contrário do que alegado pelos autores o recurso ainda pende de julgamento.

Acesso ao Sumário

De qualquer forma, o recurso versa questão diversa da dos autos; lá se discute se o termo "procuradores" na parte final do inciso XI do art. 37 da CF inclui os procuradores municipais; aqui, os autores são servidores do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, nada tendo o dispositivo constitucional excepcionado em relação a eles.

Por último, é irrelevante para a resolução da lide a existência do projeto de lei em trâmite na Câmara Municipal que vincula o teto remuneratório dos servidores do Tribunal de Contas do Município de São Paulo ao subsídio dos Conselheiros da Casa, ante a eficácia imediata da norma que estabeleceu o limite remuneratório (art. 37, XI da CF, com redação dada pela EC nº 41/03) e a conclusão a que se chegou neste acórdão.

O voto é pelo **desprovimento do recurso dos autores**; majoro os honorários advocatícios em 2% sobre o valor da causa, com base no art. 85, § 11 do CPC, em relação aos autores que recorreram. Faculto às partes oporem-se, em igual prazo, ao julgamento virtual de recurso futuro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000844-56.2016.8.26.0103, da Comarca de Caconde, em que são apelantes S. D. C. DA S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e A. C. C., é apelado P. M. DE C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, para o fim que constará do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.714)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 7 de maio de 2018.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER – Saúde – Fornecimento gratuito e exclusivo de transporte para tratamento médico em outros municípios – Portadores de deficiência mental, com comportamento agressivo – Possibilidade – Art. 9º do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Necessidade comprovada – Hipossuficiência financeira – Obrigação do

Acesso ao Sumário

fornecimento pelo SUS – Art. 196 da CF – Sentença de parcial procedência – Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada pelos apelantes em face do Município de Caconde, visando ao recebimento gratuito de transporte para realização de consultas e acompanhamentos médicos em outras cidades. Alegam que o Município não presta o serviço de transporte de pacientes de forma adequada, pois são obrigados a permanecer esperando, por longo período após o procedimento médico, para retornarem para casa, o que lhes causa grandes sofrimentos. Pedem, assim, a procedência da ação para que o Município seja condenado a lhes fornecer transporte gratuito e exclusivo para acompanhamento médico fora do município.

A r. sentença de fls. 167/170, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente a ação para determinar que a ré forneça aos autores transporte gratuito para consultas e procedimentos médicos a serem realizados fora do Município, mas sem exclusividade. Em consequência revogou a antecipação da tutela anteriormente deferida. Reconheceu a sucumbência recíproca, condenando a autora ao pagamento de honorários do procurador do requerido fixados em R$ 1.000,00, anotando-se a gratuidade processual, e condenando a ré ao pagamento dos honorários do procurador dos autores fixados em R$ 1.000,00.

Apelam os autores insistindo no recebimento de transporte gratuito exclusivo, uma vez que são portadores de deficiência mental e não conseguem permanecer em transporte coletivo com outros passageiros, ou esperando retorno quando transportados junto com outros pacientes, passando a sofrer um aumento de nervosismo que faz com que comecem a se auto agredirem e até mesmo a investir contra outras pessoas, causando transtorno e colocando em risco a própria integridade física e dos demais pacientes; em razão disso, às vezes não são levados, abandonando o tratamento, tanto que os médicos responsáveis pelo acompanhamento passaram a solicitar ao Departamento Municipal que lhe fossem fornecidos transporte exclusivo, observando, assim, suas necessidades especiais. Alegam que desde a revogação da liminar, estão sem tratamento médico. Pedem, assim, a procedência da ação para fornecimento de transporte gratuito e exclusivo, com antecipação da tutela recursal.

Recurso tempestivo e respondido. A Douta Procuradoria de Justiça ofereceu parecer pelo provimento do recurso (fls. 205/212).

FUNDAMENTOS.

É da competência do Município e do Estado prestar serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União (art.

Acesso ao Sumário

30, VII, da Constituição Federal), sendo certo que o atendimento integral é da competência do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme estabelece o artigo 198, II, da Constituição Federal.

Não há dúvida de que cabe ao SUS, além da atribuição do planejamento e organização da distribuição de serviços de saúde à coletividade, o atendimento individual do necessitado (art. 18, III, letra "a", da Lei Federal nº 8.080/90).

Inegável, pois, a obrigatoriedade de a Administração Pública, por meio do SUS, fornecer ao doente a medicação e o tratamento de que necessita, sob pena de causar grave risco à sua saúde.

E o fornecimento do transporte gratuito necessário para a realização do tratamento médico em outros municípios está entre essas obrigações.

A questão central que deve ser respondida diz respeito aos critérios a serem adotados quando o jurisdicionado, ao ver recusado seu pedido pela Administração, procura guarida junto ao Poder Judiciário.

No caso em apreço, os autores, S. com 11 anos de idade e A. com 29 anos de idade, são deficientes e sofrem de esquizofrenia mental. Apresentam distúrbios psiquiátricos, alteração de comportamento, alucinação e sintomas de depressão e outros problemas de saúde. Ambos agridem fisicamente a mãe e a si mesmos e qualquer pessoa que esteja por perto. Nas viagens para tratamento em outras cidades ficam agressivos pelo fato da própria viagem e quando encerram as consultas e são obrigados a permanecer por horas aguardando a vinda de outros pacientes, vão sofrendo um aumento do nervosismo, começam a se morder, se auto agredir, agredir outros indivíduos. Por isso, há recomendação médica para transporte exclusivo a ambos e com breve retorno para a residência (fls. 30, 35/37 e 42).

Eles não possuem condições de arcar com o custo do transporte, tanto que lhe foi deferida a justiça gratuita (fls. 170). E a necessidade do transporte exclusivo foi indicado por profissional idôneo, o que confirma a sua necessidade e adequação (fls. 30).

Além disso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), também dá suporte ao pedido dos apelantes, conforme dispositivo a seguir transcritos:

"Art. 9º A pessoa com deficiência tem direito a receber atendimento prioritário, sobretudo com a finalidade de:

I - proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

II - atendimento em todas as instituições e serviços de atendimento ao público;

III - disponibilização de recursos, tanto humanos quanto tecnológicos, que garantam atendimento em igualdade de condições com as demais pessoas;

Acesso ao Sumário

IV - disponibilização de pontos de parada, estações e terminais acessíveis de transporte coletivo de passageiros e garantia de segurança no embarque e no desembarque;

V - acesso a informações e disponibilização de recursos de comunicação acessíveis;

VI - recebimento de restituição de imposto de renda;

VII - tramitação processual e procedimentos judiciais e administrativos em que for parte ou interessada, em todos os atos e diligências.

§ 1º Os direitos previstos neste artigo são extensivos ao acompanhante da pessoa com deficiência ou ao seu atendente pessoal, exceto quanto ao disposto nos incisos VI e VII deste artigo.

§ 2º Nos serviços de emergência públicos e privados, a prioridade conferida por esta Lei é condicionada aos protocolos de atendimento médico". (destaquei)

Deste modo, não cabe ao Judiciário questionar a adequação de prescrição emitida por profissional médico que confirma e justifica sua necessidade.

E como anotou o Douto Procurador Geral de Justiça "*o não fornecimento do transporte exclusivo representa risco à preservação do direito à saúde dos autores, expressamente assegurado no art. 6º da Constituição Federal e insere-se dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, inerente ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro, bem como, direito social previsto no art. 196 da Magna Carta*" (fls.211).

Não prospera, portanto, a alegação do apelado de que a forma como deve garantir o direito ao transporte gratuito está condicionada às políticas sociais e econômicas e que sua atuação deve ser realizada na medida das suas possibilidades estruturais e financeiras, invocando a cláusula da reserva do possível. Isto porque a questão não está atrelada à análise da viabilidade econômica do Poder Público em atender aos necessitados, mas sim de resguardar um direito do cidadão.

Acesso ao Sumário

Não se nega que a Administração detém certa esfera de liberdade quanto a definir suas prioridades e áreas de atuação, mas não pode se amparar na falta de recursos para justificar a não concessão do tratamento pleiteado.

Não se trata de ignorar o princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF) ou as normas que disciplinam o orçamento, as quais não descem a minúcias como dizer quais os medicamentos que deverão ser adquiridos com os recursos públicos.

Por conseguinte, não há como acolher a alegação de violação ao princípio da separação dos poderes, a questão orçamentária não implica restrição, como já decidido por esta Corte, pelo Rel. Des. Rebello Pinho, Apel. nº 334.954-5/2,

v. u., j. de 20.10.03:

"Cumpre notar que se a despesa para o cumprimento de preceito constitucional precisa de prévia previsão orçamentária, isso deve ser providenciado pelo Estado e não pela apelada. O acolhimento do entendimento da Fazenda do Estado implicaria na impossibilidade de sua condenação de qualquer benefício previsto na Constituição ou na legislação infraconstitucional para os quais o Estado não tivesse providenciado a oportuna previsão orçamentária e, isto corresponde, em última análise, em reconhecer que caberia aos elaboradores do orçamento dizer o que é direito ou não, independentemente de disposições constitucionais e infraconstitucionais legais instituidoras de direito e garantias, bem como tornaria inúteis todas as normas constitucionais pertinentes ao controle jurisdicional da Administração."

Em suma, a concessão do transporte gratuito exclusivo solicitado cuida apenas de garantir o cumprimento do disposto no artigo 196 da Constituição Federal e evitar, desse modo, o risco de dano irreparável à saúde dos apelantes.

A ação é, pois, procedente para determinar que o requerido forneça aos autores transporte gratuito e exclusivo para consultas e procedimentos médicos a serem realizados fora do Município, tendo em vista o comportamento agressivo apresentado por eles, restabelecendo a tutela de urgência antes deferida. Condeno, ainda, o réu a arcar com o pagamento das custas e dos honorários advocatícios fixados, por equidade, em R$ 1.000,00.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003322-27.2017.8.26.0483, da Comarca de Presidente Venceslau, em que é apelante CARLOS WALCHECK, é apelado INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - IAMSP.

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 24.512)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente) e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 8 de maio de 2018.

RUBENS RIHL, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – Pretensão do autor de ser indenizado pela negativa de fornecimento de tratamento de saúde pelo IAMSPE – Sentença de improcedência pronuncia em primeiro grau – Decisório que merece subsistir – Parte autora que não logrou êxito em demonstrar a negativa do IAMSPE quanto à realização do procedimento indicado pelo médico – Prova testemunhal inconclusiva e insuficiente – Conduta ilegal não demonstrada, o que afasta a responsabilidade da Fazenda Pública – Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por CARLOS WALCHECK contra r. sentença de fls. 123/126 que, nos autos da ação indenizatória promovida por CARLOS WALCHECK em face do INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - IAMSP, julgou improcedente a ação.

Sustenta a recorrente, em síntese, que teve de se socorrer de atendimento particular, não por opção, e sim pela urgência que demandava o tratamento e pela negativa da apelada em fazê-lo. E que, conforme se demonstra nos autos, o Apelante passou pelo atendimento do IAMSPE, pois conforme mencionado e comprovado na exordial nos documentos anexos a esta, o autor teve atendimento por dois médicos conveniados do IAMSPE, e quando lhe foi passado a quimioterapia, esta que foi negada pela requerida.

Assevera, que teve a negativa do IAMSPE de forma oral, sendo inclusive uma delas por telefone, como bem relatado pela testemunha em audiência. E que, é pessoa simples, e diante da urgência no tratamento de sua saúde, entrou em contato com a requerida e quando esta se negou a dar o atendimento ao tratamento da quimioterapia, este, para não perder tempo em tentar administrativamente, procurou amigos que o emprestaram dinheiro para fazer rapidamente o seu tratamento, pois diante da gravidade do caso, não havia tempo a perder.

Defende, ainda, que seu caso está inserido na portaria IAMSPE nº 106 de 04 de abril de 1994, apresentada pela Requerida na contestação, pois o caso do autor se enquadra nos incisos do artigo 2º. Desta forma, o Apelante requer seja dado provimento a presente apelação, julgando a presente ação procedente nos termos da inicial. (fls. 128/137)

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 140/152).

Acesso ao Sumário

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução 772/2017 do Egrégio Tribunal de Justiça.

É, em síntese, o relatório.

A despeito das razões trazidas pelo nobre causídico, entendo que a sentença deve ser integralmente mantida.

Isso porque, no tocante à responsabilidade civil pelos danos supostamente causados pela Administração Pública, a jurisprudência desta Corte de Justiça é firme no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos seus atos, bastando para isso que esteja estabelecido um nexo causal entre o ato e o dano causado.

Contudo, a mesma jurisprudência, por ter consagrado a teoria do risco administrativo, ressalva algumas hipóteses em que é possível perquirir a culpa *lato sensu*. São elas: (a) quando a vítima tiver concorrido para o acontecimento danoso e (b) quando se tratar de ato omissivo.

No caso vertente, pois, em se tratando de suposto ato omisso (em tese não teria a requerida autorizado o tratamento necessário à saúde do Autor), a responsabilidade é subjetiva, o que significa dizer que a ré somente poderia ser responsabilizada se comprovada a sua omissão, seja por dolo, seja por culpa.

Segundo o magistério de Maria Helena Diniz:

"O artigo 37, § 6º, da Carta Constitucional reporta-se a comportamento comissivo do Estado, pois só uma atuação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito. Logo, para haver responsabilidade objetiva do poder público cumpre que haja um comportamento comissivo, uma vez que sem ele jamais haverá causa".

E dilucida que:

"no caso de dano por comportamento omissivo, a responsabilidade do Estado é subjetiva, porquanto supõe dolo ou culpa em suas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência, embora possa tratar-se de uma culpa não individualizável na pessoa de tal ou qual funcionário, mas atribuída ao serviço estatal genericamente. É a culpa anônima ou falta de serviço...".

Mais adiante enfatiza e conclui que:

"se o Estado não agiu, não poderá ser o autor do dano, logo, somente se poderá responsabilizá-lo se estava obrigado a impedir o dano e não o fez. Será responsável simplesmente porque se descurou da obrigação que lhe cabia, ou melhor, porque não cumpriu o dever legal de obstar o evento danoso. Sua abstenção acarretará a obrigação de indenizar. Ante a ilicitude desse seu comportamento omissivo, terá, então, o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Além da relação

Acesso ao Sumário

entre a omissão estatal e o prejuízo sofrido, será imprescindível, para configurar sua responsabilidade subjetiva, que exista o dever legal de impedir o evento lesivo, mediante atuação diligente. Realmente, o dever do Estado é evitar omissões, agindo sempre oportunamente, procurando, sobretudo, prever que remediar, removendo concreta e objetivamente tudo que possa ser lesivo ao administrado. É mister, portanto, que haja comportamento ilícito do Estado, por não ter obstado o dano, respondendo por esta incúria, negligência ou deficiência. O Estado eximir-se-á da responsabilidade se não agiu com culpa ou dolo, se o dano for inevitável em razão de força maior (RTJ, 78:243; RT, 275:319, 571:238, 572:66) ou estado de necessidade, se houve culpa da vítima (RTJ, 91:377; RT, 434:94, 522:77) ou de terceiro"[1].

Pois bem.

Da leitura de todo o processado, além dos documentos juntados aos autos, muito embora esteja demonstrado que o Autor realizou seu tratamento na rede privada de saúde, em estabelecimento não conveniado ao IAMSPE, não ficou demonstrada a negativa na realização do tratamento.

O Autor alega que não é possível a realização de prova sobre a negativa do IAMSPE, uma vez que essa se deu oralmente. Ocorre que, tal prova, poderia ser produzida por outros meios que não o documental, como a prova testemunhal. No entanto, a prova testemunhal colhida nos autos é inconclusiva e insuficiente.

Inicialmente, cumpre destacar que, como afirmado pelo próprio depoente (Sr. Elimar Cruz Barros) ele e o Autor são amigos. Afirma que frequenta a casa do Autor e, perguntado pelo juiz se são amigos "como se irmão fosse dele", o depoente respondeu positivamente. Assim, a intimidade do depoente e do Autor seria suficiente para enquadrá-lo nos termos do art. 447, §3º, I do CPC, de forma que fosse reconhecida sua suspeição.

Mas, mesmo que não se considerasse a suspeição do depoente, o depoimento prestado não deixa clara as circunstâncias da negativa.

Vejamos:

"Advogada do Autor: Ele entrou em contato, a pedido do Carlos, com o IAMSPE, para fazer esse tratamento?

Juiz: O Sr. Ligou lá no IAMSPE?

Depoente: Sim senhor.

Juiz: Ligou da onde? Da casa do senhor, da dele?

Depoente: Celular meu.

Juiz: O que foi dito?

Depoente: Eu perguntei sobre essa vacina, não lembro o nome.

Acesso ao Sumário

1 ("Curso de Direito Civil Brasileiro", 7º vol., 7ª ed., 1993, Saraiva, págs. 434/436).

Juiz: Quimioterapia?

Depoente: É, sobre essa vacina, uma nova. Se eles forneciam. Aí, via telefone, falaram que não.

Advogada do Autor: Com essa negativa do IAMSPE, quais foram as providências que foram tomadas?

Depoente: (parte incompreensível), aí, através disso, passou para outro médico, aí corri atrás, porque essa vacina ela é importada".

Como se vê, o depoimento do Sr. Elimar, não deixa claro se houve negativa expressa do setor competente. Uma vez que, dá a entender que o que houve foi uma consulta genérica, feita por terceiro, sobre o fornecimento do "medicamento".

Contudo, pela documentação dos autos, a última etapa do tratamento realizada junto ao IAMSPE consistiu na "ampliação das margens cirúrgicas", sob os cuidados do Dr. Pérsio A. Pacheco Jr., sendo este profissional que o acompanhou até 31/08/2017. (fl. 24) Assim, sequer a suposta indicação para a quimioterapia, feita por médico do IAMSPE consta dos autos. A qual poderia facilmente ser juntada aos autos, pela via documental. Dessa maneira, há uma lacuna se confrontada a narrativa do Autor e o depoimento da testemunha, que não permite a caracterização da conduta omissiva do Requerido.

Além disso, o documento de fl. 92, da lavra da Gerência Administrativa da Santa Casa de Misericórdia de Presidente Prudente, indica que o procedimento poderia ser realizado nesta instituição, mas que não houve solicitação de atendimento.

Soma-se a isso, por fim, o fato de o depoente afirmar que acompanhou o Autor no médico, "Dr. Bugalho", e que esse atendimento teria sido através do IAMSPE. Ao passo que na inicial consta o seguinte relato:

"Passou pelo oncologista em janeiro/2017, pelo Dr. Bugalho que fez duas cirurgias, na Santa Casa de Presidente Prudente/SP, em que pagou R$ 8.000,00, mas não lhe deram recibo (prontuário em anexo - documento 07)".

Assim, como se vê, as narrativas são conflitantes, inconclusivas e não permitem, portanto, a caracterização da omissão do Requerido, devendo ser mantida a r. sentença de primeiro grau.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado do julgado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do decisum, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária

Acesso ao Sumário

e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Deixo consignado, por derradeiro, que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Correta, portanto a r. decisão, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1026166-34.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada/apelante NOEMIA NOBUCO SHIGUEMATSU.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso da ré e deram provimento ao apelo da autora, com observações. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.060)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 2 de maio de 2018.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DIREITO PÚBLICO – SERVIDORA PÚBLICA INATIVA – LICENÇA-PRÊMIO – PLEITO DE CONVERSÃO EM PECÚNIA DA LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDA QUANDO EM ATIVIDADE – PROCEDÊNCIA.

APELAÇÃO DA RÉ – CORREÇÃO MONETÁRIA – APLICAÇÃO DA T.R. – DESCABIMENTO – Inadmissível a vigência da Lei nº 11.960/09 face à decisão proferida pelo colendo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Tema 810 – RE 870947-SE, Rel. Min. Luiz Fux), que reconheceu a

inconstitucionalidade da T.R. como índice de correção monetária – Aplicação do IPCA-E, e não do INPC – Matéria de ordem pública, cabível alteração de ofício, sem configuração de "reformatio in pejus" – JUROS DE MORA – Aplicação do disposto no art. 1º-F da Lei Federal nº 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei Federal nº 11.960/09, eis que não se trata de crédito tributário.

APELAÇÃO DA AUTORA – AFASTAMENTO DA DEDUÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DOS CONTRATUAIS – CABIMENTO – Honorários sucumbenciais que possuem natureza jurídica distinta dos convencionais – Possibilidade de cumulação – Sentença reformada nesse ponto.

Procedência mantida – Recurso da ré desprovido, recurso da autora provido (para afastar a determinação de que os honorários de sucumbência sejam abatidos dos honorários contratuais), com observações (majoração da verba honorária e alteração do índice de correção monetária).

VOTO

Vistos.

1) RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas pelas partes contra a r. sentença de fls. 419/421, cujo relatório se adota, que **julgou procedente** a ação para "*condenar a Fazenda a pagar à autora R$ 64.653,49, o equivalente em pecúnia dos 330 dias de licença prêmio que esta não gozou quando em atividade (fls. 16), montante que deve ter por base a última remuneração do servidor. A quantia deve ser atualizada monetariamente da propositura da ação, bem como acrescida de juros de mora da citação, nos moldes previstos pela Lei 11.960/09, salvo quanto à atualização monetária, que deverá seguir a tabela prática do E. Tribunal de Justiça para os débitos judiciais em geral (correção pelo INCP)*" (fls. 421).

A r. sentença, ainda, condenou a ré ao pagamento dos ônus sucumbenciais, fixados os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação, "*quantia que deve ser abatida de eventuais honorários contratuais celebrados entre litigante vencedor e seu patrono*" (fls. 421), não remetendo os autos a reexame necessário.

A autora opôs embargos de declaração (fls. 431/432), que foram rejeitados (fls. 453).

Acesso ao Sumário

Em recurso (fls. 433/438), a Fazenda Estadual sustentou, em síntese, que deveria ser aplicado, na íntegra, o artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, no que tange à correção monetária e aos juros de mora.

Por sua vez, em apelo (fls. 456/461), a requerente alegou que os honorários sucumbenciais pertenceriam ao advogado, nos termos do artigo 23 da Lei nº 8.906/94 e do artigo 85 do atual Código de Processo Civil, de forma que não seria cabível a dedução dos honorários sucumbenciais dos contratuais.

Os recursos, preparado o da autora (fls. 462/463) e isento o da ré, foram processados e contra-arrazoados (fls. 439/444 e 466/470).

É o relatório.

2) FUNDAMENTOS

2.1) Do recurso da ré – juros e correção monetária

O recurso da ré não merece provimento.

No tocante aos juros de mora, tendo em vista que o crédito em discussão não ostenta natureza tributária, deve ser observado o disposto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação que lhe foi dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09.

No concernente à correção monetária, inaplicável, como pretendido pela ré, o disposto na Lei nº 11.960/09, ante a recente decisão proferida pelo colendo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (Tema 810, RE 870947 – SE, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 20.09.2017 e publicado em 20.11.2017), que reconheceu a inconstitucionalidade da T.R. como índice de recomposição do capital.

Naquele julgamento firmou-se a seguinte tese:

> *"2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."*

Portanto, inviável a adoção da T.R. (como pretende a apelante) ou do I.N.P.C. (como fixado pelo MM. Juízo a quo) como índice de correção monetária, o débito deverá ser atualizado pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça para Cálculo de Atualização Monetária - IPCA-E.

Ressalte-se que a atualização monetária é matéria de ordem pública, de modo que a sua aplicação ou alteração pode ser procedida a qualquer tempo e grau, inclusive de ofício.

A propósito, confiram-se arestos desta C. Câmara Julgadora:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ***Fase de cumprimento de sentença.***

Acesso ao Sumário

Pretensão da FESP de Aplicação da lei Nº 11.960/2009 a partir de sua vigência *- dívida de natureza não-tributária e ainda não inscrita em precatório. De rigor a observância do decidido em sede do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema de Repercussão Geral nº 810), no qual foi reconhecida, com força vinculante, a inconstitucionalidade da utilização da TR para fins de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, no período anterior à expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor. Impõe-se, na espécie, a atualização monetária do valor devido por meio do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial IPCA-E, ou eventualmente outro índice que venha a ser determinado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do mencionado RE.* ***Acréscimos incidentes sobre o débito (juros e correção monetária), caracterizam-se como matéria de ordem pública, permitindo aplicação ou alteração de ofício sem que se configure reformatio in pejus. Precedentes do C. STJ neste sentido.*** *Observância, no mais, dos termos do título executivo judicial. R. decisão agravada reformada, apenas para adequação dos consectários legais de acordo com o julgado pelo STF nos autos do RE 870.947/SP (Tema de repercussão geral 810). AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO"* (Agravo de Instrumento nº 2017804-54.2017.8.26.0000, Rel. FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, j. em 08/11/2017 – destaquei em negrito).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ***CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇACOLETIVA.*** *COMPLEMENTAÇÃODEAPOSENTADORIA. VASP. CONSECTÁRIOS LEGAIS. Pretensão da executada Fazenda Estadual à* ***incidência integral das regras da Lei 11.960/2009, para fins de cálculo de juros e correção monetária****. Inadmissibilidade quanto à correção monetária. De início, anote-se que, conquanto tenha a Fazenda perdido o prazo para a apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença,* ***a matéria atinente aos consectários legais (correção monetária e juros de mora) é de ordem pública e não pode ser considerada preclusa, como se excesso de execução fosse, podendo ser arguida a qualquer tempo e grau de jurisdição****. No mais, consoante entendimento do Pleno do STF, no julgamento do RE 870.947-SE (Repercussão Geral Tema 810), a atualização monetária de débitos não tributários deve observar o IPCA-E e os juros de mora devem observar os índices de remuneração da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei 9494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Decisão mantida. Recursos não providos."* (Agravo de Instrumento nº 3000618- 98.2017.8.26.0000, Rel. DJALMA LOFRANO FILHO, j. em 04/10/2017 – destaquei em negrito).

"Servidão administrativa. ***Cumprimento de sentença Equívoco na***

***incidência de juros moratórios que se consigna**, ante depósito integral da indenização antes da imissão na posse. **Matéria de ordem pública**. **Exclusão ex officio**. Observação que se faz. Servidão administrativa. Impugnação ao cumprimento de sentença. Rejeição. Pretensão de levantamento do valor depositado, acrescido de correção monetária e juros de mora incidentes após a data do depósito. Descabimento. Índices adotados pela instituição financeira depositária. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça. Fixação de verba honorária descabida no caso. Agravo desprovido."* (Agravo de Instrumento nº 2123842-90.2017.8.26.0000, Rel. BORELLI THOMAZ, j. em 26/07/2017 – destaquei em negrito).

2.2) Do recurso da autora

A r. sentença merece pequeno reparo no que se refere à determinação para que os honorários sucumbenciais sejam abatidos dos honorários contratuais, eis que, respeitado o posicionamento do nobre Magistrado, os honorários sucumbenciais e os convencionais possuem natureza jurídica distinta.

Com efeito, os honorários advocatícios sucumbenciais decorrem de lei, pertencem ao advogado e são pagos diretamente pelo vencido, nos termos do artigo 23 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da O.A.B.) e do artigo 85 do novo Código de Processo Civil.

Por sua vez, os honorários contratuais dizem respeito à prestação de serviços avençada entre cliente e advogado, de forma que, havendo previsão contratual para cobrança destes, mostra-se possível a cumulação das duas espécies.

Dessa forma, de rigor o afastamento do abatimento determinado, razão pela qual **dá-se provimento ao recurso da autora.**

2.3) Dos honorários recursais

Por fim, em razão da interposição de apelo, já sob a égide da nova lei processual, bem como a apresentação de contrarrazões, de rigor a majoração dos honorários sucumbenciais, nos termos do artigo 85, § 11º, do N.C.P.C., segundo o qual: "*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*."

Ressalte-se ter o Plenário do Colendo Superior Tribunal de Justiça, adequando-se ao N.C.P.C., aprovado o enunciado administrativo nº 7: "*Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na*

forma do art. 85, § 11, do novo CPC.".

Dessa forma, majoram-se os honorários advocatícios impostos à ré em 1%, sobre a mesma base de cálculo fixada na r. sentença.

2.4) Da conclusão

Posto isso, nega-se provimento ao recurso da ré (item 2.1) e dá-se provimento ao recurso da autora para afastar a determinação de que os honorários de sucumbência sejam abatidos dos honorários contratuais (item 2.2), mantendo-se a r. sentença de procedência, com majoração da verba honorária (item 2.3) e alteração do índice de correção monetária (item 2.1).

3) DISPOSITIVO

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso da ré e dou provimento ao apelo da autora, com observações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001480-15.2017.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante APARECIDO BONVICINI, é apelado DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - DETRAN.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso de apelação do autor, com observação, e reformaram a r. sentença de ofício para julgar extinto o feito, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 485, I, do CPC, V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.108)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), RICARDO ANAFE e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 2 de maio de 2018.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Ementa: AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – Pretensão de exibição de "todos os documentos relativos a impossibilidade do autor em obter renovação de sua CNH" e "autos de todo o prontuário de CNH do requerente, especificamente quanto a apreensão e não devolução da CNH".

Ação intentada não contemplada no CPC/2015 –

Acesso ao Sumário

Exibição de documento que deve ser requerida em caráter incidental, como meio de prova, nos termos dos arts. 396 e seguintes do CPC/2015, ou, ainda, como ação de produção antecipada de provas, nos termos do art. 381 do CPC/2015.

R. sentença reformada – Indeferimento da inicial nos termos do art. 330, III, do CPC/2015 – Falta de interesse processual caracterizada – Extinção do feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, I, do CPC/2015.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Majoração, em grau recursal, nos termos do art. 85, §§ 1º e 11, do CPC/2015. Observação nesse sentido.

RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação cautelar de exibição de documentos ajuizada por **APARECIDO BONVICINI** em face do **DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - DETRAN**. Alega o autor ter sido apenado com pena administrativa de suspensão do direito de dirigir por 01 mês. Afirma que cumpriu a penalidade, e, após, tentou providenciar a renovação da validade de tal documento, recolhendo taxas e emolumentos, mas não conseguiu ter seu documento renovado, sem que houvesse explicação.

Sustenta ter interposto requerimento para obter esclarecimentos e extração de cópias, mas passados mais de 40 dias, aduz que não houve resposta. Pede seja o réu compelido a exibir, no prazo de 05 dias, todos os documentos relativos à impossibilidade de obter renovação de sua CNH, em especial o prontuário de CNH, especificamente quanto à apreensão e não devolução da CNH, fixando-se multa diária em caso de descumprimento.

Deferidos os benefícios da gratuidade de justiça (fl. 27).

Contestação (fls. 40/44). Réplica (fls. 65/67).

Sobreveio r. sentença (fls. 69/71), cujo relatório adoto, julgando improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento de honorários advocatícios de R$ 1.000,00, observando-se a gratuidade de justiça.

Apela o autor (fls. 77/80), sustentando, em suma, que: a) desde a protocolização do requerimento de exibição de documentos junto à sucursal do apelado nesta cidade (fls. 21), já houve pedido de informações, porém também com pedido claro de exibição de documentos; b) na inicial consta pedido

Acesso ao Sumário

expresso para que a Apelada exibisse documentos relativos à impossibilidade em obter renovação de CNH, com cópia de prontuário de tal documento. Pugna pela reforma da r. sentença.

Recurso tempestivo, isento de preparo em virtude da gratuidade de justiça, processado e contrarrazoado (fls. 84/86).

Tendo em vista que o Código de Processo Civil não mais traz a figura da medida cautelar de exibição de documentos, que era procedimento previsto no antigo CPC de 1973 (em seus arts. 355 e seguintes), de tal sorte que há, apenas, a possibilidade de que a exibição de documento seja requerida em caráter incidental, como meio de prova, nos termos dos arts. 396 e seguintes do CPC/2015, ou, ainda, como ação de produção antecipada de provas (art. 381 do CPC/2015), e considerando, ainda, a eventual possibilidade de indeferimento da petição inicial, determinou-se a abertura de vista às partes, em virtude do que dispõe o art. 10 do CPC/2015 (que veda a decisão surpresa), para manifestação (fl. 89).

Manifestou-se o autor (fls. 91/93), afirmando, em suma, que: a) a petição inicial não é inepta, pois deixa entrever que almeja a exibição de documentos para buscar, na via principal, em ação própria que o caso requeira, documentos imprescindíveis ao deslinde do caso sob comento; b) está delineada a causa de pedir da pretensão de exibição; c) verifica-se seu interesse de agir no caso sob análise, pois não teria outra forma de obter a tutela do direito material que afirma existir senão pela via judicial; c) presente a necessidade da prestação jurisdicional e a via eleita é adequada para a hipótese; d) basta que exista documento próprio ou comum em poder de cointeressado para que se viabilize o acesso da parte ao mecanismo processual da ação de exibição de documentos, consoante o art. 399, III, do CPC/2015; e) constitui-se na ação cautelar de exibição de documentos o dever anexo de conduta relativo à informação, decorrente do princípio da boa-fé objetiva, espraiando seus efeitos no âmbito de todas as relações jurídicas, ainda que não haja entre os integrantes da relação questionada manifestação de vontade no sentido de se obrigar a esse respeito; f) para fins de exibição de documento não se exige, necessariamente, a presença de periculum in mora, isso porque se tem entendido, acertadamente, que a parte titulariza direito autônomo à prova, isto é, mesmo fora dos casos de urgência.

É o relatório.

De início, aponto que a r. sentença guerreada foi proferida e publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, e é sob a ótica desse diploma processual que será analisada sua correção ou não.

No caso dos autos, a "*ação cautelar de exibição de documentos*" foi ajuizada em 02.02.2017 (consoante informações do SAJ) e, portanto, após o início da vigência do CPC/2015, tendo por objeto a exibição de "*todos os*

Acesso ao Sumário

documentos relativos a impossibilidade do autor em obter renovação de sua CNH" e "*os autos de todo o prontuário de CNH do requerente, especificamente quanto a apreensão e não devolução da CNH*" (fl. 14).

Denota-se da petição inicial tratar-se de pedido de exibição de documento, formulado com base no artigo 396 e seguintes do CPC/2015.

Entretanto, a exibição de documentos regulada no Novo CPC não se reveste de caráter de ação incidental, mas de mero incidente no processo.

Com efeito, o novo Código de Processo Civil, com vigência a partir de 18 de março de 2016, sendo tal data ratificada, inclusive, nos termos da decisão do pleno do E. STJ, datada de 02.03.2016, após questionamento do Min. Raul Araújo, Presidente da 2ª Seção daquela Corte, **não mais traz a figura da medida cautelar de exibição de documentos**, que era procedimento previsto no antigo CPC de 1973 (em seus arts. 355 e seguintes), de tal sorte que há, apenas, a possibilidade de que a exibição de documento seja requerida em **caráter incidental**, como meio de prova, nos termos dos arts. 396 e seguintes do CPC/2015, ou, ainda, como **ação de produção antecipada de provas** (art. 381 do CPC/2015).

Nesse mesmo sentido, encontram-se precedentes jurisprudenciais deste E. TJSP, a exemplo:

> *APELAÇÃO – Tutela cautelar antecedente ajuizada com o objetivo de obter a exibição de documentos – Indeferimento da inicial – Pretensão de reforma – Inadmissibilidade – Inadequação da via eleita caracterizada – Novo Código de Processo Civil que aboliu o pedido de exibição de documentos em âmbito cautelar – Pedido que deveria ter sido formulado através da ação de produção antecipada de provas (art. 381 e ss.) ou incidentalmente na ação de conhecimento (art. 396 e ss.) – Precedentes – Recurso desprovido.* (TJSP; Apelação 1000706-77.2017.8.26.0322; Relatora Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Lins - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 05/03/2018; Data de Registro: 06/03/2018).

> *AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE DAR DOCUMENTO – CPC/2015 – Pretensão de exibição de contrato e documentos a ele relativos – Indeferimento da inicial nos termos do art. 330, III, do CPC/2015 (ausência de interesse processual) – Injuridicidade de ação autônoma por não contemplada no NCPC – Pretensão exibitória somente passível de dedução através do procedimento de tutela cautelar de caráter antecedente (NCPC, art. 305), ou quando não pedida tutela através do procedimento probatório da Produção Antecipada de Provas (NCPC, art. 381, III) – Falta de interesse processual caracterizada – Sentença mantida – Recurso desprovido, e arbitrados honorários advocatícios e recursais*

Acesso ao Sumário

(NCPC, art. 85, §§ 1º, 2º e 8º), observada a gratuidade da justiça. (TJSP; Apelação 1021446-67.2017.8.26.0577; Relator José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José dos Campos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/03/2018; Data de Registro: 15/03/2018).

Destarte, evidenciada a inadequação da via eleita, de rigor a reforma da r. sentença para o fim de indeferir a inicial por ausência de interesse processual, consoante art. 330, III, do CPC/2015, julgando-se extinto o feito, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 485, I, do CPC/2015.

Haja vista a sucumbência do requerente, de rigor a condenação do autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa (R$ 10.000,00 fls. 15), nos termos do art. 85, do CPC/2015, que no caso concreto correspondem a R$ 1.000,00, como fixados pelo Juízo de 1º. Grau.

Por outro lado, tendo em vista o insucesso do autor em seu recurso voluntário, além dos aqui acrescidos, de rigor a majoração dos honorários advocatícios fixados em favor do requerido, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, que passam a ser de 11% sobre o valor atribuído à causa, considerando-se, para tanto, o trabalho adicional realizado pelos patronos do requerido em grau recursal. Deverão ser observados os benefícios da assistência judiciária gratuita, concedida a fls. 27.

Por último, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no voto, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ EDCL. No RMS 18.205/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.04.2006), mas mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento de direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Diante do exposto, pelo meu voto **NEGO PROVIMENTO ao recurso de apelação do autor**, com observação de majoração dos honorários advocatícios em grau recursal, ressalvada a gratuidade concedida, e **reformo a r. sentença, de ofício**, para **JULGAR EXTINTO** o feito, sem resolução de mérito, com fulcro no art. 485, I, do CPC, nos termos acima indicados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000541-30.2017.8.26.0128, da Comarca de Cardoso, em que é apelante/apelado VILSON APARECIDO DATORE, é apelado/apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE MIRA ESTRELA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso da municipalidade e negaram provimento ao recurso do réu. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.295)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 23 de maio de 2018.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Reintegração de Posse. Estrada municipal obstruída. Estrada há mais de 30 anos utilizada pela comunidade local. Servidão de trânsito aparente. Inteligência da Súmula 415 do STF. Reconhecimento da posse exercida pelo Município. Cessação imediata da obstrução determinada. Recurso da municipalidade parcialmente provido, desprovido o recurso do réu.

VOTO

Ao relatório da r. sentença, acrescento ter sido parcialmente procedente ação proposta pela PREFEITURA MUNICIPAL DE MIRA ESTRELA contra VILSON APARECIDO DATORE para reintegração na posse de faixa de terras onde passa a Estrada Municipal MRE-369, condenado o réu a reposição de perdas e danos causados à Municipalidade pela retirada de cercas e de mata-burros, na importância de R$ 1.460,00 (um mil e quatrocentos reais).

Inconformadas, as partes apelaram.

A municipalidade para requerer, preliminarmente, a imediata liberação da estrada; no mérito, sustenta a existência de danos a serem reparados pelo réu (págs. 477/487). O réu defende tratar-se de estrada particular, encravada em sua propriedade, cuja utilização por terceiros se deu por liberalidade do antigo proprietário; acrescenta inexistir posse mansa e pacífica por parte do município, bem como instituição de servidão e não haver imóveis encravados (págs. 463/472).

Recursos bem processados.

É o relatório.

Antes do mais, observo confundir-se a preliminar com o mérito e com ele será analisada.

A PREFEITURA MUNICIPAL DE MIRA ESTRELA ajuizou ação para ser reintegrada na posse de parte da Estrada Rural MRE-369, obstruída em fevereiro de 2017 por VILSON APARECIDO DATORE, ante colocação de

Acesso ao Sumário

porteiras, cadeado e cercas de arame farpado. Relata, ainda, ter o réu retirado os mata-burros instalados pela prefeitura.

Afirma exercer a posse desde 1982 de forma justa, mansa e pacífica sobre a *faixa de terras onde passa a Estrada Municipal denominada MRE-369, que dá acesso à Vicinal pavimentada MRE-020 (denominada de Eugênio Vanzei) e à Estrada MRE-375 (conhecida como Estrada do Porto de Areia)*, com utilização pela comunidade local e também por ônibus para buscar alunos da rede pública de ensino.

A liminar foi concedida com a expedição de *mandado de reintegração de posse da Estrada Municipal 369 ao Município de Mira Estrela (...) ficando consignado o prazo de 2 dias úteis para a retirada da cerca por parte do réu. Fixa-se, ainda, multa diária de R$ 1.000,00 na hipótese de novo esbulho após o decurso do referido prazo*[1].

Após regular processamento, sobreveio r. sentença de parcial procedência *para o fim de reintegrar o autor na posse da Estrada Municipal MRE-369, livre de qualquer embaraço, tornando definitiva a liminar deferida, consignando a retirada das porteiras ou chaves do local, pelo réu, conforme acima determinado, apenas deverá ser providenciada após o trânsito em julgado da presente*[2], contra o que as partes recorrem.

Isso realçado, tem-se que, em 20 de janeiro de 2017, Vilson Aparecido Datore adquiriu *uma gleba de terras com área de 14,52 hectares, encravada no imóvel geral denominado Fazenda Pádua Diniz ou Cervo, que passou a ter a denominação especial de Sítio Menino Jesus, situado no distrito e município de Mira Estrela*[3] e, em fevereiro de 2017, fechou a Estrada Municipal Rural (MRE-369) que passa por suas terras.

Em sua defesa, afirmou tratar-se de estrada particular e inexistir documento a comprovar instituição de servidão. Apresentou cópia do "Termo Particular Para Uso de Estrada"[4], datado de 29 de agosto de 1978, em que Miguel Castrequini, proprietário do Sítio São Sebastião, encravado na Fazenda Pádua Diniz, concedeu ao seu vizinho, Manoel Prieto, o uso de faixa de terras para interligação com estrada municipal.

Isso considerado, basta simples lanço no aludido "Termo Particular Para Uso de Estrada" para aferir ausência de validade defendida pelo réu, quer pela ausência de assinatura de testemunhas, quer pela inexistência de "firma reconhecida" ou registro em Cartório.

Por outra, dos depoimentos das testemunhas e dos documentos, conclui-se ter aquela concessão de uso firmada entre vizinhos, pelo menos nos idos

1 Pág. 69
2 Págs. 458/461
3 Págs. 29/31
4 Pág. 176

de 1984, sido transmudada em uso coletivo dos moradores e proprietários dos sítios encravados na Fazenda Pádua Diniz e, consequentemente, no decorrer dos anos, passou a constar do mapa rodoviário municipal, como MRE-369.

Obras de melhoria na via têm sido realizadas pela prefeitura ainda que *por solicitação dos proprietários rurais*, como afirmou o réu na apelação. Além, ainda são objeto do Plano Diretor Municipal de Combate a Erosão Rural[5] e segundo se extrai do levantamento da malha viária[6] lá contido, a MRE-369 destina-se ao *transporte de alunos, escoamento da produção agrícola, via de acesso do bairro à vicinal que liga Mira Estrela a São João do Marinheiro*, com anotação de manutenção da via.

Dessarte, os documentos e a prova testemunhal revelam a existência da estrada há mais de 30 anos, utilizada pela comunidade local para acesso à estrada que liga Mira Estrela a São João do Marinheiro.

Portanto, a hipótese é de servidão e, nesse aspecto, a pá de cal vem com a Súmula 415 do STF: "***Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória***".

Com essas observações, imperativo o reconhecimento da posse exercida pelo Município sobre a área ao que, dada a natureza executiva da ação, deve ser cessado imediatamente qualquer embaraço ao tráfego na via, cabendo ao réu a recolocação dos mata-burros, em trinta dias da intimação, evitando-se condenação em perdas e danos.

Observo, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Dou provimento parcial ao recurso da municipalidade e nego provimento ao recurso do réu.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0028925-27.2012.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ESTADO DE SÃO PAULO e CÂMARA MUNICIPAL DE BERTIOGA, é apelado LAIRTON GOMES GOULART.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que

5 Págs. 194/206
6 Pág. 205

integra este acórdão. **(Voto nº 17.740)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente), CARLOS VON ADAMEK e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 4 de junho de 2018.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Ementa: ATO ADMINISTRATIVO. Processo de tomada de contas realizado pelo Tribunal de Contas do Estado. Pretensão de anular o procedimento administrativo e, consequentemente, a penalidade imposta. Possibilidade. Processo administrativo que não teve trâmite regular, por não ter assegurado ao autor o direito ao contraditório e à ampla defesa. Necessária notificação pessoal, conforme artigo 91 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas. Ilegalidade do ato administrativo. Súmula vinculante nº 3 do STF. Decreto Legislativo nº 047/2011 baseado em processo administrativo nulo. Sentença mantida. Recursos improvidos.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos de apelação interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo (fls.443/452) e pela Câmara Municipal de Bertioga (fls.454/459) contra a r. sentença de fls. 436/440 que julgou procedente esta ação anulatória proposta por Lairton Gomes Goulart, para anular a decisão proferida pelo do TCE/SP referente a tomada de contas no processo administrativo nº2119/026/2008, assim como anular o Decreto Legislativo nº 047/2011. Determinou a ré o pagamento das custas e despesas processuais e honorários em 10% sobre o valor da causa.

Recorre a Fazenda (fls.443/452), requerendo a inversão do julgado, sob o argumento de que o autor foi regularmente intimado pelo Diário Oficial do Estado, que tem plena validade, tendo sido apurados os fatos apontados pela Corte.

A Câmara Municipal recorreu (fls.454/459) sustentando que a nulidade de citação perante o TCE/SP não pode macular o Decreto Legislativo 47/2011, até mesmo porque o autor apresentou sua defesa e participou do processo. Alega que as instâncias são diferentes e os Poderes independentes, não podendo a anulação do processo no TCE/SP anular Decreto Legislativo.

Acesso ao Sumário

O autor apresentou contrarrazões às fls. 463/472, pugnando pela manutenção da decisão.

É o relatório.

1. Depreende-se dos autos que o autor, Prefeito em exercício em 2008, foi submetido a processo de tomada de contas nº2119/2008 perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para verificação da regularidade das contas de exercício de 2008.

O Tribunal de Contas emitiu parecer desfavorável as contas apresentadas (cf.fls.131/142) e posteriormente a Câmara Municipal de Bertioga expediu Decreto Legislativo nº047/2011 rejeitando as contas relativas ao exercício de 2008 (cf.fls.205).

Inconformado e alegando que não teriam sido observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, insurgiu-se o autor por meio do ajuizamento desta ação anulatória de ato administrativo que, julgada procedente, resultou no inconformismo das apelantes, manifestado por este recurso.

2. Segundo consta, o apelado realmente não foi citado no processo administrativo que tramitou perante o TCE/SP nº2119/2008, resultando em parecer desfavorável as contas do exercício de 2008, sem a possibilidade de se defender.

A r. sentença entendeu estar configurada a violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo a que foi submetido o apelado e assim comprometida a base do Decreto Legislativo nº 047/2011 e decidiu com acerto, devendo ser mantida.

3. Os documentos acostados aos autos evidenciam a irregularidade do procedimento a que foi submetido o autor no Tribunal de Contas.

Note-se que a Fazenda do Estado **confirma que o apelado não foi notificado pessoalmente, apenas tendo ocorrido a notificação pelo Diário Oficial, razão pela qual a Administração entende que o princípio do contraditório e ampla defesa foi observado.**

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, é certo que houve cerceamento de defesa, pois o autor foi condenado sem ter a oportunidade de apresentar defesa.

Nos termos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado:

"Artigo 91 - A notificação, em processo de tomada de contas, convidando o responsável, sob as penas da lei, a prestar informações, a exibir documentos, novos ou a defender-se, bem como a intimação de que foi condenado em alcance ou multa serão feitas:

I - pessoalmente;

II - com hora certa;

III - por via postal ou telegráfica;

IV - por edital.

Artigo 92 - **A intimação e a notificação pessoal** consistirão na entrega de carta ao responsável, pelo Oficial de Comunicações ou servidor designado, o qual, depois de declarar do que se trata e de convidar o interessado a lançar, querendo, o seu ciente na cópia que lhe será exibida, lavrará certidão circunstanciada do ato, com a indicação do dia, local e hora".

De qualquer modo, a garantia está constitucionalmente prevista, no artigo 5º, inciso LV: "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

Neste sentido a Súmula Vinculante nº 3 do STF:

Súmula Vinculante nº 3: "**Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado**, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão".

Ora, o autor **não foi intimado pessoalmente** para apresentar defesa ou esclarecimento.

Desta forma, o autor tinha direito à apresentação de razões de defesa para comprovar suas alegações, sendo incabível o resultado desfavorável sem o seu conhecimento.

4. Ao contrário do que argumenta a Fazenda, não ocorre, na espécie, invasão do Poder Judiciário.

Ocorre que um dos deveres do Poder Judiciário é a verificação da legalidade do ato administrativo, podendo ser acionado, nesta hipótese, para revisão dos atos emanados pelo Poder Público.

Configurada a ilegalidade do ato administrativo, deve o Judiciário afastá-la.

Neste sentido, precedentes desta Corte:

1037669-23.2014.8.26.0053 Apelação / Inquérito / Processo / Recurso

Relator(a): Manoel Ribeiro

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 22/07/2015

Data de registro: 22/07/2015

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão de anulação da decisão do Tribunal de Contas que julgou irregulares o pregão eletrônico, o contrato e aditivos, aplicando penalidade de multa ao Prefeito Municipal – Alegação de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa – Ordem concedida – Irresignação – Descabimento – Afastamento da preliminar de ilegitimidade de parte passiva – Impetração que se volta

Acesso ao Sumário

contra o Tribunal de Contas do Estado – Defesa amplamente exercitada – **Ausência de intimação pessoal do Prefeito Municipal, que sofre os efeitos da decisão – Necessidade – Inteligência do art. 5º, LV, da CF e arts. 91 e 92 da Lei Complementar nº 709/93 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado) – Notificação da Municipalidade, que exerceu o direito de defesa, insuficiente para assegurar a observância do devido processo legal em relação ao Prefeito Municipal** – Sentença mantida – Recursos voluntários e reexame necessário não providos.

1001235-35.2014.8.26.0053 Apelação/Multas e demais Sanções

Relator(a): Ponte Neto

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 11/06/2014

Data de registro: 12/06/2014

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO – TCE – Ação julgada procedente para anular multa imposta ao autor – **Ausência de intimação pessoal do processo administrativo perante o TCE – Descumprimento do art. 91 da LCE n.º 709/93 – Violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da CF) – Súmula Vinculante n.º 3, do STF** – Verba honorária, em quantia fixa, que não comporta redução – Sentença mantida – Apelo improvido.

0001221-96.2007.8.26.0511 Apelação/Multas e demais Sanções

Relator(a): Antonio Carlos Villen

Comarca: Piracicaba

Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Público

Data do julgamento: 01/08/2011

Data de registro: 12/08/2011

Outros números: 990101079399

Ementa: EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. **Multa aplicada pelo Tribunal de Contas do Estado ao Superintendente da Fundação de Saúde de Rio das Pedras**. Admissão ilegal de pessoal por tempo determinado. **Processo administrativo que não observou as garantias da ampla defesa e do contraditório. Inexistência de intimação pessoal. Intimação pelo Diário Oficial de Justiça que não é suficiente para assegurar o cumprimento daquelas garantias**. Sentença que julgou a ação procedente. Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

Desta forma, não havendo a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o processo administrativo impugnado é nulo.

5. O Decreto Legislativo nº047/2011 em seu texto dispõe:

Art.1º Ficam rejeitadas as contas do Poder Executivo relativas ao

exercício de 2008, **constantes dos autos do processo administrativo nº 685/2010 (TC 2119/026/08).** (Fls.205)

Note-se, pelo texto acima, que o Decreto Legislativo 047/2011 foi expedido com base no processo administrativo do TCE/SP que não observou os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ao contrário do apontado pela apelante, o documento de fls.208 e seguintes demonstram que o Decreto foi fundamentado com base no processo administrativo do TCE/SP, pois determina que os ofícios comunicando o Decreto sejam encaminhados com a cópia do acórdão do TC 002119/026/08 e cópia do parecer que acompanhou o entendimento do TCE/SP.

Em que pese a alegação da Câmara Municipal da independência dos Poderes, pelos documentos dos autos, ficou demonstrada a ligação entre o Decreto e o processo administrativo do TCE/SP, não podendo considerar o Decreto individualmente.

Nesse sentido a r. sentença:

Em relação ao Decreto Legislativo nº047/2011, que é procedimento administrativo com o condão de rejeitar as contas do Poder Executivo relativa ao exercício de 2008 (fls.205/206), como ato final do processo administrativo 2119/026/2008, uma vez que este encontra-se viciado por não ter observado os preceitos constitucional do contraditório e ampla defesa, logo, o Decreto, consequentemente, estará viciado. Desta forma, declaro nulo o Decreto Legislativo nº047/2011.

Logo, deve ser mantida integralmente a r. sentença.

6. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

Isto posto**, os recursos são conhecidos e improvidos**, ficando mantida na íntegra a r. sentença de fls. 436/440. Em atenção ao art. 85, § 1º, 2º e 11 do NCPC, ficam os honorários advocatícios devidos pelos apelantes, majorados para 15% do valor atualizado da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023137-12.2015.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes C.S.V. e R.V.M., é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Julgaram prejudicado o recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora,

que integra este acórdão. **(Voto nº 27.144)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 5 de junho de 2018.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO – Ação indenizatória – Danos morais e materiais – Morte do pai dos autores, por policial militar, durante suposta prática de roubo a estabelecimento comercial – Improcedência do pedido – Existência de interesse de menor absolutamente incapaz – Ausência de intimação do Ministério Público para intervir no processo, em primeiro grau – Prejuízo evidente ao menor, vencido na demanda – Nulidade processual caracterizada – Anulação da sentença que se impõe – Extensão Processo anulado, com observações. Recurso dos autores prejudicado.

VOTO

Trata-se de ***ação indenizatória*** movida por C.S.V. e R.V.M., menor representado por sua genitora, contra o **Estado de São Paulo**, para obter a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes da morte do pai dos autores, por policial militar, durante a suposta prática de roubo a estabelecimento comercial.

Conforme sentença de fls. 131/138, o pedido foi julgado improcedente e os autores condenados ao pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais), observada a gratuidade de justiça concedida.

Inconformados, apelam os ***autores*** e pugnam pela inversão do julgamento. Em síntese, eles reiteram a tese de que houve excesso na ação policial, conforme comprovado pelas provas documentais produzidas nos autos. Alegam, assim, que a morte de seu pai constituiu ato ilícito praticado por preposto do Estado, passível de responsabilização (fls. 141/150).

Foram oferecidas contrarrazões (fls. 154/167).

A D. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo retorno dos autos à origem para regularização, uma vez que o Ministério Público não foi intimado a acompanhar o feito em primeiro grau e há interesse de menor incapaz (fls. 173/175).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A hipótese é de reconhecimento da nulidade do processo, prejudicada a análise do apelo interposto pelos autores.

No caso, os autores ajuizaram a presente demanda contra o Estado de São Paulo para obter o pagamento de indenização por danos morais e materiais em razão do falecimento de seu pai, morto por policial militar durante suposta tentativa de assalto a estabalecimento comercial.

Entretanto, um dos autores é menor absolutamente incapaz (fl. 16), representado por sua genitora, e, como bem salientado pela i. Procuradoria Geral de Justiça, não houve a intimação do Ministério Público para acompanhar o processo em primeiro grau.

Conforme estabelece o artigo 279 do Código de Processo Civil, "***É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir***".

Ademais, o mesmo diploma legal prevê que compete ao Ministério Público intervir nas causas em que há interesses de incapazes, caso do autor, de modo que será intimado de todos os atos do processo, tendo vista dos autos depois das partes (arts. 178, I, e 179, I).

Na hipótese, a falta de ciência dos atos processuais impediu o Ministério Público de ter conhecimento das defesas apresentadas e, no momento oportuno, requerer provas que entendesse cabíveis.

Ressalta-se, ademais, que o autor incapaz saiu vencido e o Ministério Público não foi intimado da sentença, e, assim, não teve oportunidade de interpor eventual recurso adesivo, como bem salientou a d. Procuradoria Geral de Justiça. Evidente, assim, o prejuízo ao menor, e, por consequência, a nulidade processual.

E, muito embora o órgão ministerial que atua em segundo grau pudesse ter ratificado os autos processuais anteriores, não foi esse o posicionamento da d. Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo retorno dos autos à origem para regularização.

Assim, a hipótese é de anulação da r. sentença e do processo, a fim de que o Ministério Público seja intimado para acompanhar o feito em primeiro grau.

Para definir a extensão da anulação, considero a decisão de fl. 90, pela qual foi dada a oportunidade às partes para especificarem as provas que pretendiam produzir, justificando-se a necessidade e a pertinência do requerimento.

Com tais observações, a meu ver, deve ser reconhecida a nulidade do processo, desde fl. 90, determinado-se a baixa dos autos à origem para regular processamento da ação.

Ante o exposto, pelo meu voto e nos termos acima, ***anulo o processo, com observações, prejudicada a análise do apelo dos autores.***

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1029893-75.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada ANA LEDA DA CRUZ SILVA SOARES (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso bem como ao reexame necessário, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.575)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 6 de junho de 2018.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA – Desconto de valores, consignado em folha, a pretexto de devolução, por parte da servidora, de pagamento que indevidamente lhe foi feito pela Fazenda do Estado – Ilegalidade configurada na base de raciocínio *a fortiori*, pois, se ao exequente não é dado penhorar proventos (art. 649, IV, do CPC), com maior razão não pode a Administração Pública, a pretexto de buscar ressarcimento, descontar parcelas em folha de pagamento, numa verdadeira execução sem título – Recurso de apelação e reexame necessário improvidos, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de ação ordinária proposta por Ana Leda da Cruz Silva Soares em face da Fazenda do Estado de São Paulo, na qual aduz a autora que foi contratada temporariamente, em junho de 2015, para exercer as funções de Professor Auxiliar Adjunto e de Professor Auxiliar, ocorrendo que, em agosto de 2015, deixou-se de lhe atribuir as aulas correspondentes à segunda função. Em outubro de 2015, a requerida passou a realizar descontos nos vencimentos da servidora referentes a aulas que, segundo a Administração, teriam sido

remuneradas indevidamente. Diz a autora que o serviço, de qualquer sorte, foi prestado, razão por que pugna pela condenação da requerida na obrigação de abster-se dos descontos, tanto quanto de devolver as quantias já descontadas, acrescidas de juros e incidente correção monetária. Pede, ainda, o pagamento das verbas rescisórias, decorrentes do fim do contrato temporário para o exercício da função de Professor Auxiliar. Por fim, pede a reparação dos danos morais no valor de R$ 20.000,00.

A ação foi julgada parcialmente procedente, determinando o magistrado a devolução das referidas quantias, incidentes juros de mora, a contar da citação, de acordo com os índices que remuneram a caderneta de poupança, nos termos da Lei Federal n.º 12.703/12, e correção monetária pela Tabela Prática, desde a data em que cada desconto foi realizado. O pedido de pagamento das verbas rescisórias e de reparação dos danos morais foi julgado improcedente. Na oportunidade, a requerida viu-se condenada nas custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Em sede de apelação, a Fazenda do Estado reitera os argumentos desenvolvidos na contestação, acrescentando que a tese fixada no julgamento do Tema 810 ainda não pode ser aplicada, porquanto o acórdão, prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda não transitou em julgado.

A autora deixou de apresentar contrarrazões.

É o relatório.

Consta dos autos que Ana Leda da Cruz Silva Soares, Professora de Educação Básica I, foi contratada temporariamente, em junho de 2015, para exercer as funções de Professor Auxiliar Adjunto e de Professor Auxiliar. Dispensada da última função, deixou de ministrar 12 horas de reforço no mês de junho, mas a carga horária somente foi corrigida em agosto, o que gerou pagamento indevido relativo ao período de 22/06 a 31/08.

A r. sentença não comporta reforma.

Se a norma jurídica dispõe sobre a impenhorabilidade de salários, vencimentos e proventos (art. 649, IV, do CPC), tudo indica que não pode a Administração Pública, mesmo na base do contraditório, instaurado por via administrativa, obter devolução de quantia (que pagou equivocadamente ao servidor) mediante desconto em folha, pois isto equivaleria a uma execução sem título.

Sabe-se que a Administração Pública, em razão do dever de eficiência e por força do princípio da moralidade, obriga-se à revisão dos seus atos, se praticados em descompasso com a lei, não se podendo argumentar, é certo, com direito adquirido, porquanto inexistem direitos à margem da lei. Questionável, outrossim, a interferência da boa-fé no deslinde da controvérsia, que não teria o

Acesso ao Sumário

condão de convalidar o ato.

De fato, se o pagamento foi feito em desconformidade com as normas de regência, recebendo o servidor quantia a maior, a Administração Pública, pelo menos em tese, estaria na obrigação de rever o ato para adequar os vencimentos àquilo que é efetivamente devido. Por isto, legítimo revela-se, a princípio, o exercício do direito-dever de perseguir a restituição da quantia paga indevidamente. Mas há aqui um aspecto importante, que tem de ser considerado.

É que a Fazenda do Estado, que foi quem cometeu o erro, haveria de buscar a restituição da quantia paga indevidamente pela via adequada, quer administrativa ou processual, não podendo impor à autora, *manu militari*, descontos nos valores recebidos mensalmente. Aplica-se, em tese, a norma do artigo 111 da Lei Estadual nº 10.261/68, mas assim mesmo, em termos.

Vale dizer, o desconto em folha dependeria do consentimento da servidora. E a Fazenda do Estado não comprovou a existência de procedimento administrativo no qual se tivesse obtido a aquiescência da autora. Se os vencimentos não podem, por expressa disposição legal, ser objeto de penhora, com maior razão, também não podem ser objeto de execução forçada.

Aliás, no concernente à restituição das quantias recebidas a maior, a posição do Superior Tribunal de Justiça é ainda mais rigorosa, pois entende aquela Corte que nem mesmo a devolução de valores recebidos de boa-fé, em decorrência de errônea interpretação ou má-aplicação da lei pela Administração, seria devida:

> "RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - SERVIDORES. GRATIFICAÇÃO - RECEBIMENTO INDEVIDO EFETUADO PELA ADMINISTRAÇÃO POR SUA RESPONSABILIDADE - BOA-FÉ NO RECEBIMENTO - RESTITUIÇÃO DOS VALORES - DESCONTO EM FOLHA - INVIABILIDADE - Ante a presunção de boa-fé no recebimento da Gratificação em referência, descabe a restituição do pagamento indevido feito pela Administração em virtude de errônea interpretação ou má aplicação da lei - Recurso desprovido." (STJ, REsp 488.905/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 13/09/2004).
>
> "ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. BOA-FÉ. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
>
> AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte entende não ser devida a restituição de valores pagos indevidamente a servidor que, de boa-fé, recebeu em seus proventos, ou remuneração, valores advindos de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração, mostrando-se injustificado o desconto. Precedentes. 2. Agravo Regimental desprovido." (STJ, AgRg no Ag 995312 - MG, Ministro

Acesso ao Sumário

Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 06/08/2009).

Enfim, tornando-se litigiosa a coisa, a questão há de ser dirimida por meio judicial, nada autorizando a Fazenda do Estado ao desconto compulsório em folha de pagamento, pelo que deve a ré abster-se dos descontos mensais em folha de pagamento, procedendo à devolução daquilo que já foi retirado dos vencimentos da servidora.

Os demais pedidos formulados na inicial, e negados pela r. sentença, não serão apreciados, à falta de recurso da parte.

Uma observação merece ser feita, a fim de se evitar dificuldades na execução.

Sobre as parcelas em atraso incidirão correção monetária, desde o vencimento de cada parcela, de acordo com o IPCA-E, tanto no período anterior quanto no período posterior à expedição do precatório, e juros de mora, a contar da citação, nos termos da caderneta de poupança, conforme se decidiu no julgamento do RE 870.947, relativo ao Tema 810, ocorrido em 20/09/2017 (objeto de publicação no Diário da Justiça eletrônico, com o inteiro teor do acórdão, em 20/11/2017).

Cumpre dizer, ainda, que o Acórdão proferido em sede de Repercussão Geral relativa ao Tema 810 comporta aplicação antes mesmo do trânsito em julgado, conforme orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DO ART. 475-J. TRÂNSITO EM JULGADO. NECESSIDADE. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APLICAÇÃO TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. NÃO PROVIMENTO.
>
> 1. Para a aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC necessário o trânsito em julgado da sentença.
>
> 2. O acórdão proferido em recurso representativo da controvérsia pode ser aplicado aos demais processos que tratam da mesma matéria, antes mesmo do seu trânsito em julgado. Precedentes.
>
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifei) – AgRg no AREsp 147250 PR 2012/0042096-1, T4 – Quarta Turma, Relator Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 19 de Maio de 2015.

Convencera-me de que só o efetivo acréscimo de trabalho do advogado, por força do recurso interposto, justificaria a majoração dos honorários, a despeito do modo verbal imperativo empregado pelo legislador na regra do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, julgando Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário (ARE 711027, 1ª T., Rel. Min. Luís Roberto Barroso, J. 30/08/16, DJe 04/08/17), por maioria, decidiu de outro modo.

Destarte, considerada a presunção absoluta estabelecida pela referida

Acesso ao Sumário

regra legal, tenho por bem majorar em R$ 1.000,00 os honorários advocatícios fixados anteriormente, atento à regra do artigo 85, § 11 (que reporta aos parágrafos 2º a 6º), do Código de Processo Civil.

Nestes termos, nego provimento ao recurso bem como ao reexame necessário, com observação.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003345-58.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e HOSPITAL MUNICIPAL MATERNIDADE ESCOLA DE VILA NOVA CACHOEIRINHA DR. MARIO DE MORAES ALTENFELDER SILVA, são apelados MIRAILDES DA SILVA SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA) e ANDRÉ SANCHEZ GARCIA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Reexame necessário e recurso da ré parcialmente providos, para reduzir o valor da indenização por danos morais e afastar a condenação ao pagamento de pensão mensal, com observação quanto à correção monetária. V.U. , de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.969)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 7 de junho de 2018.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Indenização por danos morais e materiais – Erro médico – Deficiente atendimento médico durante o parto – Óbito do recém-nascido – Condições de nascimento que decorreram da assistência obstétrica prestada, conforme laudo pericial – Responsabilidade da requerida pelo pagamento de indenização – Dano moral evidente – Valor da indenização por danos morais que deve

ser reduzido – Pensão mensal – Não cabimento – Inaplicabilidade da Lei nº 11.960/09 para cálculo da correção monetária – Reexame necessário e recurso da ré parcialmente providos, para reduzir o valor da indenização por danos morais e afastar a condenação ao pagamento de pensão mensal, com observação quanto à correção monetária.

VOTO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por MIRAILDES DA SILVA SANTOS E OUTRO que pedem indenização pelos danos morais suportados em razão do deficiente atendimento médico prestado pelos prepostos da requerida durante a gravidez de Miraildes, que levaram ao óbito do feto. Pedem, ainda, indenização por danos materiais, no valor equivalente a dois terços do salário mínimo, desde a data em que a vítima completaria quatorze anos até a data em que atingiria sessenta e cinco anos.

A r. sentença de fls. 430/432, integrada pela decisão de fls. 441/443, julgou procedente o pedido, para condenar a requerida (i) ao pagamento de R$440.000,00 a título de indenização por danos morais e (ii) pelos danos materiais, ao pagamento de pensão no valor de dois terços do salário mínimo a partir da data em que o filho completaria 16 anos de idade e até a data em que completaria 65 anos. Condenou a requerida ao pagamento das custas processuais e verba honorária fixada no percentual mínimo do valor da condenação por danos morais, a ser apurada em execução. O MM. Juiz destacou que a perícia concluiu que as condições do nascimento decorreram da assistência ao parto e que a correção monetária deve observar a Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do artigo 1°-F da Lei n° 9.494/97, com a redação da Lei n° 11.960/09.

A Municipalidade interpôs recurso de apelação a fls. 447/465, alegando, em síntese, que as atividades médicas são obrigações de meio e que não houve comprovação de erro médico ou de negligência. Aduz que, caso mantida a condenação, a indenização por danos morais deve ser reduzida, à luz da Teoria da Perda de uma Chance, já que o resultado morte não pode ser imputado diretamente ao atendimento hospitalar disponibilizado pela administração, mas deve ser entendido como uma contribuição causal para o resultado, ao não disponibilizar o tratamento mais adequado. Diz que, quanto à pensão mensal, há dano em tese, de impossível comprovação, e que somente se admite a reparação de danos diretos e efetivos. Por fim, pleiteia a aplicação da Lei n° 11.960/09 para o cálculo da correção monetária.

Acesso ao Sumário

Recurso bem respondido (fls. 467/473).

Recurso regular e tempestivo (fl. 477).

É o relatório.

Inicialmente, tenho por interposto o reexame necessário, nos termos do artigo 496 do Código de Processo Civil de 2015.

Pretendem os autores obter indenização pelos danos morais e materiais que suportaram em razão de negligência dos prepostos da requerida durante o trabalho de parto da coautora Miraildes. Dizem que em razão da demora na realização do parto, o recém-nascido veio a óbito.

A obrigação do atendimento médico é obrigação de meio e não de resultado, e para se configurar erro médico ou conduta culposa do profissional que atende o paciente é necessário que se demonstre que o médico não fez uso dos melhores procedimentos e técnicas conhecidas.

A obrigação do médico é a prestação dos cuidados necessários com o emprego do tratamento mais adequado para a situação. Assim, se faz necessário que, para a responsabilização por erro médico, reste demonstrada a má prestação do serviço.

Neste sentido, é a posição do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, de onde podemos destacar:

"RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – ERRO MÉDICO – MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA – OBRIGAÇÃO DE MEIO – ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE – FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE – TEORIA DA PERDA DA CHANCE – APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I – A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;

***II – O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexo de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde."* (REsp 1104655/RS – 3ª Turma – Relator: Ministro Massami Uyeda – j. 9.6.2009).**

Acesso ao Sumário

O laudo pericial de fls. 397/406 explica detalhadamente os procedimentos e técnicas aplicáveis à situação da autora:

> ***O presente caso de pós-datismo (gestação na 41ª semana) que apresentou complicações crescentes durante a indução do trabalho de parto (mecônio, rotura das membranas ovulares e posteriormente a não evolução esperada da indução/condução de trabalho de parto em feto grande para a idade gestacional) não teve esgotada toda a propedêutica para a avaliação da vitalidade fetal ou a reconsideração da via de parto em momento que permitisse obter um RN em melhores condições.***
>
> ***(...)***
>
> ***As condições de nascimento decorrem da assistência ao parto. (fls. 401 e 405).***

No caso dos autos, o perito judicial concluiu expressamente que "***as condições de nascimento decorrem da assistência ao parto prestada***" (fl. 405).

Tem-se, dessa forma, que a obrigação de meio à qual se comprometeu a requerida não foi atingida, evidenciando sua responsabilidade de indenizar.

A assistência obstétrica prestada, com demora na realização de cesária, indica que houve negligência dos prepostos da ré, já que as condições do recém-nascido decorreram dessa assistência.

Demonstrado o nexo causal entre a conduta dos prepostos da ré e o dano suportado pelos autores, mostra-se correta a condenação da ré ao pagamento de indenização.

O dano moral suportado pelos autores é evidente, visto que o evento levou ao óbito do recém-nascido.

Reconhecida a responsabilidade da requerida, passa-se à análise do *quantum* indenizatório arbitrado.

A sentença recorrida condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais em R$440.000,00, valor que se mostra exacerbado. Assim, a indenização por danos morais deve ser reduzida para R$200.000,00 (duzentos mil reais), valor este que é adequado para compensar a dor suportada pelos autores, em razão do falecimento do recém-nascido, e atende ao binômio de compensação da dor suportada, além de reprimir desagradáveis condutas similares por parte da ré, sem que seja fonte de enriquecimento sem causa por parte dos autores.

Em relação aos alegados danos materiais, entretanto, assiste razão à Municipalidade. Na esfera patrimonial, inexiste prejuízo a ser reivindicado pelos pais em razão da perda do filho recém-nascido no caso dos autos. Conforme voto do E. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

> ***A perda do filho recém-nascido causa sofrimento e dor à mãe e a***

Acesso ao Sumário

todos os familiares, a atingir o patrimônio moral. Contudo, na esfera patrimonial, inexiste prejuízo a ser reivindicado pelos pais, porquanto a indenização por dano material, em forma de pensão, visa restabelecer a situação financeira anterior ao ato ilícito, recompondo a renda que não mais será auferida em razão da morte de quem a recebia. Sem a caracterização de um prejuízo econômico, não se indenizam os danos materiais.

Sobre o tema, assinalou o Ministro Athos Carneiro, no REsp n. 28.861-PR(DJ 8/3/1993):

"Eminentes Colegas, frisou o ilustre patrono do recorrente, da tribuna, que o evento fatal ocorreu antes da vigência da atual Constituição, que, se assim posso dizer, elevou ao patamar constitucional a indenização dos danos puramente morais. Todavia, já anteriormente vínhamos, pelo menos parte ponderável da jurisprudência, na trilha de numerosos escólios doutrinários, deferindo a indenização pelo dano moral puro; a respeito, eu mesmo tive oportunidade de manifestar-me reiteradas vezes, quando ainda integrava o Tribunal de Justiça do meu Estado natal. É certo que o Supremo Tribunal Federal, em vários acórdãos, indeferiu a concessão cumulativa de indenização por danos morais, em casos de acidentes fatais com vítimas menores. Aí, entretanto, ocorre uma circunstância relevante o Pretório Excelso opunha, por muitos de seus membros, não por todos, reservas à indenização ampla do dano moral puro. Daí, passaram a ser concedidas indenizações aos progenitores de menores vitimados, por danos ditos materiais, mas que real e efetivamente constituíam indenizações por danos morais. Realmente ocorria, como o disse, se não estou equivocado, Mário Moacir Porto, eminente Desemb. aposentado do Tribunal de Justiça da Paraíba e advogado no Rio Grande do Norte atualmente, obra de "futurologia jurídica". Era previsto, em antecipação do futuro, que aquele menor, às vezes de tenra idade, iria contribuir para a manutenção da família. Interessante é que se concedia essa indenização, afirmada de danos materiais, desde a data da evento, e não desde a data em que o menor poderia legalmente começar a trabalhar, tudo revelando que, em verdade, se estava deferindo indenização pelo dano moral a color de compensar futuros, eventuais e problemáticos danos de natureza material. Por esse motivo, quiçá, é que tal indenização, porque por danos morais deveria ser paga durante um tempo certo, era limitada até a data em que a vítima completaria 25 anos.

Agora, parece-me mister distinguir as duas situações: a primeira, a da morte do menor de tenra idade ou que ainda não trabalha,

Acesso ao Sumário

quando entendo cabível apenas a indenização por dano moral; e a segunda - a que aludem alguns dos acórdãos a que fez referência o Eminente Ministro Relator - é a situação da indenização por morte de menores que já trabalhavam e efetivamente ajudavam os pais. Neste caso, não se estará fazendo obra de "futurologia jurídica" mas se está encarando danos concretos e realmente ocorrentes; para estes casos, então, estabeleceu-se aquele limite de sobrevida provável da vítima, fixada em 65 anos de idade, que nos parece um termo razoável, um tanto superior ao tempo médio de vida nas regiões menos desenvolvidas do país e um tanto inferior ao tempo de vida em regiões de maior prosperidade".

Na linha desses precedentes e da distinção entre dano material e moral, tenho por incabível a indenização de dano material em forma de pensão, ressaltando, todavia, a possibilidade, em tese, de haver outros danos materiais, como ressarcimento, por exemplo, de despesas hospitalares ou com funeral, o que, na espécie, não veio a debate. **(REsp 402874/SP, Quarta Turma, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 06/06/2002).**

De fato, não é possível aferir se o recém-nascido iria de fato contribuir para a manutenção da família, sendo certo que ele viveu pouco mais de um dia. Trata-se de mera expectativa de direito e não basta a simples possibilidade para a condenação ao pagamento de danos materiais.

Nesse sentido, ensina Rui Stoco[1]:

Cumpre desde logo deixar assentado nosso entendimento no sentido de que se a criança não podia trabalhar, posto menor de 14 anos, ou com idade em que o trabalho não é permitido, e se não exercia atividade remunerada e, portanto não contribuía para o sustento da família, não cabe e não há falar em reparação de qualquer dano material, sob a forma de pensão mensal de trato sucessivo, senão e apenas compensação moral aos pais.

Tanto a doutrina como a jurisprudência que agasalhavam, aquele entendimento (concessão de pensão mensal de trato sucessivo) evoluíram no sentido de se conceder apenas essa referida compensação pela perda de um ente querido.

(...)

E mais: a concessão de pensão de trato sucessivo aos pais em razão da morte de filho menor de idade, que não exercia atividade remunerada ou não contribuía para o sustento da família, em casos tais, parte de suposição sem qualquer suporte lógico ou possibilidade de comprovação

Acesso ao Sumário

1 *Tratado de Responsabilidade Civil*, 8ª ed., Ed. RT, São Paulo, p. 1488.

de que, viva, essa vítima poderia efetivamente contribuir para a mantença do núcleo familiar.

E como é cediço, não se pode confundir previsibilidade razoável com mera futurologia empírica, na consideração de que a ninguém se assegura futuro promissor ou que não seja atingido pelo evento morte.

Tal entendimento mostra-se em harmonia com a Súmula 491 do STF quando dispõe ser "indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado", na medida em que não especificou a Corte Suprema a natureza da indenização. (...)

Esse entendimento já foi adotado por este E. Tribunal de Justiça:

Ação de Indenização – Dano material e moral – Morte de filho, neonato, em decorrência de infecção hospitalar – Ilegitimidade passiva do Estado de São Paulo afastada – Atendimento realizado pelo SUS, de forma gratuita – Responsabilidade solidária entre a pessoa jurídica de direito público e a prestadora do serviço público – Responsabilidade objetiva da Administração – Comprovação dos elementos – Pensão indevida – Filho dos autores que faleceu aos seis dias de vida – Danos morais devidos – Sentença de procedência parcialmente reformada. Recursos parcialmente providos **(Apelação Cível n° 0000468-67.2004.8.26.0278, 4ª Câmara de Direito Público, Relª. Desª. Ana Liarte, j. 14/08/2017).**

RESPONSABILIDADE CIVIL – Erro Médico – Demora na realização do parto cesariana – Morte da Nascitura por trombose no cordão umbilical – Procedência do pedido para condenar, solidariamente, os requeridos no pagamento de indenização por danos morais no valor de 200 (duzentos) salários mínimos e pensão alimentícia no valor de 2/3 (dois terços) do salário mínimo vigente, devida dos 18 aos 33 anos de idade da natimorta – Inconformismo. Responsabilidade subjetiva do médico – Gestação de 40 (quarenta) semanas – Indicativo de possível sofrimento fetal – Urgência na realização do parto – Gestante que foi atendida por três médicos em ocasiões anteriores – Trombose no cordão umbilical – Evento súbito não possível de aferição pelo obstetra – Conduta negligente não observada – Recurso provido. Responsabilidade objetiva da Santa Casa – Má prestação do serviço hospitalar (ausência de anestesista) – Inteligência dos artigos 14, § 1º, incisos I e II e § 4º e 34, ambos do CDC – Obrigação em indenizar – Dano moral fixados em 200 salários mínimos – Redução para R$ 100.000,00, a ser atualizado a partir da data do acórdão – Juros de mora contados da citação – Ilícito contratual – <u>Pensão alimentícia – Exclusão – Não cabimento</u> – Mera expectativa de direito – Decisão reformada – Sucumbência recíproca – Recurso provido, em parte, para <u>excluir a pensão alimentícia</u> e a

Acesso ao Sumário

incidência do artigo 475-Q do CPC. Apelação dos autores – Majoração das verbas indenizatórias e dos honorários advocatícios – Concessão de gratuidade à Santa Casa Mantida – Recurso desprovido **(Apelação Cível n° 0015336-10.2007.8.26.0322, 2ª Câmara de Direito Privado, Relª. Desª. Marcia Tessitore, j. 16/12/2014, g.n.).**

Assim, devem ser providos o reexame necessário e o recurso da Municipalidade para afastar sua condenação ao pagamento de pensão mensal aos autores.

Quanto à taxa de correção monetária fixada na sentença, é certo que o C. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das ADIs 4.357/4.425 e do tema 810 de repercussão geral, reconheceu a *parcial* inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.960/09, vedando a correção monetária dos débitos impostos à Fazenda Pública com base nos índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR), por não representarem a verdadeira depreciação do valor da moeda e inflação do período.

A declaração superveniente de inconstitucionalidade, *que possui eficácia imediata*, impede a aplicação do critério de correção monetária estipulado pela Lei 11.960/09.

É o que também restou decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n° 1.270.439, em 26/06/2013, posteriormente ao julgamento das ADIs pelo C. Supremo Tribunal Federal:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. (...) VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO (ADIN 4.357/DF).

12. O art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei 11.960/2009, que trouxe novo regramento para a atualização monetária e juros devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior a sua vigência.

13. "Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente" (REsp 1.205.946/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves,

Acesso ao Sumário

Corte Especial, DJe 2.2.12).

14. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/09, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, ao examinar a ADIn 4.357/DF, Rel. Min. Ayres Britto.

15. A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança" contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.

16. Igualmente reconheceu a inconstitucionalidade da expressão "independentemente de sua natureza" quando os débitos fazendários ostentarem natureza tributária. Isso porque, quando credora a Fazenda de dívida de natureza tributária, incidem os juros pela taxa SELIC como compensação pela mora, devendo esse mesmo índice, por força do princípio da equidade, ser aplicado quando for ela devedora nas repetições de indébito tributário.

17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal.

18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.

19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota.

20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária - o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 -, os juros moratórios devem ser calculados com base

Acesso ao Sumário

no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período.

21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008. (Rel. Min. Castro Meira, j. 26/06/2013).

Nem mesmo a modulação de efeitos das ADIs 4.357 e 4.425 altera esse entendimento, pois a modulação em questão se aplica apenas para os processos em que os *precatórios* foram expedidos ou pagos até 25.03.2015, conforme se depreende do julgamento das Questões de Ordem nas ADIs 4.357 e 4.425:

"Concluindo o julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto, ora reajustado, do Ministro Luiz Fux (Relator), resolveu a questão de ordem nos seguintes termos: (...) 2) - conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber (...)."

A modulação de efeitos teve o claro objetivo de convalidar a aplicação da Taxa Referencial (TR) *somente* para processos em que os precatórios já haviam sido expedidos ou que já haviam sido pagos.

No presente caso, ainda em fase de conhecimento, obviamente sequer ofício requisitório ou precatório foi expedido, o que, por lógica, impede a aplicação automática da modulação de efeitos e ainda permite discussão sobre os critérios de correção monetária, ante a declaração de inconstitucionalidade proferida.

Assim, independentemente do teor da modulação de efeitos do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, é certo que não pode prevalecer índice já reconhecido como *inconstitucional*, o que também foi confirmado pelo recente julgamento do tema 810 de repercussão geral, no qual se fixou a seguinte tese:

"2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Acesso ao Sumário

Dessa forma, em razão da declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 5º da Lei n° 11.960/09, o diploma legal é inaplicável ao caso para fins de correção monetária, devendo o débito ser corrigido pelo IPCA, consoante entendimento desta C. 5ª Câmara de Direito Público.

Quanto aos juros moratórios, por outro lado, deve ser aplicada a Lei n° 11.960/09, inclusive com observância dos termos da Medida Provisória 567/2012.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao reexame necessário e ao recurso da Municipalidade, para reduzir o valor da indenização por danos morais e afastar a condenação ao pagamento de pensão mensal, com observação quanto à correção monetária.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância esta deverá ser apresentada no momento da apresentação de referidos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1049738-82.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ÉRICA RODRIGUES DO NASCIMENTO AUGUSTINI, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.938)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente sem voto), PAULO DIMAS MASCARETTI e LEONEL COSTA.

São Paulo, 4 de junho de 2018.

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. SENTENÇA DENEGATÓRIA DA SEGURANÇA.
CONCURSO PÚBLICO. DIRETOR DE ESCOLA. Cômputo da titulação de mestre em educação sexual. Admissibilidade. Previsão constante do edital alberga pontuação aos títulos que guardem relação com as atribuições do cargo de Diretor. Recusa do

título para a contagem de pontos. Ilegalidade do ato administrativo. Título de mestrado em Educação Sexual pela Faculdade de Ciência e Letras da UNESP, Campus Araraquara. A consulta ao sítio eletrônico da Unesp é possível consultar que o Programa da Pós Graduação em Educação Sexual objetiva o "aperfeiçoamento da qualidade dos setores sociais da administração pública nas áreas de Educação e Saúde". Mestrado registrado e avaliado na área de educação em ferramenta disponibilizada pelo MEC. Concessão da segurança para autorizar atribuição de pontos atinentes ao mestrado e consequente elevação da nota da impetrante na forma prevista no edital. Configuração dos pressupostos da impetração. Certeza jurídica e material. Concessão da segurança. RECURSO PROVIDO.

VOTO

ÉRICA RODRIGUES DO NASCIMENTO AUGUSTINI, inconformada com a respeitável sentença de fls. 223/227, que julgou denegou a segurança, interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, (i) a inscrição no concurso para o cargo de diretor de escola estadual; (ii) o direito à contagem de 05 pontos referentes ao título de Mestre em Educação Sexual pela UNESP; (iii) o título apresentado possui relação direta com as atribuições pedagógicas do cargo de Diretor; (iv) a prevalência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório; (v) o mestrado da impetrante tem como área de concentração a educação sexual e registro na área básica de educação; (vi) o cômputo da titulação terá o condão de melhorar a colocação da apelante em 623 posições.

Apresentadas contrarrazões (fls. 248/255 e 260/263), o recurso foi regularmente processado.

A Procuradoria Geral de Justiça deixou de lançar parecer (fls. 265/268).

É o relatório.

O mandado de segurança impugna o ato administrativo que indeferiu o cômputo do título de Mestre em Educação Sexual para a pontuação em concurso público para o cargo de Diretor de Escola do Estado.

A sentença denegou a segurança sob o fundamento de que apenas o mestrado em área de gestão ou administração escolar poderia ser considerado para a pontuação.

Interessa saber se efetivamente a impetrante reúne os pressupostos para a impetração do mandado de segurança.

Acesso ao Sumário

Cássio Scarpinella Bueno preleciona:

"Por direito líquido e certo deve ser entendido aquele direito cuja existência e delimitação são claras e passíveis de demonstração documental.

(...)

Essa interpretação da expressão ' direito líquido e certo' relaciona-se intimamente ao procedimento célere, ágil, expedito e especial do mandado de segurança, em que, por inspiração direta do 'habeas corpus', não é admitida qualquer dilação probatória. É dizer: o impetrante deverá demonstrar, já com a petição inicial, no que consiste a ilegalidade ou a abusividade que pretende ver expungida do ordenamento jurídico, não havendo espaço para que demonstre sua ocorrência no decorrer do procedimento" **(Mandado de segurança, 4ª edição, Editora Saraiva, 2008, p. 15).**

Na verdade, o direito líquido e certo se resolve com a exata identificação dos pressupostos da certeza material e da certeza jurídica. Aquela envolve o suporte fático indubitável, demonstrado de plano, enquanto esta diz respeito ao apoio em norma legal ou nas garantias constitucionais **(Milton Flaks, Mandado de Segurança – Pressupostos da Impetração, ed. Forense, pág. 34, 1980).**

O pressuposto relativo à certeza material resulta de fato certo, ou seja, aquele capaz de ser comprovado de plano **(RSTJ 4/1477, 27/140, 147/386)**, por intermédio de documento inequívoco **(RTJ 83/130, 85/355, RSTJ 27/169, 55/325, 129/72)** e independentemente de exame técnico **(RTFR 160/329).**

A Administração justifica a negativa de pontuação por considerar que a área de concentração do mestrado da impetrante não abrange a gestão escolar (fls. 115) concluindo, assim, que o título não guarda relação com as atribuições do cargo de Diretor de Escola.

Nesse quadro, tudo se resolve apurando se a impetrante faz, ou não, jus aos 05 pontos referentes à titulação de Mestre em Educação.

Importante consignar que o Edital SE 01/07 estabelece que somente serão considerados os títulos referentes a cursos que guardem relação com as atribuições do cargo de Diretor de Escola, conforme previsto no §2º do art. 22 do Decreto 60.449/14 (Capítulo VII, item 2 – fls. 35).

No mesmo sentido, o artigo 22, §2º, do Decreto 60.449/14 registra que não serão aceitos títulos que não guardem relação com as atribuições do cargo em disputa.

Observo que o item 1.2, do Anexo III do edital, estabelece que serão considerados como titulação o diploma de Mestre na área de Educação (fls. 46).

Sobre as atribuições do cargo de Diretor de Escola, o edital faz remissão

Acesso ao Sumário

à Resolução SE 56/2016 (fls. 45) que, por sua vez, dimensiona a atuação do diretor de escola em gestão pedagógica, gestão de processos administrativos e gestão de pessoas e equipes[1].

Pois bem. Observo que a apelante é Mestre em Educação Sexual pela Faculdade de Ciência e Letras da UNESP, Campus Araraquara (fls. 66).

Em consulta ao sítio eletrônico da Unesp é possível consultar que o Programa da Pós Graduação em Educação Sexual objetiva o "***aperfeiçoamento*** *da qualidade* ***dos setores sociais da administração pública nas áreas de Educação*** *e Saúde*"[2] (grifamos).

Importante registrar que no portal SUCUPIRA, ferramenta do MEC que veicula informações sobre os cursos de pós graduação, o mestrado da impetrante está registrado e avaliado na área de educação (fls. 67/69).

Não se exime a administração da obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, nem se desconhece a previsão editalícia que determina a observância das formalidades para apresentação dos títulos pelos candidatos.

É preciso ponderar que as normas do Edital qualificam instrumento postos à disposição da Administração para selecionar, com isenção e objetividade, o melhor candidato para o cargo público.

Assim sendo, a adstrição da Administração às regras do Edital não pretende consagrar excesso de formalidade, mas almeja apenas impedir que a Administração se comporte de forma não antevista apenas para favorecer um ou outro interessado no cargo em questão.

Nesse quadro, considerando que o programa da pós graduação da impetrante é voltado ao aperfeiçoamento da administração pública na área da educação, é lícito concluir pelo direito da impetrante ao cômputo da titulação correspondente ao mestrado.

Assim, a não atribuição dos pontos à impetrante descortina a ilegalidade do ato praticado pelas autoridades coatoras e, com isso, a obrigatoriedade do cômputo dos pontos não atribuídos, com o reconhecimento do certificado do título de mestre apresentado.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004176-22.2014.8.26.0296, da Comarca de Jaguariúna, em que é apelante ESTADO DE

1 Disponível em (Endereço eletrônico constante do texto original).

2 Disponível em (Endereço eletrônico constante do texto original).

SÃO PAULO, é apelado AUTO POSTO CRED CAMPO LIMPO PAULISTA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Cassação de ofício da r. sentença. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.762)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 5 de junho de 2018.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: COMBUSTÍVEL ADULTERADO. CADASTRO DE CONTRIBUINTES DO ICMS PAULISTA. REVENDEDOR. INSCRIÇÃO CASSADA. RESPONSABILIDADE. FASE INSTRUTÓRIA INDISPENSÁVEL.

- O direito ao julgamento antecipado da lide não é adversário da verdadeira oportunidade ad probationem: aquele apenas se autoriza – ou, na verdade, impõe-se como dever de economia processual – quando a prova se antevê inútil. Não é o caso dos autos.

- " 1 . Evidenciada a necessidade da produção de provas requeridas pela autora, a tempo oportuno, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, com infração aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

2. A violação a tais princípios constitui matéria de ordem pública e pode ser conhecida de ofício pelo órgão julgador" (REsp 714 . 467 - STJ - Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j . 2 - 9 - 2010) .

Cassação de ofício da r. sentença.

VOTO

RELATÓRIO:

1. Auto Posto Cred Campo Limpo Paulista Ltda. propôs ação anulatória contra a Fazenda do Estado de São Paulo, visando a desconstituir o ato administrativo que cassou sua inscrição no cadastro fiscal paulista, após verificada desconformidade das amostras de etanol hidratado com os parâmetros

Acesso ao Sumário

normativos da Agência Nacional de Petróleo.

Sustenta que a divergência com os padrões é insignificante, atribuindo essa diferença à infiltração provocada por um defeito na tampa do tanque de estocagem, fato de que tomou ciência durante manutenção realizada após o recolhimento das amostras. Afirma que essas alegações não foram consideradas pela decisão administrativa, que se limitou a rejeitar sua defesa com fundamento na irregularidade aferida na fiscalização.

2. A requerente manifestou interesse na produção de provas técnica e testemunhal (fls. 250-1), pleiteando a Fazenda paulista o julgamento antecipado do feito (fl. 248).

3. A r. sentença julgou procedente o feito, considerando nulo o ato administrativo por falta de motivação, uma vez que não foram apreciados os argumentos da requerente, confirmando a medida liminar concedida em ação cautelar preparatória (fls. 277-82).

4. Do decidido, apelou a Fazenda bandeirante, afirmando que, embora a decisão administrativa impugnada não tenha combatido de forma expressa as alegações da demandante, a fundamentação do ato as rechaça, sendo a aplicação do disposto no art. 1º da Lei paulista n. 11.929/2005 (de 12-4) suficiente para caracterizar o motivo do ato, elemento essencial da atuação administrativa.

Prossegue, sustentando não ser mínima a diferença entre os valores apurados na fiscalização e aqueles previstos na Resolução Agência Nacional do Petróleo n. 7/2011 (de 9 -2), não subsistindo a tese de infiltração no tanque de armazenamento do combustível (fls. 286-293vº).

Respondeu-se ao recurso (fls. 303-11).

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais em 18 de abril de 2018 (fl. 323).

VOTO:

5. Em que pese a vislumbrar-se presente a motivação do ato administrativo impugnado, a controvérsia dos autos não se restringe à matéria de direito, mostrando-se, a meu ver, *da veniam*, prematuro o julgamento da lide com dispensa da fase instrutória.

Para a espécie, não era aplicável a norma inscrita no art. 355 do Código de processo civil, uma vez que a nulidade do ato administrativo apontada pelo requerente não se refere somente à agitada falta de fundamentação do *decisum* que se pretende anular, mas também à suposta ausência da irregularidade que lhe foi imputada.

6. O autor trouxe documentos que comprovam defeito na "tampa adaptadora do spill de descarga" do tanque de armazenagem de álcool, bem como da substituição da peça e da realização, por laboratórios contratados por

Acesso ao Sumário

ela, de diversos testes aferindo a regularidade do combustível após a correção do problema (fls. 82-8, 90, 223-44 e 256-73).

Essa documentação não é suficiente para elidir a presunção de legitimidade dos atos administrativos, substituindo a análise das amostras em tela por duas renomadas instituições, mas é indício bastante para autorizar a produção de prova técnica requerida.

7. É certo que os parâmetros de qualidade estabelecidos por norma da ANP e que as disposições da Lei federal n. 9.847/1999 (de 26-10) e da Lei paulista n. 11. 929 /2005 (de 12 -4) devem ser observados.

Não parece razoável, todavia, que se imponha ao autor penalidade grave como a cassação da inscrição estadual, impedindo o prosseguimento da atividade empresarial sem que tenha havido um ato consciente a ensejar sua responsabilização.

A finalidade das referidas normas é impedir a prática de fraude no comércio de combustíveis, não se mostrando proporcional aplicar idêntica punição ao comerciante que praticou atos com escopo fraudulento e a aquele que não tinha conhecimento da circunstância que provocou a irregularidade.

A admissão de responsabilidade objetiva deve ser sempre um corolário de compreensão estrita da lei, pena de estender-se a quebra excepcional de que, em linha de princípio, *nulla pœna est sine culpā*.

8. A efetividade do exercício do direito de prova é objeto de decisão judicial, de modo que a escolha da solução casual observe o **princípio da necessidade da** prova, a fim de permitir que, mediante a descoberta da verdade dos fatos, possa prolatar-se uma **sentença justa**. Trata-se, pois, de um **poder vinculado**, embora o Judiciário só deva admitir a produção de provas necessárias.

Em princípio, a resolução judicial concernente ao direito de prova é própria da primeira instância, porque é ao juiz de primeiro grau a quem se concede a imediação da *praxis* da prova, e, pois, é a ele que incumbe avaliar a suficiência da prova já produzida, a necessidade de prova adicional e até mesmo a relevância dos meios provativos a que acenam as partes.

Sem embargo, essa razão de princípio não impede que, ponderados os motivos judiciais de primeiro grau, possa o Tribunal decidir em contrário, reavaliando a necessidade singular das provas, aferindo-lhes a relação com os fatos discutidos no processo, considerando-lhes a relevância ou, diversamente, a superfluidade, a impertinência casual, a impossibilidade de sua obtenção, até mesmo eventual intento procrastinatório.

Averbe-se, a propósito, que cabe à Corte apreciar o tema do cerceamento de defesa qual **objeção**. Nesse sentido, recolhe-se de julgado do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"1 . Evidenciada a necessidade da produção de provas requeridas pela

autora, a tempo oportuno, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, com infração aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

2. A violação a tais princípios constitui matéria de ordem pública e pode ser conhecida de ofício pelo órgão julgador" (REsp 714.467 – Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j . 2-9-2010).

9. Diante da incerteza acerca da efetiva insignificância da divergência das amostras com as balizas normativas, e da possibilidade de atribuí-la ao alegado defeito, cabe cassar de oficio a r. sentença, remetendo os autos à origem para que se propicie dilação probatória.

POSTO ISSO, meu voto, cassa, de ofício a r. sentença, determinando o retorno dos autos à origem para dilação probatória, prejudicado o exame do recurso da Fazenda do Estado de São Paulo (proc. n. 0004176-22.2014 da 2ª Vara da Comarca de Jaguariúna).

É como voto.

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0025874-71.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é apelado BANCO ITAÚ BBA S/A.

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 reexame necessário, considerado interposto, e ao apelo do Município, para julgar improcedente o pedido. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.143)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSCILD DE LIMA JÚNIOR (Presidente sem voto), RICARDO DIP e JARBAS GOMES.

São Paulo, 8 de junho de 2018.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Ação ordinária objetivando declaração de inexigibilidade de débitos que recaíram sobre veículos (multas de trânsito), objetos de alienação

Acesso ao Sumário

fiduciária. Sentença de procedência. Recurso da Fazenda Municipal buscando a inversão do julgado. Reexame necessário, considerado interposto, e apelo do Município que comportam acolhimento para julgar a ação improcedente. Autor que não comprova os fatos alegados na inaugural. Ausência de comprovação de que os veículos eram ou tenham sido objeto de contrato de alienação fiduciária ou de arrendamento mercantil. Artigo 373, I, do CPC. Reexame necessário, considerado interposto, e apelo do Município providos.

VOTO

I. Ação nominada de Anulatória de Débito Fiscal c.c Declaratória de rito ordinário movida por BANCO ITAÚ BBA S/A contra o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, objetivando a anulação de 987 (novecentos e oitenta e sete) multas de trânsito, que recaíram sobre diversos veículos que – segundo alega – se encontram alienados fiduciariamente, não podendo assim responder pelos referidos débitos, uma vez que detém tão só a propriedade fiduciária e a posse indireta do bem. Aduz que a responsabilidade pelos débitos deve ser atribuída aos devedores fiduciários, detentores da posse do bem.

Deferida a liminar para suspender a exigibilidade dos débitos (fls. 381).

A r. decisão de fls. 740, acolheu a preliminar da Municipalidade para limitar o objeto da lide em 30 (trinta) autos de infração. Contra essa decisão foi interposto Agravo de Instrumento (A.I. nº 2068256-39.2015.8.26.0000), improvido por esta Câmara em sessão de 12 de maio de 2015 (fls. 760/764).

A r. sentença de fls. 783/786, de relatório adicionalmente adotado, julgou procedente a ação para "*declarar a inexistência de relação jurídica obrigacional, entre as partes, com tocante a multas, relacionadas aos trinta veículos objeto da lide. Fica mantida a liminar, em relação aos mesmos*" (textual fls. 785). Carreou ao réu, ainda, o pagamento de custas processuais, atualizadas, e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizados das respectivas multas.

Sobreveio recurso do Município. Nas razões de fls. 805vº/810, postula a inversão do julgado, alegando, em síntese, que o autor absteve-se de cumprir suas determinações legais, uma vez que não forneceu aos órgãos de trânsito todos os dados necessários à identificação do arrendatário, descumprindo o preceituado na Resolução Contran 149/2003, posteriormente revogada pela Resolução Contran 320/2009, motivo pelo qual os veículos permaneceram registrados em seu nome, devendo, assim, responder por sua omissão. No mais, salienta

Acesso ao Sumário

que o autor deixou de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, por não haver trazido cópias dos contratos de arrendamento mercantil, bem como figura como proprietário dos veículos perante os órgãos de trânsito, conforme consta nos documentos de fls. 402/413. O recurso foi regularmente processado, com resposta do autor a fls. 816/824, subindo os autos. Este, em síntese, o relatório.

II. Por primeiro, considera-se interposto o recurso oficial, nos termos nos termos da Súmula nº 490 do STJ e do EResp nº 701.306/RS, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, Corte Especial, j. 7.4.2010, DJE 19.4.2010.

O pedido tem por objeto a declaração de inexistência de relação jurídica entre o autor e o Município de São Paulo, que obrigue o primeiro a satisfazer valor de multas constantes da relação de fls. 775, e que recaíram sobre diversos veículos, que, segundo a inicial, foram objeto de contrato de Alienação Fiduciária em garantia.

É de conhecido entendimento que multas de trânsito que recaem sobre veículos alienados fiduciariamente e/ou objeto de contrato de "leasing" são de ordinário de responsabilidade dos arrendatários, que lhes detêm a posse direta. Assim: "***2. A jurisprudência desta Corte possui o entendimento de que a sociedade empresária de leasing é parte ilegítima para figurar no polo passivo 'ad causam' de demanda que tenha por objeto a cobrança de multa decorrente de auto de infração imputada ao arrendatário em face da utilização indevida do bem arrendado. Precedentes: REsp 1.095.329/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 5/3/2009; REsp 849.632/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 22/9/2008; REsp 1.066.087/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 10/9/2008***" (STJ, Primeira Turma, AgRg no Agravo de Instrumento 1.303.257-DF, j. 17.03.2011, Rel. o Min. BENEDITO GONÇALVES).

Nos termos do § 3º do artigo 257, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei federal nº 9.503/97), "**Ao condutor caberá a responsabilidade pelas infrações decorrentes de atos praticados na direção do veículo**". E a responsabilidade residual do proprietário do veículo, a que aludem os §§ 7º e 8º do mesmo artigo 257, não tem lugar em relação a quem, como o arrendador em contrato de "leasing", se despoja da posse.

Vale reproduzir trecho de bem fundamentado precedente desta Corte sobre o tema, da lavra da Desembargadora TERESA RAMOS MARQUES: "***Certamente, quando o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), em seu art. 257, par. 2º, atribui ao proprietário a responsabilidade pela infração, 'referente à prévia regularização e preenchimento das formalidades e condições exigidas para o trânsito na via terrestre, conservação e inalterabilidade de suas características componentes agregados, habilitação legal e compatível de seus condutores, quando esta for exigida, e outras disposições que deva***

Acesso ao Sumário

observar", está visando somente o titular do domínio que tem a guarda da coisa e, assim, pode ser alvo de culpa 'in vigilando', ou permanecer possuidor, ao menos indireto, podendo responder pelo uso, gozo ou fruição do bem. Não é o caso do arrendador que não pode ser responsabilizado, nem residualmente, pela infração, na forma dos pars. 7º e 8º do art. 257 do Código de Trânsito Brasileiro e, muito menos, na forma do art. 1º da Resolução Contran 108/99. Enquanto perdura o arrendamento mercantil, o arrendador é proprietário para fins exclusivamente financeiros, não tendo qualquer responsabilidade por infrações praticadas pelo arrendatário ao utilizar o veículo arrendado, uma vez que nenhum poder exerce sobre esta utilização, nem retira desta qualquer proveito" (10ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº. 330.379-5/9-00, j. 08.05.2006).

Ocorre que o autor se olvidou de demonstrar o fato constitutivo de seu direito. Deixou de comprovar minimamente que os veículos em questão, ainda que ao tempo da lavratura das multas, fossem objeto de contrato de arrendamento mercantil ou de alienação fiduciária.

A inicial relata que os veículos foram objeto de contratos de alienação fiduciária, e que não pode responder pelas infrações de trânsito cometidas pelos financiados, porque não detinha a posse dos veículos. Mas os aludidos contratos de Alienação Fiduciária em garantia não vieram aos autos. Não há nenhuma comprovação de que os veículos relacionados a fls. 775 tenham sido objeto de contrato de "Alienação Fiduciária".

O pedido inicialmente formulado foi quantitativamente reduzido pela r. decisão de fls. 740, confirmada por esta Câmara em sede de Agravo de Instrumento. A inicial objetivava o cancelamento de nada menos do que 987 autuações por infração de trânsito (fls. 03). Passou o pedido a abranger, então, trinta multas, escolhidas e relacionadas pelo autor a fls. 775.

Ainda assim, não consta dos documentos de fls. 402/413, "Cadastro de Veículos – Pesquisa de Uso Exclusivo do DETRAN", datados de 28.3.2013, que os veículos indicados a fls. 775 sejam ou tenham sido objeto de arrendamento mercantil. O que consta dos referidos documentos é o nome do Banco Itaú como proprietário dos veículos, não existindo indicação de que sejam objeto de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil.

Da mesma forma, os documentos trazidos a fls. 69/80, extraídos do Sistema Nacional de Gravames, em cotejo com a relação de multas que acompanhou a inicial (fls. 50), dão conta de que as multas teriam sido aplicadas após a "baixa do gravame", isto é, quando não mais recairia sobre os veículos gravame de alienação fiduciária em garantia ou assemelhado.

A prova dos autos não corrobora, portanto, as alegações da inicial. Ao contrário, a documentação que a Municipalidade exibiu indica que não consta

Acesso ao Sumário

nenhuma restrição ou informação a respeito de financiamento ou "leasing" (fls. 402/413).

A presunção de legitimidade derivada do ato administrativo não pode ser desconstituída com esteio em simples e isolada alegação do interessado. Lê-se de precedente da Colenda 6ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, da lavra do Ilustre Desembargador EVARISTO DOS SANTOS, perfeitamente aplicável ao presente caso: "***Como ato administrativo, a multa de trânsito apresenta todos os atributos desse instituto, dentre eles, e de especial interesse para a questão dos autos, a presunção de legitimidade. Esta, segundo CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, "... é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário" ('Curso de Direito Administrativo', Ed. Malheiros 2002 p. 369). Atributo gerador de efeitos, dentre os quais, o de que "... enquanto não decretada a invalidade do ato pela própria Administração ou pelo Judiciário, ele produzirá efeitos da mesma forma que o ato válido, devendo ser cumprido..." (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, 'Direito Administrativo', Ed. Atlas, 2002, nº 7.6.1., pág. 190), ou seja, "... enquanto não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos" (HELY LOPES MEIRELLES, 'Direito Administrativo Brasileiro', Ed. Malheiros, 2002, pág. 154)***" (Apelação nº 189.846-5/9-00, j. 24.05.2004).

A hipótese, portanto, é de provimento do recurso do Município para julgar a ação improcedente, mantida a responsabilidade do autor pelas multas de trânsito relacionadas a fls. 775.

Responderá o autor pelas custas e despesas do processo, e por honorários advocatícios, que, por aplicação analógica e extensiva do § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil (tal como propugnado nas razões de apelação – fls. 808 e verso), são arbitrados na quantia de R$ 8.500,00 (oito mil e quinhentos reais).

III. Pelo exposto, dão provimento ao reexame necessário, considerado interposto, e ao apelo do Município, para julgar improcedente o pedido.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1026976-

Acesso ao Sumário

62.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante INTERNACIONAL RESTAURANTES DO BRASIL LTDA., são apelados JEAN BITTAR ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A e PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.266/2018)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente sem voto), JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR e PAULO DIMAS MASCARETTI.

São Paulo, 13 de junho de 2018.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA INCIDENTAL – Pretensão à suspensão do andamento dos processos administrativos do Município de São Paulo, de nºs 2011-0.101.456-0 e 2012-0.121.528-1 – Juízo da Vara da Fazenda que excluiu o Município do polo passivo da ação, remetendo os autos à Vara Cível – Sentença de improcedência dos pedidos, uma vez que não houve recusa por parte da requerida em colaborar com a regularização do imóvel perante a Prefeitura – Insistência na suspensão dos processos administrativos que se mostra injustificada na esfera do Direito Público – Questão da aprovação das reformas que estaria superada pelo julgamento da ação de despejo e que deve ser demonstrada pela autora perante o Município de São Paulo. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação cautelar inominada incidental, com pedido de liminar, ajuizada por **Internacional Restaurantes do Brasil Ltda**. em face de **Jean Bittar Administração e Participações S/A**, objetivando a suspensão do andamento dos processos administrativos nºs 2011-0.101.456-0 e 2012-0.121.528-1, em trâmite na Prefeitura Municipal de São Paulo.

Às fls. 279/286 foi proferida r. sentença , na qual o presente feito foi extinto sem resolução do mérito em relação ao Município de São Paulo.

Remetido o feito da Vara da Fazenda para a 16ª Vara Cível da Capital, foi exarada a r. sentença de fls. 312/319, e cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação, bem como condenou a autora ao pagamento das custas processuais, despesas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da ação.

Inconformada, apela a vencida pleiteando a reforma do decisum, conforme razões de fls. 329/333, insistindo nos fundamentos apresentados na inicial, "***aguardando-se, agora, sejam suspensos os processos administrativos e suprida a manifestação da proprietária do imóvel quanto ao que é exigido pela PMSP para a regularização do imóvel***" (fl. 333).

O recurso foi processado nos seus regulares efeitos, sem contrarrazões pela ré Jean Bittar (certidão de fls. 338).

A Prefeitura foi intimada pessoalmente para apresentação de contrarrazões, manifestando-se às fls. 347/348, pelo não conhecimento do recurso ou pelo não provimento.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A apelante ingressou com a presente ação cautelar inominada incidental, com pedido de liminar, em face de **Jean Bittar Administração e Participações S/**A, aditando a inicial para incluir no polo passivo a **Prefeitura Municipal de São Paulo** (fl. 41), objetivando a suspensão do andamento dos processos administrativos nºs 2011-0.101.456-0 e 2012-0.121.528-1, em trâmite na Prefeitura Municipal de São Paulo.

O MM. Juízo "a quo" ao julgar improcedente a pretensão da autora, aduziu que:

> ***"Com efeito, da análise dos processos administrativos n° 2011-0.101.456-0 e n° 2012-0.121.528-1, tem-se que, julgada improcedente a ação de despejo, não há necessidade de suspensão dos aludidos processos administrativos, porquanto não se verifica o risco alegado na exordial pelo autor de que não ocorrerá a aprovação pela Prefeitura de São Paulo das alterações realizadas no imóvel, uma vez que, no laudo realizado na ação de despejo e juntado aos autos às fls. 160/241, concluiu o Sr. Perito que, ainda que o imóvel esteja pendente de regularização, a obtenção do Auto de Regularização (e o Certificado de Conclusão) não demandará a demolição de área construída, ou seja, o imóvel é passível de regularização.(...) Assim, nos esclarecimentos de fls. 418/424 dos autos da ação de despejo, concluiu, em síntese, o Perito: (...) 2. Quem assinou a planta de fls. 73? ANÁLISE DO PERITO: Conforme disposto na legenda, está apontado o proprietário como responsável pelas assinaturas. 3. A planta em questão está em conformidade com***

Acesso ao Sumário

as disposições da Lei Municipal nº 11.228/92? ANÁLISE DO PERITO : Sim. As plantas correspondem às peças gráficas necessárias para a análise da Municipalidade, atendendo este requisito da Lei Municipal nº 11.228/92. 4. As assinaturas dela constantes significam aprovação quanto ao projeto a ser submetido à aprovação da PMSP? ANÁLISE DO PERITO: Sim. A assinatura indica aprovação do proprietário para envio da planta para análise junto à PMSP, necessária para a aprovação do alvará de reforma. (...)Logo, diante das provas documentais já produzidas, têm-se que não houve recusa por parte da requeria em colaborar com a regularização do imóvel perante a Prefeitura e que o projeto das alterações realizadas no imóvel será devidamente aprovado pelo Município, não havendo de se falar em suspensão dos processos administrativos nº 2011-0.101.456-0 e n° 2012-0.121.528-1, tampouco no estabelecimento de que a ré Jean Bittar cumpra as determinações da Municipalidade de São Paulo." (fls. 316/318).

Nota-se que a apelante ampliou indevidamente o pedido inicial, acrescentando ao recurso a sua pretensão, além da suspensão dos processos administrativos, para que seja "***suprida a manifestação da proprietária do imóvel quanto ao que é exigido pela PMSP para regularização do imóvel***" (fl. 333). Além de tal pretensão não estar contida na petição inicial, trata-se de uma "ação cautelar inominada incidental", que sequer foi julgada em conjunto com a ação de despejo (processo nº 1102326-61.2013.8.26.0100).

A questão da aprovação das reformas estaria superada pelo julgamento da ação de despejo, sendo certo que tal aspecto deve ser demonstrado pela autora perante o Município de São Paulo. Diante das provas colhidas na ação de despejo, não se pode atribuir à ré Jean Bittar qualquer responsabilidade pelo não deferimento dos pleitos da autora perante a Prefeitura Municipal de São Paulo.

No processo administrativo nº 2-12-0.121.528-1, pretende a autora a expedição de "auto de licença de funcionamento condicionado" (fls. 22). A suspensão deste e do outro processo administrativo não tem qualquer finalidade prática ou razoável já que a Municipalidade está exercendo o seu poder de polícia para o fornecimento da licença necessária ao estabelecimento comercial, exigindo, por exemplo, reservatório de retenção de águas pluviais, calculado de acordo com o disposto na Lei Municipal nº 13.276/2002.

Acesso ao Sumário

O processo administrativo, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "*que pode ser instaurado mediante provocação do interessado ou por iniciativa da própria Administração, estabelece uma relação bilateral "inter partes", ou seja, de um lado, o administrado, que deduz uma pretensão e, de outro, a Administração que, quando decide não age como terceiro, estranho à controvérsia, mas como parte que atua no próprio interesse e nos limites que lhe são impostos por lei.*" (Direito Administrativo, Ed. Atlas, 27ª ed., p. 695).

Ao ser excluída a Municipalidade do polo passivo da ação, sem que houvesse qualquer inconformismo da apelante, parece inquestionável que a própria autora reconheceu o direito da Municipalidade em exercer as fiscalizações de praxe, de maneira que o pedido de "suspensão dos processos administrativos" mostra-se totalmente contrário ao princípio da razoabilidade, além de não conter qualquer finalidade prática relevante. De qualquer maneira, e respeitado o entendimento proferido na sentença de fls. 279/283, seria inviável o provimento ao recurso, sendo que a razão de serem os autos julgados pela Sessão de Direito Público está na insistência da apelante na "suspensão dos processos administrativos", mesmo tendo a Prefeitura de São Paulo sido excluída do polo passivo da ação. Ora, os processos administrativos naturalmente ficam em compasso de espera para que a solicitante atenda as exigências municipais.

A segunda pretensão da apelante, para que seja suprida a manifestação da proprietária do imóvel, além de não contida na petição inicial, estaria em tese resolvida com a sentença proferida na ação de despejo. Ainda que assim não tenha ocorrido, não demonstrou a autora que houvesse qualquer resistência da proprietária do imóvel quanto ao exigido pela PMSP. No aspecto acima apontado – construção de reservatório de retenção de águas pluviais – é evidente que o assunto deve ser resolvido entre os particulares, sendo inviável que o poder judiciário, na forma idealizada pela autora, supra a "manifestação da proprietária do imóvel". Portanto, eventuais esclarecimentos pela autora/apelante devem ser realizados nos processos administrativos, não havendo que se falar em supressão pela via judicial de manifestação da proprietária do imóvel quanto ao exigido pela Prefeitura Municipal de São Paulo.

Restando improvido o recurso de apelação, de rigor a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais em sede recursal, conforme o disposto no artigo 85, §§ 1º, 2º e 11, do CPC/2015, acrescendo-se em 2% (dois por cento) ao valor dos honorários advocatícios devidos pela apelante, totalizando 12% sobre o valor atribuído à causa.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0150122-55.2005.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante HOLCIM BRASIL S/A, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 7.071)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente) e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 5 de junho de 2018.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação declaratória – ISS sobre serviços de concretagem – Município de Ribeirão Preto – Ação declaratória e cautelar julgadas improcedentes por ausência de interesse de agir em razão de não ter sido comprovada a exigência pelo Município requerido do ISS sobre material empregado na obra, reconhecidamente inexigível pela jurisprudência – Recurso de apelação interposto pela autora não provido, ante o reconhecimento da incidência de ISS sobre materiais nos termos da Súmula 167 do STJ – Interposição de recursos especial e extraordinário pela autora – Apreciação sobrestada para aguardar julgamento da questão constitucional referente ao ISS/Construção/Base/Material – Tema nº 247 do STF – Recurso devolvido à Turma Julgadora, nos termos do art. 1.040, inciso II do CPC/15 – Acórdão reformado para acatar a jurisprudência do STF conforme entendimento exarado no RE 603.497/MG – Alteração da conclusão do julgamento anterior – Sentença afastada – Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Acesso ao Sumário

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por **HOLCIM BRASIL** S.A. em face da sentença de fls.173/174, que julgou improcedente a ação declaratória por ela ajuizada em face da **PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO**, com fundamento na ausência de interesse de agir em razão de não ter sido comprovada a exigência do ISS pelo Município requerido sobre os materiais empregados na obra, reconhecidamente inexigíveis pela jurisprudência. Julgou extintas as ações cautelar e principal nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC/73 e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$1.500,00, nos termos do art. 20, §3º do CPC/73.

Foram interpostos embargos de declaração (fls.176/179) que foram

rejeitados às fls.180.

Os autos vieram a este Tribunal de Justiça para apreciação do recurso de apelação cível interposto pela autora, fundado na alegação de que o interesse processual advém do abuso da autoridade fiscal em não receber o pagamento do ISS sem a exclusão dos materiais adquiridos de terceiros, conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores, requerendo a reforma da sentença para tais materiais sejam excluídos da base de cálculo do ISS (fls.181/184).

Contrarrazões às fls.189/193.

O acórdão de fls.208/213, por unanimidade, negou provimento ao recurso da autora, por entender que não cabe dedução dos materiais utilizados nos serviços de concretagem, da base de cálculo do ISS, nos termos da Súmula 167 do STJ, além de não ter sido comprovado nos autos que os valores, cuja dedução da base de cálculo do tributo pretende a autora, tenham sofrido incidência de outro imposto, não havendo que se falar em bitributação.

Foram interpostos embargos de declaração (fls.216/232) que foram rejeitados pelo v. acórdão de fls.245/251.

Contra o *decisum* foram interpostos recursos especial (fls.254/268) e extraordinário (fls.278/291) pela autora, que foram por ela reiterados às fls.299/306 (Recurso Extraordinário) e 335/344 (Recurso Especial) para constar julgamento de mérito do RE n.° 603.497/MG pelo STF, com contrarrazões apresentadas pela Municipalidade de Ribeirão Preto às fls.377/393 e 395/406, cujos julgamentos foram sobrestados para aguardar julgamento definitivo da questão Constitucional referente a possibilidade de dedução da base de cálculo dos valores relativos aos materiais empregados na construção (Tema n.° 247), pelo Supremo Tribunal Federal (fls.409).

Em razão do julgamento do RE nº 603.497/MG – Tema nº 247, pelo STF, no qual foi ratificada a jurisprudência firmada na Corte Suprema para entender possível a dedução na base de cálculo do ISS dos valores referentes aos gastos com materiais empregados na construção civil e, ante o posicionamento adotado, os autos foram devolvidos à Turma Julgadora, nos termos do art. 1040, inciso II, do CPC/2015, para eventual adequação da fundamentação e/ou manutenção da decisão proferida.

É O RELATÓRIO.

Nos termos da decisão de fls.411, proferida pelo Presidente da Seção de Direito Público, com fundamento no art. 1040, inciso II, do CPC/2015, estes autos foram devolvidos à Turma Julgadora para verificação da compatibilidade do julgado no que diz respeito à dedução na base de cálculo do ISS dos valores referentes aos gastos com materiais empregados na construção civil reconhecida pelo STF.

À luz do acórdão proferido pelo STF no julgamento do RE 603.497/MG

Acesso ao Sumário

- Tema nº 247, em 4/2/2010, faz-se necessário o exercício do juízo de retratação para alterar o julgamento anteriormente proferido por este Tribunal de Justiça.

Com efeito, em sobredito julgamento com Repercussão Geral, o STF reconheceu que: "*Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil*.".

Em razão desta decisão, não resta qualquer hipótese de discussão sobre a matéria, sendo de rigor o acolhimento de seus termos, alterando-se o acórdão de fls. 208/2013, para adequá-lo ao julgamento do RE 603.497/MG - Tema nº 247, afastar a sentença impugnada, que julgou improcedente a ação principal e cautelar nos termos do art. 267, VI, do CPC/73 e julgar procedente as ações declaratória e cautelar possibilitando a apelante o recolhimento do ISS sobre a prestação do serviço de concretagem, excluindo-se da base de cálculo os valores dos materiais empregados na construção.

Quanto aos honorários advocatícios, verifica-se que a r. sentença de primeiro grau fixou a condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em R$1.500,00 (um mil e quinhentos reais), nos termos do art. 20, §3.° do CPC/73, a cargo da autora. Em razão da adequação do v. acórdão de fls. 208/2013 ao julgamento do RE 603.497/MG, com procedência dos pedidos formulados pela autora, impõe-se a inversão dos ônus sucumbenciais.

Ante o exposto **dá-se provimento** ao recurso interposto pela autora, nos termos do voto, invertidos os ônus sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1035929-93.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante P2W PARTICIPAÇÕES 2 WEGMANN LTDA. - EPP, é apelado PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U. Sustentou oralmente a dra. Helena Vicentini de Assis", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.458)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 7 de junho de 2018

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação anulatória de autos de infração – MULTA – Descumprimento de obrigação acessória – ISS de 2009 – Liminar concedida em mandado de segurança que desobriga os associados da ABRAPOST ao recolhimento do ISS sobre atividades de franquia – Efeitos da decisão que suspendem temporariamente a exigibilidade dos créditos originados nos autos de infração – CTN, art. 151 – Validade e eficácia dos procedimentos administrativos instaurados por força do poder de fiscalização, evitando perecimento do direito – Pedido subsidiário acolhido para anular a exclusão da contribuinte do *Simples Nacional* – Observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – Recurso provido em parte.

VOTO

Apelação contra a sentença de fls. 453/458 que julgou improcedente ação anulatória dos autos de infração e lançamentos de débitos fiscais[1], por descumprimento de obrigação acessória quanto ao recolhimento de ISS, exercício de 2.009, sob o fundamento de que *há independência entre a obrigação acessória e a principal e que o fato daquela estar suspensa por decisão judicial não implica em isenção desta.* A apelante alega, em síntese, cumprimento da obrigação acessória porque emitido as respectivas notas fiscais no período mencionado (fls. 72 e 75), conforme relatórios no sistema dos correios e nos exatos limites dos autos de infração, pois, além da falta de emissão das notas fiscais, eventuais outras irregularidades não foram indicadas; sendo indevido o cancelamento da sua inclusão no sistema Simples Nacional, o que causou transtornos aos sócios da franqueada. Daí propugna pela apreciação do agravo retido e a reforma da sentença (fls. 482/521).

Recurso regularmente recebido, processado e respondido.

Relatado.

Não se conhece do agravo retido interposto contra sentença porque somente cabível para questionar decisões interlocutórias não terminativas (art. 522, CPC/1973).

No mérito, a autora busca anular os autos de infração nºs. 66.965.942, 66.965.950 e 66.965.969, por considerar cumprida a obrigação acessória, consistente na emissão das notas fiscais relativas ao período apurado, sem

1 Valor da causa em outubro de 2.013: R$ 477.658,79.

Acesso ao Sumário

qualquer irregularidade.

Extrai-se dos autos que a apelante é franqueada dos Correios e também associada à ABRAPOST-SP, a qual, por sua vez, impetrou o Mandado de Segurança Coletivo nº 0002974-12.2004.8.26.0053, cujo recurso extraordinário ainda não foi julgado.

Ademais, por força da respeitável decisão proferida pelo Presidente da Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça, em 01/11/2012, a exigibilidade do crédito principal foi suspensa até o julgamento definitivo do recurso interposto, por força da Repercussão Geral cujo efeito ainda pende sobre o tema (RE 603.136/RJ) o que levou à concessão da ordem para desobrigar a ora apelante de recolher ISS sobre as atividades inerentes à franquia (fls. 136/141 e 164/165).

Assim, suspensa a exigibilidade do crédito tributário principal (CTN, art. 151, V), não poderia o Fisco punir a contribuinte de forma sumária, excluindo-a do *Simples Nacional*, a pretexto dela ter descumprido obrigação acessória, pois, como asseverado, a exigibilidade da obrigação principal ainda depende de decisão definitiva.

Nem por isso, contudo, se pode obstar a Administração Pública de cumprir o seu dever legal de fiscalizar e instaurar procedimento administrativo para apuração relativa a eventual descumprimento das obrigações acessórias, adotando as providências cabíveis à constituição e cobrança dos créditos tributários, caso denegada a ordem no aludido mandado de segurança coletivo, sob risco de causar prejuízo ao erário por caducidade, como já decidiu esta Corte:

> *APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de Segurança – ISS – Agência franqueada dos Correios – Exclusão da impetrante do SIMPLES Nacional, a partir de 1/7/2007, em razão de praticas reiteradas de não emissão de notas fiscais – Item 26.01 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03 – Constitucionalidade da cobrança reconhecida pelo órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça – Pendência de julgamento definitivo no Mandado de Segurança coletivo com atribuição de efeito ativo ao recurso pelo Plenário do STF, até decisão definitiva daquela Corte Superior – Manutenção, por ora da liminar que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário – Procedimento administrativo efetuado pela Municipalidade – Possibilidade – Legalidade do ato administrativo – À Fazenda Pública é dado, a qualquer tempo, fiscalizar o contribuinte e tomar as providências cabíveis para a constituição do crédito tributário, em caso de decisão definitiva de denegação da ordem naquele – Mandado de Segurança – Pedidos alternativos – Sentença reformada para possibilitar a manutenção da impetrante no Programa SIMPLES Nacional, sem, contudo, anular o procedimento administrativo de fiscalização – Recurso parcialmente provido.* (TJSP; Apelação 0009234-

Acesso ao Sumário

90.2013.8.26.0053; Relator (a): RAUL DE FELICE; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/04/2017; Data de Registro: 15/05/2017).

Recentemente, assim também se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no Agravo interposto no Recurso Especial nº 1.182.037/SP (2017/0256429-8), em que foi Relator o MINISTRO OG FERNANDES, sendo Agravante o Município de São Paulo e Agravada a Agencia de Postagem Faria Lima Ltda. Epp:

DECISÃO MONOCRÁTICA (...) Não se desconhece a regra geral contida no art. 151, parágrafo único do CTN segundo a qual não se dispensa o cumprimento de obrigações acessórias de crédito tributário com a exigibilidade suspensa. No entanto, há que se adotar interpretação sistemática e consentânea com os preceitos constitucionais que informam todo o ordenamento jurídico. Como bem salientado pelo juiz prolator da sentença, ainda por ocasião da concessão da liminar que se vê a fls. 400/402, transcrevendo decisão proferida pelo STF a respeito da matéria, com voto do Ministro Luiz Fux a regra acima apontada mostra-se legítima, desde que pautada pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade (art.5o, LIV, CF). No caso concreto ficou evidente que a Fazenda Municipal aguardou o julgamento, nas instâncias ordinárias, do mandado de segurança coletivo, respeitando a liminar que garantia aos associados da impetrante (ABRAPOST - SP) o direito de não emitirem notas fiscais sobre as atividades de franquia, até decisão final. Prova disso é o fato de que somente a partir de 07.03.2012 notificar as associadas daquela impetrante, dentre elas a ora impetrante desse mandado de segurança individual, do termo de exclusão do "simples nacional". Não obstante, sobreveio aquela decisão do Presidente da Seção de Direito Público, atribuindo efeito ativo aos recursos de natureza extraordinária e, com isso, restabeleceu implicitamente os efeitos da primitiva liminar, a qual a Fazenda Pública deve obediência. Não bastasse isso, guarda consistência a fundamentação levada a efeito pelo Magistrado que prolatou a sentença ao sustentar que a Fazenda Municipal estava limitada em sua autuação fiscalizatória aos limites do disposto no art. 97 do Decreto Municipal n° 44.540/2004, vigente ao tempo da exclusão retroativa ao tornar obrigatória a emissão da nota fiscal de serviços somente quando tributável o serviço prestado (confira-se o terceiro parágrafo da sentença a fls. 630). Vale dizer: independentemente do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, a Fazenda Municipal, no exercício regular de sua função fiscalizatória, já estava restrita àquela condicionante do disposto naquele artigo de seu próprio Decreto. Como o serviço relacionado às atividades de franquia não poderia ser considerado tributável por força da suspensão da exigibilidade do respectivo crédito e marcado ainda pela força obrigatória da decisão liminar no mandado de segurança coletivo,

Acesso ao Sumário

que expressamente dispensara a impetrante e as demais associadas da ABRAPOST - SP da emissão da nota fiscal de serviço, todas as autuações que deram origem ao procedimento administrativo e que culminou na exclusão da impetrante do sistema denominado "simples nacional" careceram mesmo de motivação, tornando irrelevante saber se a ação omissiva coincidiu ou não com o conceito aberto contemplado na lei sobre o que fosse considerado "prática reiterada" no descumprimento da obrigação acessória que ora se examina. Da mesma forma que a Fazenda Municipal não pode ajuizar execução fiscal enquanto pendente decisão que suspende a exigibilidade do crédito tributário, nas hipóteses previstas no art.151 do CTN, não poderia ela desrespeitar ordem liminar que garantiu aos associados da ABRAPOST-SP o direito de não emitirem nota fiscal de serviço enquanto não esgotadas as instâncias ordinárias e, posteriormente, por força daquela decisão proferida pelo Presidente da Seção de Direito Público do TJ/SP, atribuindo efeito ativo aos recursos de natureza extraordinária, que é o que ocorreu no caso concreto, a afetar desde a motivação do ato administrativo até o plano de sua validade, de modo que a concessão da segurança, para anular o processo administrativo 2012-0.100.740-9, com a reinclusão da impetrante ao sistema "Simples" Nacional, garantindo-lhe o direito de regularizar sua situação fiscal decorrente da não emissão de nota fiscal de serviços nos termos do art. 76, § 1o da Resolução CGSN n° 84/11, caso venha a ser declarada contribuinte do ISSQN no mandado de segurança coletivo impetrado pela Associação de Franquias Postais do Estado de São Paulo (ABRAPOST-SP), da qual é associada, era de rigor. Além de remanescer dúvida sobre o alcance da liminar deferida, demandando incursão na prova dos autos (providência vedada pela Súmula 7/STJ), não se pode afirmar ofensa direta ao art. 151, parágrafo único, do CTN, porquanto o acórdão impugnado está pautado em princípios constitucionais, a afastar a competência desta Corte Superior. A propósito: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MÉDICO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA ENTIDADES IMUNES. DEDUÇÃO DA ALÍQUOTA. FUNDAMENTO DE CUNHO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. 1. O Tribunal a quo, no julgamento da lide, baseou-se em fundamento eminentemente constitucional, pautando suas razões nos princípios constitucionais da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, pelo que a discussão acerca da matéria se encontra inserida na competência do Supremo Tribunal Federal. 2. Quando a controvérsia é solucionada com base em princípios ou dispositivos constitucionais, o recurso especial é inviável, sob pena de usurpação

Acesso ao Sumário

da competência reservada pela Constituição ao STF. Precedente: AgRg no REsp 788.758/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 10/4/2006. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1.576.358/RS, de minha relatoria, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 21/8/2017). Não fosse o bastante, o fundamento alternativo do aresto diz respeito aos limites da autuação fiscalizatória do município (art. 97 do Decreto Municipal n. 44.540/2004: emissão de nota fiscal quando tributável o serviço prestado), o que impede a análise do apelo nobre pela necessidade de exame da lei local (Súmula 280/STF). Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015, c/c o art. 253, parágrafo único, II, a, do RISTJ, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 09 de novembro de 2017. Relator o Ministro OG FERNANDES.

Embora a matéria tratada no mandado de segurança se restrinja à inconstitucionalidade da cobrança do imposto sobre serviços de franquia por associadas da ABRAPOST, não poderia a Municipalidade excluir, de forma sumária e arbitrária, a contribuinte do sistema *Simples Nacional,* sob alegação de descumprimento da obrigação acessória, ante o flagrante descumprimento dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, até porque, emitidas as notas fiscais, recolhidos os tributos e efetivado o depósito judicial dos valores apontados naqueles autos de infração (fls. 181) e que podem ser revertidos em renda, caso a entidade não obtenha êxito no mandado de segurança.

Portanto, o pedido subsidiário merece ser acolhido para anular a decisão administrativa que excluiu a apelante do sistema *Simples Nacional*, até janeiro de 2.009.

Em relação aos procedimentos administrativos inexiste nulidade a declarar, porquanto instaurados por força do poder de fiscalização inerente à Administração Pública, a fim de evitar o perecimento do direito da Fazenda Municipal à constituição dos aludidos créditos tributários.

Mas como a autora não se desincumbiu do ônus de demonstrar cabalmente as notas fiscais emitidas em favor da ECT, referentes ao ajuste de franquia empresarial, nem em relação aos deveres instrumentais inerentes a toda e qualquer prestação de serviço, considerado como obrigação tributária acessória, tais como a escrituração de livros, emissão de notas fiscais e outros (CPC/73, art. 333, inc. I), poderia a contribuinte ter evitado as autuações, caso efetuasse o registro completo e detalhado sobre os serviços efetivamente prestados e das receitas auferidas, consoante disposto na lei municipal (AgRg no Ag 1138833/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 03/09/2009, DJe 06/10/2009).

Em suma, como a exigibilidade da obrigação principal encontra-se suspensa, também a exigibilidade dos créditos tributários gerados pelo eventual

Acesso ao Sumário

descumprimento de obrigação acessória deve ser sobrestada, enquanto perdurar os efeitos da decisão proferida no *mandamus*, desobrigando os associados da ABRAPOST ao recolhimento do imposto sobre as atividades de franquia.

Daí porque, **dá-se parcial provimento ao recurso** para tornar sem efeito a exclusão da apelante do *Simples Nacional*, devendo as partes ratear as custas, despesas e arcar com os honorários de seus respectivos Patronos, como dispõe o art. 21, *caput*, do CPC/73, vigente quando publicada a sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1034464-15.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SANOFI-AVENTIS FARMACÊUTICA LTDA., é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o dr. Paulo Rogério Garcia Ribeiro", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.972)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), GERALDO XAVIER e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 7 de junho de 2018.

MÔNICA SERRANO, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – ISSQN – Exportação – Incidência de ISS nas exportações de serviços para o exterior, desde que o serviço desenvolvido no Brasil não produza nenhum resultado no território Brasileiro – Não ocorrência da isenção de tributação de ISSQN – Falta de provas quanto ao resultado dos serviços no território estrangeiro - Ausência de cláusula de exclusividade com a tomadora estrangeira - Resultados dos serviços em território brasileiro – Sentença mantida - Recurso Desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta em face da sentença de fls. 774/782, que julgou improcedente a ação anulatória de débito fiscal, sob o fundamento de

que a descrição dos serviços prestados pela autora ao tomador estrangeiro revela indubitavelmente que os resultados respectivos são integralmente produzidos no Brasil.

Apela a autora, alegando, em suma, que restou demonstrado que a isenção prevista no art. 2º, I, da Lei Complementar nº 116/2003 deve ser aferida a partir da verificação do local onde os resultados da prestação de serviços gerarão benefícios imediatos, sendo esta a correta interpretação do vocábulo resultado. Desse modo, afirma que a empresa apelante presta serviços cujos resultados se verificam no exterior, sendo que tais atividades foram integralmente comprovadas na petição inicial, mediante a juntada dos contratos de prestação de serviços de consultoria, pesquisas e análises de mercado para outras empresas do mesmo grupo econômico domiciliadas no exterior. Ademais, os contratos de prestação de serviços deixam claro que os resultados destes serviços não poderiam ser utilizados no mercado brasileiro. Requer a anulação da sentença e, no mérito, a reforma da mesma. Subsidiariamente, pleiteia o cancelamento das multas aplicadas.

Contrarrazões a fls. 891/905.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Consta dos autos o ajuizamento da ação anulatória de débitos fiscal pela apelante, com objetivo de que fosse decretada a insubsistência dos Autos de Infração nºs 66809487, 66805856, 66805880, 66805899, 66809509,66805937, 66806003 e 66806011, com o cancelamento dos respectivos débitos de ISS constituídos em face da autora, uma vez que as operações equiparam-se à exportação.

De fato não incide o tributo ISS nas exportações de serviços para o exterior do País, desde que o serviço desenvolvido no Brasil não produza nenhum resultado no território Brasileiro, ou seja, o prestador do serviço fica estabelecido no Brasil, mas o pagamento é realizado por pessoa estrangeira e o resultado é produzido apenas no estrangeiro.

É importante que o resultado seja avistado sob o aspecto da prestação de serviço, isto quer dizer que a prestação do serviço contratada deve somente produzir no exterior os benefícios ou aproveitamento. Porém, é necessário atentar-se ao fato de que não se caracteriza exportação de serviço, para fins de não incidência de ISS, quando a fonte pagadora encontra-se estabelecida no estrangeiro, mas o resultado foi produzido no Território Brasileiro.

No caso vertente, a impetrante é pessoa jurídica, estabelecida no Município de São Paulo, sendo que o seu objeto social está descrito na Cláusula 3ª do Contrato Social (fl. 80):

"Cláusula 3ª a Sociedade tem por objeto:

1. a produção/fabricação, manipulação, transformação, comercialização, importação, exportação, armazenamento, distribuição, expedição e transporte, por conta própria ou de terceiros, de produtos químicos de composição orgânica e inorgânica, natural ou sintética, para fins farmacêuticos de uso humano e/ou veterinário, com ou sem controle especial, quer como matérias-primas, quer como produtos intermediários, quer como produtos acabados;

2. a produção/fabricação, manipulação, transformação, comercialização, importação, exportação, armazenamento, distribuição, expedição e transporte, por conta própria ou de terceiros, de produtos alimentícios e seus preparados, de higiene, cosméticos e perfume e limpeza pessoal, fitossanitários, icossanitários e hospitalares, quer como matérias-primas, quer como produtos intermediários, quer como produtos acabados;

3. a produção/fabricação, manipulação, transformação, comercialização, importação, exportação, armazenamento, distribuição, expedição e transporte, por conta própria ou de terceiros, de produtos correlatos/ produtos para saúde para fins farmacêuticos de uso humano;

4. a estimulação, promoção, assistência e realização de estudos e pesquisas de qualquer natureza, relacionadas ou não com suas atividades sociais, objetivando a modificação e o aperfeiçoamento das aplicações já existentes e a descoberta e desenvolvimento de produtos, processos e aplicações;

5. a participação em todo e qualquer ato, acontecimento, negócio e atividade que seja necessário para a realização de pesquisa e desenvolvimento de produtos farmacêuticos para uso humano;

6. o beneficiamento, para terceiros, de produtos objeto de suas atividades sociais e correlatos;

7. a prestação de serviços de natureza técnica, comercial e administrativa e científica e de análise e processamento de dados, relacionados ou não com suas atividades sociais;

8. prestação de serviços de laboratório analíticos em saúde, de equivalência farmacêutica e de provedor de ensaio de proficiência;

9. a produção, comercialização, importação e exportação, por conta própria ou de terceiros, de máquinas, equipamentos e ferramentas relacionadas ou não com o objeto de suas atividades sociais;

10. o comércio, pesquisa, desenvolvimento, importação e exportação, por conta própria ou de terceiros, na forma de produtos acabados ou de suas partes, para utilização na saúde humana, animal e na agricultura, bem como aparelhos e instrumentos para aplicação nestas áreas;

11. a prestação de serviços relativos ao gerenciamento, assessoria e consultoria em campanhas de vacinação e divulgação educativa sobre vacinação;

12. distribuição, armazenagem, expedição e transporte de material

Acesso ao Sumário

de promoção, por conta própria e de terceiros, bem como a edição e a distribuição de folhetos, revistas, álbuns e publicações em geral, de caráter técnico ou científico;

13. a representação, por qualquer forma, de outras empresas nacionais ou estrangeiras, e a prestação de quaisquer serviços relacionados com o objeto social desta Sociedade; e

14. a participação, na qualidade de sócia ou acionista, no capital de outras sociedades, mesmo que de outros setores econômicos, mediante aplicação de recursos próprios, de sócios ou de incentivos fiscais".

Assim, verifica-se que o objeto social da apelante é bem amplo e inclui os serviços nos quais foram objetos de cobrança de ISS: análises, exames, pesquisas, compilação, fornecimento de informações e coletas de dados (fls. 116/125).

Ademais, a autora não juntou documento hábil que comprovasse a exportação de serviços, pelo contrário, entende-se que a empresa fornece vários serviços em território brasileiro. E naqueles serviços em que autora exporta, não houve prova de que houve exclusiva utilização em território estrangeiro, especificamente naqueles que incidiram o ISS. Outrossim, a análise das provas foi prejudicada pela falta de tradução em vários documentos.

Cabe destacar que no contrato de prestação de serviços com a tomadora estrangeira, não há nenhuma cláusula de exclusividade na fruição do serviço, sendo que a Cláusula Sexta do contrato deixa clara a independência da autora (fl. 432):

"Cláusula – Sexta do Relacionamento entre as Partes

6.1. No cumprimento de suas obrigações e deveres estabelecidos neste instrumento, cada uma das partes será definitivamente considerada como contratada independente e como não estando sob o controle e supervisão das outra Parte contratante, não devendo nenhuma disposição deste Contrato ser interpretada de modo a criar qualquer representação, parceria ou joint venture entre a Receptora e a Prestadora ou suas Coligadas.

(...)"

Assim, não se provou que o resultado do serviço se deu fora do território brasileiro, apesar da tomadora de serviços ser estrangeira.

Nesse sentido, vale apontar posição de Gabriel Lacerda Troianelle e Juliana Gueiros[1], citada no v. acórdão REsp nº 831.124 do STJ, de Relatoria Ministro José Delgado :

"A Lei Complementar 116/03 a um só tempo cria o benefício à exportação do serviço e estabelece limite a ser observado pelo contribuinte para sua fruição: que o resultado do serviço aqui não se verifique. A isenção do

1 O ISS e Exportação e Importação de Serviço *in* ISS Lei Complementar 116/03 - Org. Ives Gandra da Silva Martins e Outros, pp. 199/208, 1ª edição, Editora Juruá, 2005.

Acesso ao Sumário

ISS sobre as exportações de serviços segue uma orientação nacional e internacional, que há muito se desenvolve, para desonerar tributariamente bens sujeitos à exportação. Se o mercado produtor brasileiro se torna mais competitivo no exterior pela atribuição de benefícios de ordem fiscal aos produtores que persistem na árdua tarefa de exportar, isso não seria diferente com o setor de serviços, que hoje também tem função essencial no equilíbrio da balança comercial brasileira. [aguardando exposição de motivos da EC 3/93.

Por ter como objetivo o incentivo às exportações brasileiras, é plenamente coerente que o legislador de plano desconsidere exportação aquilo que exportação de fato não é. Por essa razão é que a Lei Complementar 116/03 estabelece como condição para que haja exportação de serviço desenvolvidos no Brasil para o exterior que o resultado da atividade contratada não se verifique no País. Parece-nos que a intenção do legislador complementar foi instituir uma "norma antielisão" do ISS, criando obstáculos à criação de mecanismos internacionais de planejamento fiscal envolvendo o imposto municipal. ***O fato de ter o pagamento do serviço origem em fonte no exterior ou acontecer no exterior em nada altera a destinação do serviço. Dessa forma, se uma prestadora de serviço no Brasil presta para uma outra empresa situada no País serviços remunerados por sua controladora estrangeira, não ocorrerá a exportação de serviços.*** *De substancial importância, portanto, a compreensão do conteúdo do termo resultado, da forma como colocado no parágrafo único do art. 2° da Lei Complementar 116/03. Na acepção semântica, resultado é conseqüência, efeito, seguimento. 4.* ***Assim, para que haja efetiva exportação do serviço desenvolvido no Brasil, ele não poderá aqui ter conseqüências ou produzir efeitos. A contrário senso, os efeitos decorrentes dos serviços exportados devem se produzir em qualquer outro país que não o Brasil."*** (grifo nosso).

No mesmo sentido é a jurisprudência do STJ:

"**TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISSQN. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. SERVIÇO DE RETÍFICA, REPARO E REVISÃO DE MOTORES E DE TURBINAS DE AERONAVES CONTRATADO POR EMPRESA DO EXTERIOR. EXPORTAÇÃO DE SERVIÇOS. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. SERVIÇO EXECUTADO DENTRO DO TERRITÓRIO NACIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº LC 116/03. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ.**

1. Tratam os autos de **mandado de segurança** preventivo impetrado por

Acesso ao Sumário

GE CELMA LTDA. com a finalidade de obstar eventual ato do Secretário Municipal de Fazenda de Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, que importe na cobrança de ISSQN sobre prestação de serviços consubstanciada em operações de retificação, reparo e revisão de motores e turbinas de aeronaves, contratadas por empresas aéreas do exterior. **Sentença** denegou a segurança. **Apelação** da impetrante, tendo o TJRJ negado-lhe provimento ao entendimento de que: a) o mandado de segurança não alberga pedido genérico; b) não é inconstitucional a regra posta na LC 116/03, tendo incidência o disposto no seu art. 2º. **Recurso especial** apontando violação dos seguintes preceitos legais: arts. 535, I e II, 282 e 283 do CPC; arts. 1º e 6º da Lei 1.533/51; art. 2º, I, da LC nº 116/03. Sustenta que: a) o acórdão é nulo, haja vista não ter suprido as omissões argüidas mesmo após a oposição dos embargos de declaração, mais especificamente em relação à violação dos arts. 1º e 6º da Lei 1.533/51, 282 e 283 do CPC, bem assim quanto à diferenciação entre o local da prestação dos serviços e o do resultado dos serviços, critério esse eleito pela LC nº 116/03; b) o decisum é nulo por omissão quanto à adequação da via eleita, deixando de formular fundamento que legitimaria tal conclusão; c) a assertiva contida no acórdão recorrido (pedido genérico) é manifestamente contrária às provas pré-constituídas que acompanharam a exordial do mandado de segurança, sendo conflitante com o disposto nos arts. 1º e 6º da Lei 1.533/51. Igualmente se diga do disposto nos arts. 282 e 283 do CPC; d) embora o serviço de retífica de motores seja realizado no território nacional (local da prestação), trata-se de efetiva exportação de serviços, tal qual tratada pelo art. 2º, inciso I, da LC 116/03, na medida em que a prestação de serviços somente se conclui com o pagamento dos valores devidos que, por conseguinte, apenas se perfaz quando os clientes verificam o resultado do serviço encomendado. Interposto concomitantemente **recurso extraordinário**. Ambos os apelos não foram admitidos, tendo sido manejados agravos de instrumentos para o STJ e STF. O agravo dirigido a esta Corte foi provido. **2**. O recurso não merece ser conhecido pela alegada violação dos arts. 282 e 283 do CPC e 1º e 6º da Lei nº 1.533/51, pois não foram prequestionados na instância de origem, não havendo sido objeto de debate nem deliberação. Nem mesmo com a oposição de embargos de declaração, houve pronunciamento a respeito deles, hipótese que atrai a incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ. 3. Ausência de violação do art. 535, I e II, do CPC: a) quanto à primeira questão (omissão quanto os arts. 1º e 6º da Lei 1.533/51, e 282 e 283 do CPC) verifica-se que não houve manifestação a respeito de tais preceitos porque utilizou-se o acórdão da apelação de fundamentação diversa para sustentar a assertiva de que o mandado de segurança continha imprecisão

Acesso ao Sumário

do pedido, entendendo-o genérico e estranho ao conteúdo preventivo da impetração (fl. 443 e fl. 455). Não se trata, pois, de omissão a ausência de manifestação sobre o teor desses dispositivos legais. O aresto recorrido abordou os pontos necessários à composição da lide, oferecendo conclusão conforme a prestação jurisdicional solicitada; b) em relação ao segundo questionamento (ausência de diferenciação entre o local da prestação dos serviços e o local do resultado dos serviços), também não se constata situação omissiva, pois, embora não fazendo essa discriminação, o aresto recorrido reportou-se ao pronunciamento do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que se manifestou a respeito; c) por último, quanto à inadequação da via eleita, constata-se que o Tribunal manifestou-se quando entendeu que o mandado de segurança seria via imprópria para formular pedido genérico. O parecer do Parquet foi além e opinou pela extinção do processo sem julgamento de mérito. Porém, a Corte, apesar de adotar a manifestação do Ministério Público, passou ao exame do mérito da segurança, não resultando prejuízo para a recorrente em relação à preliminar. Assim, não constatados os vícios elencados no art. 535 do CPC, nega-se provimento ao apelo nesse aspecto. **4.** Nos termos do art. 2º, inciso I, parágrafo único, da LC 116/03, o ISSQN não incide sobre as exportações de serviços, sendo tributáveis aqueles desenvolvidos dentro do território nacional cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior. *In casu*, a recorrente é contratada por empresas do exterior e recebe motores e turbinas para reparos, retífica e revisão. Inicia, desenvolve e conclui a prestação do serviço dentro do território nacional, exatamente em Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, e somente depois de testados, envia-os de volta aos clientes, que procedem à sua instalação nas aeronaves. **5**. A Lei Complementar 116/03 estabelece como condição para que haja exportação de serviços desenvolvidos no Brasil que o resultado da atividade contratada não se verifique dentro do nosso País, sendo de suma importância, por conseguinte, a compreensão do termo "resultado" como disposto no parágrafo único do art. 2º. **6.** Na acepção semântica, "resultado" é conseqüência, efeito, seguimento. Assim, para que haja efetiva exportação do serviço desenvolvido no Brasil, ele não poderá aqui ter conseqüências ou produzir efeitos. A contrário senso, os efeitos decorrentes dos serviços exportados devem-se produzir em qualquer outro País. É necessário, pois, ter-se em mente que os verdadeiros resultados do serviço prestado, os objetivos da contratação e da prestação. **7.** O trabalho desenvolvido pela recorrente não configura exportação de serviço, pois o objetivo da contratação, o resultado, que é o efetivo conserto do equipamento, é totalmente concluído no nosso território. É inquestionável a incidência do ISS no presente caso, tendo

Acesso ao Sumário

incidência o disposto no parágrafo único, do art. 2º, da LC 116/03: "*Não se enquadram no disposto no inciso I os serviços desenvolvidos no Brasil, cujo resultado aqui se verifique, ainda que o pagamento seja feito por residente no exterior.*" **8.** Recurso especial parcialmente conhecido e não-provido." **- REsp Nº 831.124 – RJ (2006/0052272-7) – Rel. Min. JOSÉ DELGADO – j. 15/08/2006 – D.J. 25/09/2006.**

Igualmente, segue a mesma orientação a jurisprudência nesse E. Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO E AGRAVO RETIDO – AÇÃO ORDINÁRIA – ISS, exercícios de 2008 a 2012 – Município de Santos – 1) Hipótese de não conhecimento do agravo retido – Ausência de reiteração do pedido de julgamento em grau de recurso – 2) Serviços de reparo e manutenção em embarcações e plataformas petrolíferas – Tributação por ISS – Possibilidade – No caso, verifica-se que parte dos serviços prestados obtiveram resultados dentro do território nacional – Imposto que deve ser recolhido no local do estabelecimento do prestador – Ausência de exportação de serviço – Isenção prevista no Decreto-Lei 244/67 – Inaplicabilidade – Ausência de cumprimento aos requisitos da norma de isenção – Sentença mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP; Apelação 3012268-47.2013.8.26.0562; Relator (a): Rodrigues de Aguiar; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/10/2017; Data de Registro: 25/10/2017).

Ação Declaratória. ISS. Pretensão de isenção tributária. Exportação de Serviços. Sentença de improcedência do pedido. Pretensão à reforma. Desacolhimento. Serviço de logística especial. Empresa que atua no transporte de bens para sua utilização em eventos sediados no território brasileiro. Resultado dos serviços que são verificados no Brasil, já que, essencialmente, o tomador se beneficia de sua execução por ocasião da realização do evento. Necessário retorno dos bens ao exterior que constitui mera consequência necessária à sua finalidade. Isenção não configurada. Aplicação do artigo 2º, parágrafo único da LC 116/03. Circunstância que torna o Município réu competente para exigir o ISS sobre os serviços prestados em seu território. Majoração dos honorários sucumbenciais nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015 e do Enunciado administrativo n. 7 do C. STJ. Sentença mantida. Recurso não provido.

(TJSP; Apelação 1048422-05.2015.8.26.0053; Relator (a): Ricardo Chimenti; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 02/02/2017; Data de Registro: 13/02/2017).

Acesso ao Sumário

Portanto, diante do quadro fático apresentado nos autos, não restou caracterizada a exportação de serviço pela apelante, sendo de rigor a cobrança do ISS e respectivas multas aplicadas.

Posto isso, **NEGA-SE provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007613-63.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, são apelados EDINALVA ROSÁRIA FERREIRA e LEONETE MATIAS DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.342)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 12 de junho de 2018.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Área pública municipal. Bem de uso especial irregularmente ocupado por diversas famílias. Indenização pelo tempo de ocupação. Pedido não apreciado pela sentença. Falta que cabe suprir com o julgamento da apelação. Código de Processo Civil atual, artigo 1013, 3º, III. Sem reexame necessário porque a sentença não rejeitou o pedido, que apenas deixou de apreciar. Área pública ocupada desde 1956, de início para uso de uma creche, depois para moradia de pessoas ligadas à então permissionária. Ingresso da ação judicial que marca o interesse do Município em retomar a área e de dar a ela a destinação pública apropriada. Presunção de autorização ou tolerância do Município com a ocupação até então, por isso sem direito de indenização, devida somente a partir do ajuizamento da ação judicial, segundo o valor locativo da área, a ser determinado em liquidação. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

A sentença, proferida em 13 de abril de 2012, pelo eminente juiz, Doutor Henrique Rodriguero Clavisio, deferiu reintegração de posse em favor de Município de São Paulo, de área pública municipal ocupada por diversas famílias, tendo fixado honorários advocatícios em dez por cento do valor atualizado da causa, fls. 254/256.

Embargos de declaração rejeitados, fls. 282.

Apela o Município de São Paulo pela anulação da sentença, por ter deixado de apreciar pedido de indenização por perdas e danos por conta do esbulho possessório, com base no valor locativo da área pública invadida, ou que a questão seja apreciada pelo tribunal.

Sustenta que o possuidor de má-fé responde por todos os prejuízos que causou e a municipalidade, em virtude da privação na posse, deixou de auferir frutos civis, ficando impedida de dar ao bem qualquer destinação pública em benefício da coletividade. Postula indenização pelo uso indevido do bem municipal.

Recurso respondido.

É o relatório.

Sem reexame necessário porque o pedido não foi rejeitado pela sentença, que apenas deixou de apreciar, mesmo com o julgamento de embargos de declaração.

Pedido de reintegração de posse que teve por objeto imóvel público municipal situado na Rua Catumbi, nº 574, nesta capital, inicialmente permitido o uso precário e gratuito por Centro de Assistência Social Brás-Mooca, Auto de Cessão nº 335, de 1956, para instalação de uma creche.

Decorridos vários anos, constatou o Município que a destinação fora desvirtuada, não havendo creche no local, mas ocupação por pessoas vinculadas à então permissionária e exclusivamente para fins de moradia, revogada a permissão de uso em 08-03-2002 e tomadas providências administrativas para a desocupação, sem sucesso.

Foi concedida a reintegração de posse, mas não apreciado o pedido de indenização, nem mesmo com o julgamento de embargos de declaração, falta que cabe suprir com o julgamento da apelação, segundo o disposto no artigo 1013, § 3º, III, do Código de Processo Civil atual.

Tratando-se de ocupação de má-fé, porque não autorizada pelo Município, os ocupantes devem indenização ao Município, segundo o valor locativo do imóvel, a apurar em liquidação, mas somente a partir do ajuizamento da ação, que marca o interesse do Município em retomá-lo e dar a ele a destinação

Acesso ao Sumário

pública apropriada, dada a presunção de autorização ou tolerância do Município com a ocupação até então, que exclui o direito de indenização, considerando que a autora Edinalva Rosária Ferreira foi notificada para desocupação em 15-08-2002 e Leonete Matias da Silva em 27-11-2003, fls. 22/23, mas a ação só foi ajuizada em 12 de março de 2010.

Para tal efeito, **DÁ-SE** provimento ao recurso.

Se as partes não manifestarem oposição, eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, na forma da Resolução nº 549/2011 desta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0023791-97.2004.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SINEGÁS GNV DO BRASIL LTDA., é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o dr. Carlos Henrique da Silva", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.122)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente) e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 7 de junho de 2018.

GERALDO XAVIER, Relator

Ementa: Apelação. Ação de repetição de indébito. Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Período de outubro de 2001 a junho de 2003. Locação de bens móveis. Não incidência do tributo. Inteligência da Súmula Vinculante 31 do Supremo Tribunal Federal.

Repetição de indébito. Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Possibilidade de transferência do encargo financeiro. Prova pericial a revelar que este não foi suportado pela autora. Inteligência do artigo

166 do Código Tributário Nacional. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Embargos de declaração. Condenação da demandante ao pagamento da multa prevista no artigo 1.026, §

Acesso ao Sumário

2º, do Código de Processo Civil. Admissibilidade. Caráter protelatório dos embargos configurado. Recurso denegado.

VOTO

Cuida-se de ação de repetição de indébito proposta por Sinegás GNV do Brasil Limitada em face do município de São Paulo.

Alega-se indevida, dada a inconstitucionalidade do item 78 do artigo 1º da Lei Municipal 10.423/87 e do item 79 da lista de serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar 56/97, a cobrança de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) no tocante a receitas oriundas de locação de bens móveis; argumenta-se que inexiste prestação de serviço, mas antes obrigação de dar, motivo pelo qual não incide o tributo; afirma-se que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a inconstitucionalidade há pouco referida e pretende-se repetir o quanto indevidamente pago no período de outubro de 2001 a junho de 2003, com atualização monetária e juros moratórios (artigo 167 do Código Tributário Nacional).

Julgado improcedente o pedido, apela tempestivamente a autora: requer anulação do decisório "a quo" porque não apreciadas pelo juízo de origem todas as provas apresentadas; reitera o argumento de que faz jus à repetição dos valores indevidamente pagos e requer inversão do resultado do julgamento; assevera, subsidiariamente, inaplicável a fixação dos honorários advocatícios com esteio no novo Código de Processo Civil e almeja seja afastada a condenação ao pagamento de multa, porquanto não protelatórios os embargos de declaração por ela opostos.

Recebido e processado o recurso, nas contrarrazões pondera-se correta a sentença, pugna-se por sua manutenção.

Eis, sucinto, o relatório.

Cumpre registrar, em caráter propedêutico, não violar a sentença o disposto no artigo 93, IX, da Magna Carta, pois seu ilustre prolator explicitou as razões de decidir com base na livre apreciação das provas (artigo 371 do Código de Processo Civil - sistema da persuasão racional). Não há falar em nulidade.

Tecidas as prodrômicas considerações supra, mister admitir que o recurso não comporta provimento.

Com efeito.

Reza o artigo 166 do Código Tributário Nacional:

"Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro,

estar por este expressamente autorizado a recebê-la."

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o artigo transcrito no precedente parágrafo se aplica ao ISS:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO NA CORTE 'A QUO' NÃO SANADA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADUÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS LEGAIS AUSENTES NA DECISÃO RECORRIDA. SÚMULA Nº 211/STJ. ISS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO, 'IN CASU', INDIRETO. TRANSFERÊNCIA DE ENCARGO FINANCEIRO AO CONSUMIDOR FINAL. ART. 166 DO CTN. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES. 1. Recurso especial oposto contra acórdão que julgou procedente ação em que se objetiva declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que autorize o recorrente a exigir de sociedade uniprofissional prestadora de serviços de contabilidade o pagamento de ISS sobre o respectivo faturamento, deferindo a restituição do valor do tributo. 2. Ausência de prequestionamento do art. 333, I, do CPC, por não ter sido o mesmo abordado, em nenhum momento, no âmbito do aresto 'a quo'. Incidência da Súmula nº 211/STJ. 3. A respeito da repercussão, a 1ª Seção deste Tribunal, julgando os EREsp nº 168469/SP, pacificou posicionamento de que ela não pode ser exigida nos casos de repetição ou compensação de contribuições, tributo considerado direto, especialmente, quando a lei que impunha a sua cobrança foi julgada inconstitucional. Da mesma forma, a referida Seção, em embargos de divergência, pacificou o entendimento de que o art. 66 da Lei nº 8.383/91, na sua interpretação sistêmica, autoriza ao contribuinte efetuar, via autolançamento, compensação de tributos pagos cuja exigência foi indevida ou inconstitucional. 4. Tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro são somente aqueles em relação aos quais a própria lei estabeleça dita transferência. Apenas em tais casos se aplica a regra do art. 166 do CTN, pois a natureza a que se reporta tal dispositivo legal só pode ser a jurídica, que é determinada pela lei correspondente e não por meras circunstâncias econômicas que podem estar, ou não, presentes, sem que se disponha de um critério seguro para saber quando se deu, e quando não se deu, a aludida transferência. 5. O art. 166 do CTN contém referência cristalina ao fato de que deve haver, pelo intérprete sempre, em casos de repetição de indébito, identificação se o tributo, por sua natureza, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, quando a lei, expressamente, não determina que o pagamento da exação seja feito por terceiro, como é o caso do ICMS e do IPI. A prova a ser exigida na primeira situação deve ser aquela possível e que se apresente bem clara, a fim de não se colaborar para o enriquecimento ilícito do poder tributante. Nos casos em que a lei expressamente estatui que o terceiro assumiu o encargo, há necessidade, de modo absoluto, que esse terceiro conceda autorização para repetir o indébito. 6.

Acesso ao Sumário

O tributo examinado (ISS), no caso concreto, é de natureza indireta. Apresenta-se com essa característica porque o contribuinte real é o consumidor da mercadoria objeto da operação (contribuinte de fato) e a empresa (contribuinte de direito) repassa, no preço da mercadoria, o imposto devido, recolhendo, após, aos cofres públicos o imposto já pago pelo consumidor de seus produtos. Não assume, pois, a carga tributária resultante dessa incidência. O fenômeno da substituição legal no cumprimento da obrigação, do contribuinte de fato pelo contribuinte de direito, em conseqüência, ocorre na exigência do pagamento do ISS. A repetição do indébito e a compensação do tributo questionado não podem ser deferidas sem a exigência do repasse. 7. 'O ISS é espécie tributária que pode funcionar como tributo direto ou indireto. 2. Hipótese dos autos que encerra espécie de tributo indireto, porque recolhido sobre as receitas oriundas de cada encomenda, sendo suportado pelo tomador do serviço. 3. Como imposto indireto, tem aplicações, em princípio, o teor do art. 166 do CTN e o verbete 71 do STF, atualmente 546.' (REsp nº 426179/SP, DJ de 20/09/2004, Relª Minª Eliana Calmon) 8. Ilegitimidade ativa 'ad causam' configurada para repetir o indébito. Precedentes desta Corte. 9. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido." (recurso especial 657.707/RJ, relator Ministro José Delgado);

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROVA DA NÃO-REPERCUSSÃO DO ENCARGO FINANCEIRO AO CONSUMIDOR FINAL. IMPRESCINDIBILIDADE. ART. 166 DO CTN. PRECEDENTES. 1. Tratam os autos de ação declaratória cumulada com repetição de indébito em face do Município de Curitiba. A exordial requereu : a) a concessão de tutela antecipada para que o município se abstenha de continuar cobrando ISS mensalmente à alíquota de 5% sobre o preço de serviços; b) a declaração do direito do requerente recolher ISS em valores fixos anuais calculados por profissional habilitado, nos termos do art. 9°, § 3°, do Decreto Lei 406/68 e da lei Municipal n° 6202/80; c) a repetição de indébito em relação ao imposto pago a maior. A decisão concedeu a antecipação da tutela para o fim de determinar a suspensão da exigência do ISS na alíquota de 5% sobre o faturamento mensal da impetrante. Interposta apelação pelo Município de Curitiba, Tribunal 'a quo' deu parcial provimento por entender que: a) 'Sociedade profissional, sem caráter empresarial ou comercial, integrada por médicos para prestação de serviços especializados, com responsabilidade pessoal, beneficia-se de tratamento fiscal diferenciado previsto em lei de específica regência (Dec. Lei 406/68, art. 9º, parágrafos 1º e 3º)'; b) o ônus da prova cabia ao apelado, e este quedou-se inerte, descabida a pretensão de restituição do tributo ante a ausência de observância dos requisitos previstos no art. 166 do CTN; c) 'Na questão da sucumbência, o insucesso mede-se tanto no aspecto quantitativo quanto no jurídico da pretensão em debate na ação, sopesado aquilo que fora pedido e a resistência respectivamente

Acesso ao Sumário

imposta'. Instituto Halsted S/C LTDA. alega como fundamento para o recurso especial que: a) a dinâmica do ISS lançado por homologação não comporta transferência de encargo pelo consumidor; b) dada a inconsistência da chamada 'Teoria da Repercussão Econômica', o melhor critério distintivo seria o da estrutura jurídica do tributo: se a regulação é feita para imputar a terceiros o encargo, o tributo é indireto; do contrário, direto. Contra-razões sustentando que: trata-se o ISS de tributo indireto, que acaba recaindo no consumidor final, porquanto esteja incluído no preço final do serviço. 2. A respeito da repercussão econômica, a 1ª Seção deste Tribunal, julgando o EREsp nº 168469/SP, pacificou posicionamento de que ela não pode ser exigida nos casos de repetição ou compensação de tributo considerado direto. 3. Constata-se dos autos que não foi demonstrado o repasse ao consumidor ou permissão do contribuinte de fato para demandar em juízo a restituição do tributo pago a maior. Dessa forma, não sendo observados os requisitos previstos no art. 166 do CTN, não cabe a pretensão de devolução do tributo. 4. Recurso especial não-provido." (recurso especial 835.202/PR, relator Ministro José Delgado).

No caso "sub cogitatione" a prova pericial revela que a demandante repassou aos locatários de bens móveis o encargo financeiro do tributo. E como não demonstrou que estes últimos a autorizaram a receber a restituição, não há que se falar em restituição (folhas 509/511 e 519). Daí por que improcede o pedido respectivo.

Quanto à fixação da verba honorária com esteio no novo Código de Processo Civil, nenhuma irregularidade de vislumbra, pois à época da prolação da sentença já vigia o referido diploma, o qual deve ser observado nos termos do disposto em seu artigo 14.

Por fim: no que tange à multa aplicada com esteio no artigo 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, está-se que tal não merece reforma, porquanto os embargos de declaração opostos pela apelante foram, em sua essência, reiteração dos argumentos por ela deduzidos e já exaustivamente analisados na sentença, motivo pelo qual reconhecido seu caráter protelatório.

Acesso ao Sumário

Posto isso, nega-se provimento ao recurso e mantém-se a sentença. Outrossim, em atenção ao artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil e ao limite previsto no inciso I do § 3º do mesmo dispositivo legal, mantém-se a condenação da autora a pagar a verba honorária de 20% (dez por cento) do valor da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002882-

85.2016.8.26.0541, da Comarca de Santa Fé do Sul, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE TRÊS FRONTEIRAS, é apelado FLAUZINA MURO DIAS - ME.

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 ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.177)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente), OSWALDO LUIZ PALU e MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 13 de junho de 2018.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – PROCEDIMENTO COMUM – OBRIGAÇÃO DE FAZER – BEM PÚBLICO – DOAÇÃO COM ENCARGO – PROVA DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – AUSÊNCIA – FACULDADE DA ADMINISTRAÇÃO – CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE.

Pretensão à outorga de escritura de doação de bem público com base em lei municipal de incentivo à instalação de empresas no Município. Empresa recém-constituída e recém-instalada que não comprovou o potencial para gerar empregos ou incrementar a arrecadação. Faculdade atribuída pela lei à Municipalidade, que pode doar ou ceder o uso da área caso entenda conveniente. Sentença reformada. Pedido improcedente. Recurso provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 125/128, cujo relatório se adota, julgou procedente a pretensão para compelir a ré a outorgar a escritura de doação do terreno do Distrito Industrial descrito na inicial.

Inconformada apela a vencida objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta, em síntese, a necessidade de observância do art. 17, I, da Lei nº 8.666/93.

Recurso processado, com contrarrazões, ausente oposição das partes ao julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Merece reforma a r. sentença apelada.

Cuida-se de ação ordinária com pedido de outorga de escritura de doação de imóvel público com base na Lei Municipal nº 506, de 19 de fevereiro de 1988, que instituiu o PRODIC – Programa de Desenvolvimento Industrial e Comercial, e cujo art. 2º assim dispõe:

> "Fica a Prefeitura Municipal de Três Fronteiras autorizada a ceder ou a doar bens imóveis do patrimônio bens imóveis do patrimônio público, bem como conceder os benefícios fiscais previstos nesta Lei a empresas coletivas de responsabilidade limitada ou sociedade anônima que tenham por objetivo fins industriais ou agroindustriais e comerciais, que se vierem a instalar no Município ou ampliar as suas instalações de forma a aumentar a demanda de mão de obra e arrecadação de receita pública"

Trata-se, como se depreende da literalidade do dispositivo, de uma faculdade do Poder Público, que pode tanto doar como ceder o uso do bem imóvel caso entenda que poderá haver incremento na arrecadação ou geração de empregos.

Para obtenção do benefício "os interessados na obtenção dos favores desta Lei, apresentarão o plano de instalação ou transferência de sua empresa especificando os benefícios solicitados, através de requerimento ao Prefeito Municipal de Três Fronteiras, instruindo o pedido com os seguintes elementos (...)" (art. 6º). E "aprovado o processo, a firma ou pessoa interessada terá prazo de noventa dias a dar início a construção dos edifícios para fins industriais ou agroindustriais" (art. 7º).

Definidas as balizas jurídicas, passa-se à análise dos fatos.

Versa a presente ação sobre o imóvel situado à Rua Marginal (ou Industrial, não se sabe ao certo), nº 520, que vem sendo ocupado há anos por empresas não regularizadas que se sucedem sem qualquer controle público (fls. 96/103). Em julho de 2015, o bem passou a ser ocupado, sem autorização da ré, por Leorimaldo Batista Faria e Flauzina Muro Dias (fls. 02 e 91/98).

Acesso ao Sumário

Em 05 de maio de 2016 foi constituída microempresa individual Flauzina Muro Dias – MEI para atuar no ramo de distribuição de água por caminhões (fls. 11/12). Na mesma data, a pessoa jurídica obteve alvará de autorização da Prefeitura Municipal a exercer a atividade Rua Industrial, nº 520 (fls. 16).

Seis dias depois, em 11 de maio, Leorimaldo Batista Faria, marido da empresária individual, protocolou na Prefeitura Municipal pedido de "aprovação do projeto de regularização de um prédio zeladoria e comercial, certidão de benfeitorias, certidão de decadência, assim como a expedição do habite-se" (fls. 17). De forma célere, em 20 de maio a Municipalidade concedeu ao postulante tanto o alvará para a construção (fls. 20/24), quanto a carta de habitação (fls.

25/26).

Finalmente, em 03 de junho de 2016, as pessoas físicas Leorimaldo Batista Faria e Flauzina Muro Dias protocolaram pedido de doação do terreno, que foi negado em 22 de junho ao argumento de que é necessária a observância dos requisitos previstos no art. 17 da Lei nº 8.666/93 (fls. 27/33).

Discussões à parte sobre a Lei nº 8.666/93, não é possível compelir o Município de Três Fronteiras a doar o bem público indisponível e de valor indefinido, sem licitação, a empresa recém-instalada – se é que possível considerar empresa, tendo em vista a marcada confusão entre pessoa jurídica e física – que não comprovou que gera ou tem potencial para gerar empregos, ou mesmo que recolhe regularmente o ISS.

Não há nos autos prova da contratação de um único funcionário ou uma guia sequer de recolhimento de tributo. Na verdade, não está demonstrado que a autora contribuiu com qualquer melhoramento no terreno, uma vez que as construções antecedem a ocupação por Leorimaldo Batista Faria e Flauzina Muro Dias (fls. 97/98). E ainda que houvesse prova do cumprimento do encargo, a ré tem a faculdade de apenas ceder o uso da área, e não doá-la, como quer a apelada.

Por essas razões, dá-se provimento ao recurso para reformar a r. sentença e julgar improcedente a pretensão, invertidos os ônus da sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004108-13.2017.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE VOTUPORANGA, são apelados J.S.P. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e N.M.S. (MAE REP FILHA MENOR).

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 voluntário da Municipalidade de Votuporanga, v.u. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.404)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente) e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 14 de junho de 2018.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS –

Responsabilidade civil objetiva – Agressões praticadas por Professora de Escola Pública Municipal em sala de aula – Independência entre as instâncias criminal e civil, com distinção da Responsabilidade civil objetiva do Ente Público e da responsabilidade civil subjetiva, extracontratual ou aquiliana, da agente pública condenada no âmbito criminal por crime de maus-tratos – Nexo de causalidade reconhecido – Responsabilidade objetiva da Municipalidade de Votuporanga bem demonstrada, com devido arbitramento do dano moral em montante adequado, levando em consideração ao valor arbitrado no juízo criminal – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e desta C. 9ª Câmara de Direito Público – Procedência da ação mantida Recurso da Municipalidade ré não provido.

RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS – Sobre as verbas indenizatórias correspondentes aos danos morais, a correção monetária correrá do arbitramento (Súmula 362 STJ) e os juros moratórios da data do evento danoso (Súmula 54 STJ) – Percentual da correção monetária e dos juros moratórios que deverá observar os termos do Tema 810, do STF, e do Tema 905, do STJ – Sentença mantida – Recurso da Municipalidade ré não provido.

VOTO

Ação de reparação por danos morais movida por J.S.P., menor representada por sua genitora N.M.S., contra o Município de Votuporanga, objetivando o recebimento da quantia de R$80.000,00 (oitenta mil reais) a título de danos morais, em razão das agressões praticadas em sala de aula pela Professora de Escola Municipal "Anita Lievana de Camargo".

A r. sentença de fls. 162/164, cujo relatório se adota, julgou procedente em parte o pedido para condenar a Municipalidade ré ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), em razão dos comprovados danos praticados por agente pública municipal. Condenada a autora nos ônus sucumbenciais, com arbitramento da verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, com a observância de ser beneficiária da gratuidade (fl. 73).

Acesso ao Sumário

Inconformado, apela o Município réu, a fls. 167/181. Sustenta não ter sido comprovada a negligência do ente público em promover o imediato afastamento da Professora de suas funções tão logo ciente das notícias das agressões praticadas em sala de aula. Quer ainda a redução da verba reparatória arbitrada.

Recurso recebido, processado e contrariado (fls. 190/197).

É o relatório.

O caso é de manutenção da r. sentença.

De fato, é possível apurar que a controvérsia nesta ação reparatória está circunscrita a imputada responsabilidade objetiva do ente público Municipal (art. 37, par. 6º, da CF) pela prática lesiva de servidora pública, Professora Municipal, que promoveu agressões fisicas a alunos em sala de aula na Escola Municipal "Anita Lievana de Camargo", no Município de Votuporanga.

Apura-se a partir da narrativa de ambas as partes, como da r. sentença prolatada em ação criminal (proc. Nº 0015011-95.2015.8.26.0664) promovida pelo Ministério Público contra Anélia Cristina Messias da Silva, que os alunos da Escola Municipal, incluindo a menor J.S.P., sofreram agressões de ordem física praticadas pela servidora pública Municipal, o que resultou na sua condenação criminal pela prática do crime de maus-tratos (art. 136, do CP)[1] em continuidade delitiva (art. 71, par. Único, do CP)[2], com a cominação da pena de 2 (dois) anos de detenção, como também o pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a ser pago a cada família dos alunos agredidos, a título de danos morais (fls. 44/55).

Neste contexto é possível distinguir a responsabilidade civil objetiva do ente público, nos termos do art. 37, par. 6º, da CF, daquela outra responsabilidade civil subjetiva, extracontratual ou aquiliana, nos termos do art. 186 e 927, do Código Civil[3], em que responsabilizada determinada pessoa por ato ilícito decorrente de violação de dever de cuidado, no caso as agressões praticadas por Amélia Cristina Messias da Silva em sala de aula de Escola Pública Municipal.

1 Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

2 Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

3 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Acesso ao Sumário

Destarte, não se deve baralhar que a indenização por danos morais fixadas no âmbito criminal decorreu dos efeitos genéricos e específicos do crime praticado pela Professora, como se verifica da leitura do art. 91, I, do CP[4], e consubstancia na responsabilidade subjetiva, com análise da culpabilidade do agente que praticou o ato ilícito imputado na ação penal, como também da evidente independência entre as instância criminal e civil (art. 935, do Código Civil)[5], uma vez que não há prejudicialidade ou dependência entre elas.

Contudo, o espectro desta ação civil reparatória promovida pela vítima de maus-tratos em face do ente público Municipal está circunscrito ao comportamento da Municipalidade de Votuporanga em contratar servidora com graves problemas psiquiátricos (fls. 57/61) para lesionar em Escola Pública Municipal, e como agente público gerou danos de ordem moral a terceiros, responsabilidade civil objetiva do ente público Municipal, nos termos do art. 37, par. 6º, da CF[6].

Então, ainda que se possa levar em consideração o montante da pena acessória aplicada no juízo criminal, com a condenação da Professora Amélia Cristina Messias da Silva ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) por danos morais (fl. 55), não se deve ignorar que nesta ação civil reparatória por danos morais o que se está a debater são os danos causados por agente público, com base na responsabilidade objetiva.

Com isso, restou bem demonstrada a omissão do ente público, que já vinha sendo alertado pela Câmara Municipal de Votuporanga (fl. 56) do imediato afastamento da Professora, como por imagens gravadas e periciadas pela Equipe de Perícias Criminalísticas de Votuporanga (fls. 18/43), cujos danos propagados por servidora pública estão bem configurados, higidez do nexo de causalidade que impõe a condenação do ente público no pagamento de verba reparatória por danos morais, em razão dos graves atos praticados por agente público.

Aliás, tanto na relação de causa e efeito entre a conduta culposa (responsabilidade subjetiva) quanto no risco criado (responsabilidade objetiva), e o dano experimentado pela vítima, não há como suprimir ou ignorar o fato de que a ausência do nexo de causalidade rompe o dever de indenizar, pois imprescindível a demonstração de todos os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil, sem imputar à Administração fato suposto, e que no caso concreto restou bem demonstrado.

Acesso ao Sumário

4 Art. 91 - São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

5 Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

6 Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como as agressões sofridas pela menor autora imputaram-na sofrimento inadmissível no interior de uma escola pública municipal, e vindo de uma Professora ganha ainda contornos mais graves, isso porque a escola é o local da convivência, do incentivo à liberdade da tolerância e do respeito, como também da promoção da dignidade humana. Referido tipo de comportamento de quem tem o dever de ensinar não pode ser admitido, devendo ser coibido e reparado o dano produzido por agente público.

Assevera AGUIAR DIAS que o dano moral "consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito ou da lesão, quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação do ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam" (Da Responsabilidade Civil, Forense, 4ª. ed., n. 228, pág. 783).

Percebe-se, assim como admitido por SÉRGIO CAVALIERI FILHO, que o dano moral decorre da própria gravidade do ilícito ocorrido e, prossegui em sua lúcida explanação a considerar que:

Se a ofensa é grave de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *bominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum. ("Programa de Responsabilidade Civil", 5ª edição, p. 123).

Como se sabe, no dano moral a reparação se dá no aspecto do sofrimento, da angústia infligida em razão das agressões sofridas pela autora em sala de aula, concedendo-se apenas um lenitivo por este evento danoso causado em razão do comportamento do próprio agente público.

Pondera ANTÔNIO JEOVÁ SANTOS acerca do dano moral o seguinte: "(...) nenhum ato ilícito e injusto deve ficar sem reparação, nem o ofensor aproveitar-se da situação inferior da vítima, para cometer os mais atrozes atos e permanecer sem que exista a devida reparação." (Dano Moral Indenizável, p. 128/129).

Nesta dimensão dos acontecimentos gerados à autora, e levando em consideração o montante já arbitrado na ação criminal (fl. 55), e conformando-se as partes com o montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixado pela r. sentença recorrida, cabível a sua manutenção, diante de sua adequação em relação a extensão do dano produzido (art. 944, do Código Civil), uma vez que o juiz deve proceder "com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso" (RSTJ 97/281),

Acesso ao Sumário

Convém anotar precedentes deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e desta C. 9ª Câmara de Direito Público:

APELAÇÃO CÍVEL - Ação de indenização - Responsabilidade civil por danos morais - Aluna de escola municipal que sofreu agressões por parte da professora - Sentença que julgou improcedente o pedido em razão da servidora ter sido condenada na esfera criminal, inclusive ao pagamento de indenização por danos morais à autora - Fixação da responsabilidade civil que independente da penal - Prova suficiente das agressões sofridas pela menor - Responsabilidade objetiva do Município que tinha o dever de fiscalização (art. 37, § 6º da CF) - Danos morais verificados – Dever de indenizar - Valor fixado que deve assegurar à parte lesada justa indenização sem incorrer em enriquecimento ilícito - Inversão dos ônus da sucumbência - Sentença reformada para julgar o pedido procedente em parte. (Apel. nº 1002869-71.2017.8.26.0664, Rel. Des. EDUARDO GOUVÊA, j. 09/05/2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Indenização por Dano Moral - Agressão ao filho dos autores praticada por Professora dos quadros da Municipalidade de Pardinho dentro da escola - Decisão recorrida que reconheceu a ilegitimidade da Professora para figurar no polo passivo da ação - Requerida que à época dos fatos era funcionária pública municipal atuando na função de Professora da escola pública mantida pela Prefeitura Municipal de Pardinho, e onde o filho dos autores estudava - Ainda que os elementos da responsabilidade civil do Estado sejam distintos daqueles que fundamentam a responsabilidade pessoal do agente público, é faculdade do demandante optar pelo litisconsórcio passivo, inexistindo vedação, a princípio, de inclusão do agente público no polo passivo da demanda – Prevalência da responsabilidade subjetiva - Decisão reformada – Recurso provido. (AI nº 2184274-75.2017.8.26.0000, Rela. Desa. MARIA LAURA TAVARES, j. 14/02/2018).

RESPONSABILIDADE CIVIL. Mairiporã. Inspetor de escola municipal condenado criminalmente por estupro de vulnerável, praticado contra alunos do estabelecimento de ensino. Menor vítima de estupro de vulnerável. Indenização. 1. Cerceamento de defesa. A prova testemunhal pretendida pelo município era desnecessária, não se entrevendo equívoco na rejeição. O indeferimento de diligências inúteis ou meramente protelatórias é permitido pelo art. 370 do CPC, não constitui cerceamento de defesa e não viola o art. 5º, LV da CF. 2. Denunciação à lide. Não há que se falar em obrigatoriedade da denunciação à lide no caso. Ante o teor do art. 37, § 6º da CF, assegura-se tão somente o direito de regresso do Município contra seu ex-servidor. 3. 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

Acesso ao Sumário

anterior; atual art. 186 do CC). 3. Responsabilidade civil. Prova do dano. Nos termos do art. art. 374, I, CPC/15, é notório o dano moral do autor, uma vez que foi vítima de violência sexual praticada por servidor público, no ambiente escolar, quando ainda menor impúbere. 4. Responsabilidade civil. Nexo causal. Nexo causal. Não há como afastar a responsabilidade civil imputada ao Município; a materialidade e autoria delitivas restaram confirmadas no processo criminal e fazem prova no processo civil, nos termos do art. 935 do CC. O ato criminoso partiu de servidor público municipal, que se aproveitou de sua condição e hierarquia no exercício da função pública para submeter o autor a agressões físicas, sexuais e psicológicas. A existência de nexo entre a conduta da Administração, por meio de seu servidor, e o dano sofrido pelo menor está comprovada. 5. Indenização. Valor. O crime praticado contra o autor e as circunstâncias que o envolvem denotam a gravidade da situação, a extensão do dano e a alta reprovabilidade da conduta. A indenização fixada em R$-100.000,00 atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e não merece redução. 6. Juros e correção monetária. LF nº 11.960/09. Os valores serão corrigidos pelos índices oficiais expressos na Tabela Prática do Tribunal de Justiça (afastada a aplicação da LF nº 11.960/09) e os juros de mora serão aplicados nos termos do art. 1º-F da LF nº 9.494/97, com redação dada pela LF nº 11.960/09. Procedência. Recurso do município desprovido. **(Apel. nº 0000389-87.2013.8.26.0338, Rel. Des. TORRES DE CARVALHO, j. 04/12/2017).**

Ação Reparatória de Danos Morais. Agressões sofridas por aluno praticadas por professora, no interior de escola municipal. Demanda julgada parcialmente procedente. Recurso da Prefeitura buscando a inversão do julgado. Desacolhimento. Responsabilidade objetiva. Configuração do nexo de causalidade. Dever de indenizar reconhecido, condenado o Estado à reparação de danos morais. Sentença que se mantém. Reexame necessário, considerado interposto, e recurso de apelação improvidos. **(Apel. nº 1002144-13.2014.8.26.0624, Rel. Des. AROLDO VIOTTI, j. 08/08/2017).**

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Responsabilidade civil objetiva - Ofensas advindas de professora de escola pública em sala de aula de cunho preconceituoso à alunos, em razão da condição de afrodescendentes - Alegado abalo psicológico nos autores - Nexo de causalidade reconhecido - Responsabilidade objetiva do Estado e da também da servidora pública - Dano moral configurado - Arbitramento razoável - No arbitramento do dano moral deve o juiz proceder com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso - CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS - Sobre as verbas indenizatórias correspondentes aos danos morais, a correção monetária correrá do arbitramento (Súmula 362 STJ) e os juros moratórios da data do evento danoso (Súmula 54 STJ) - Percentual dos juros moratórios que deverá observar a regra do art. 406,

Acesso ao Sumário

do Código Civil, e não o art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09 - Sentença de procedência mantida, com a fixação, de ofício, em relação aos consectários incidentes sobre os danos morais, a fim de se adequar à posição do STJ e para a correta execução do julgado - Improcedência do apelo - Honorários na ação de indenização fixados, bem como recursais aqui fixados, nos termos do Novo CPC/15 - Recurso voluntário da requerida Fazenda do Estado não provido. (Apel. nº 0005179-47.2008.8.26.0223, De Minha Relatoria, j. 17/11/2016).

Por fim, a evitar contratempos por ocasião da execução do título judicial, cumpre ainda definir os consectários incidentes dívida do ente público Municipal réu.

Assim, em relação aos danos morais, deve-se atentar para a recente decisão do STJ, exarada na Súmula 362[7], segundo a qual a correção monetária nesta indenização corre desde a data do arbitramento, ou seja, desde a prolação da r. sentença. E, quanto aos juros moratórios, ainda que exista posição no sentido de que também deve correr da data do arbitramento (REsp nº 903.258/RS, Relatora Ministra Isabel Gallotti, julgado em 21/06/11)[8], a posição vencedora até o momento, mesmo em julgado em que relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, é a de que, nos juros moratórios, o termo inicial é a data do evento danoso, com base na Súmula 54, do STJ.

Há julgados do C. STJ no seguinte sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DO ARBITRAMENTO. REVISÃO DO VALOR. 1. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 2. Segundo o entendimento majoritário da Segunda Seção, sufragado no REsp 1.132.866/SP (julgado em 23.11.2011), no caso de indenização por dano moral puro decorrente de ato ilícito os juros moratórios legais fluem a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ). Ressalva do ponto de vista pessoal da Relatora. 3. Agravo regimental a que se dá provimento." (AgRg no REsp nº 1.106.994-SC, Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 02/02/2012).

"TERMO INICIAL. JUROS. MORA. DANO MORAL. A Seção, por

Acesso ao Sumário

7 Súmula 362 STJ - A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

8 Os juros moratórios devem fluir, no caso de indenização por dano moral, a partir da data do julgamento em que foi arbitrada a indenização (REsp nº 903.258/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 21.06.2011). (REsp nº 494.183-SP, Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 09/09/11).

maioria de votos, ratificou o entendimento de que o início do prazo para a fluência dos juros de mora, nos casos de condenação à indenização por ano moral decorrente de responsabilidade extracontratual, ocorre na data do evento danoso, de acordo com a Súm. n. 54-STJ. Ficou vencida a tese da Min. Relatora de que incidem os juros de mora a partir da data do ato judicial que fixou a indenização por dano moral. REsp. 1.132.866-SP, Rel. originária Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Sidnei Beneti, julgado em 23/11/2011." (Informativo nº 0488 do STJ de 21 de novembro a 2 de dezembro de 2011).

Enfim, apenas para deixar bem detalhado, o termo inicial da correção monetária corre do arbitramento, ou seja, da prolação da r. sentença, e os juros moratórios do evento danoso, tal como acima pacificado pela C. Corte Superior. E os percentuais da correção monetária e dos juros moratórios deverão observar os estritos termos do Tema 810, do STF, e do Tema 905, do STJ.

E, quanto aos honorários advocatícios, com o não acolhimento do recurso de apelação da Municipalidade ré, cabível fixar a verba honorária recursal em favor da autora no valor de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), nos termos do art. 85 e seguintes do CPC/15.

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso voluntário da Municipalidade de Votuporanga.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003913-15.2012.8.26.0472, da Comarca de Porto Ferreira, em que é apelante ISABEL CRISTINA CALVAMORETTI, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO FERREIRA.

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 12.119)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA NERY (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 4 de junho de 2018.

SOUZA MEIRELLES, Relator

Ementa: Funcionalismo – Servidora pública municipal – Demissão por abandono – Procedimento administrativo em que trilhados os princípios

Acesso ao Sumário

do contraditório e da ampla defesa – Ausência de comprovação de assédio moral concausante – Reintegração ao cargo e compensação de dano extrapatrimonial incabíveis – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Apelação cível manejada por **Isabel Cristina Calvamoretti** nos autos de processo pelo rito ordinário ajuizado em face da **Municipalidade de Porto Ferreira**, os quais tramitaram na 1ª Vara da referida Comarca, cujos pedidos foram julgados **improcedentes**, deixando de declarar a nulidade do ato administrativo de exoneração da autora e afastando a condenação da apelada ao pagamento de compensação por danos extrapatrimoniais.

Vindica a apelante a desconstituição da r. sentença, a fim de seja declarada a nulidade do ato de demissão e, por conseguinte, seja reintegrada definitivamente no cargo público. Pleiteia, ainda, compensação por danos extrapatrimoniais sofridos em decorrência do assédio moral que alega ter sofrido e pela perda do cargo público. Suscita ofensa ao princípio da identidade física do juiz, porquanto a magistrada sentenciante não teria conduzido a instrução probatória. Argumenta que a demissão decorre de ato arbitrário da Administração Pública local, tendo em vista a existência de diversos atestados e laudos médicos atestando o comprometimento da saúde mental da autora e a necessidade de seu afastamento.

Recurso tempestivo e bem processado.

Em suas contrarrazões (fls. 112/115), reitera a Municipalidade o pleito formulado às fls. 378/379 para que sejam desentranhados os documentos juntados diretamente pela autora, sem intervenção do seu patrono, às fls. 371/373. No mais, pugna pela mantença do *decisum* de origem.

Tal, em abreviado, o relatório.

De proêmio, cumpre afastar a alegação de a afronta ao princípio da identidade física do juiz alegado pela apelante.

Com efeito, prevê o **art. 132** do **CPC/73**, vigente à época da prolação da sentença, que "*O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor*".

Da análise do referido dispositivo, constata-se que a regra geral no Estatuto Processual revogado é que o magistrado que concluir a instrução deverá julgar a lide. No entanto, o legislador estabeleceu exceções contidas na parte final do referido *caput*, que, por si só, indicam que o princípio ora tido por violado não é absoluto.

Acesso ao Sumário

Assim, nos casos de convocação, licença, promoção, aposentadoria ou afastamento por qualquer outro motivo, como é o caso dos autos em que a juíza sentenciante é a substituta legal do magistrado que presidiu a instrução probatória, não há que se falar em nulidade do veredicto, notadamente pelo fato de que a alteração do juiz condutor do processo não acarretou qualquer prejuízo efetivo para o deslinde do mérito, ante a observância do devido processo legal.

Quanto aos documentos às fls. 378/379, considero ser desnecessário o desentranhamento das respectivas folhas. Isso porque as cartas apresentadas pela autora em nada contribuem para o deslinde do feito, e, por não terem sido juntadas por intermédio do seu patrono, não serão consideradas na apreciação do pleito recursal.

Vencidas tais questões preliminares, passa-se a analisar o mérito.

Demanda pelo rito ordinário ajuizada por servidora municipal anteriormente ocupante do cargo de monitoria de creche com ingresso em **julho de 2007**, objetivando seja declarada a nulidade do ato jurídico que a demitiu do quadro funcional da Municipalidade de Porto Ferreira em **6.7.2011** (fls. 112), e, por conseguinte, reintegrada ao cargo na condição de que dispunha anteriormente. Objetiva, ainda, a condenação da requerida ao pagamento dos vencimentos não recebidos e compensação por danos extrapatrimoniais.

Após regular processamento e instrução, sobreveio a prolação da sentença, que julgou improcedentes os pedidos sob o fundamento de que o ato exoneratório não decorreu das licenças médicas pleiteadas pela autora, tampouco pelo seu quadro clínico, mas, sim, pelo seu não-comparecimento ao trabalho durante mais de um mês. Ademais, o juízo *a quo* considerou que não houve comprovação da ocorrência de assédio moral.

Em que pese aos argumentos da requerida, a decisão merece ser mantida.

Dessume-se dos autos que a autora, após trâmite do **Processo Administrativo nº 4753/2011**, instaurado por meio da **Portaria nº 113/2011**, foi exonerada **em julho de 2011** por ato do Prefeito do Município.

Esclarece-se que sobredito processo administrativo foi instaurado para apurar a conduta da autora que, após o indeferimento do pedido de licença sem remuneração (fls. 146), teria se ausentado do trabalho sem qualquer justificativa durante 50 dias, conforme se constata dos formulários de presença às fls. 196.

Diante desse cenário, foi determinada a exoneração da servidora, com fulcro nos **artigos 148, 163, II** e **168** e da **Lei Municipal nº 37/2000**: *in verbis*

Art. 148. O servidor é proibido de se ausentar do serviço durante o expediente sem prévia autorização do chefe imediato"

Art. 163. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - Crime contra a administração pública;

II - Abandono de cargo;

Acesso ao Sumário

Art. 168. Configura abandono de cargo a ausência do servidor ao serviço por mais de 30 (trinta) dias consecutivos.

Cumpre observar que o **Poder Executivo Municipal** tem autonomia para processar e aplicar sanções no âmbito administrativo, o que não afasta eventual intervenção do Poder Judiciário para *controle de legalidade*.

Nessa linha, pertinente transcrever escólio de HELY LOPES M EI RELLES: *in verbis*

> ***"É o que objetiva verificar unicamente a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem. Mas por legalidade ou legitimidade deve-se entender não só o atendimento de normas legisladas como, também, dos preceitos da Administração pertinentes ao ato controlado. Assim, para fins deste controle, consideram-se normas legais desde disposições constitucionais aplicáveis até as instruções normativas do órgão emissor do ato ou os editais compatíveis com as leis e regulamentos superiores. O controle de legalidade ou legitimidade tanto pode ser exercido pela Administração quanto pelo Judiciário, com a única diferença de que o Executivo exercita-o de oficio ou mediante provocação recursal, ao passo que o Legislativo só o efetiva nos casos expressos na Constituição, e o Judiciário através de ação adequada. Por este controle o ato ilegal ou ilegítimo só pode ser anulado, e não revogado, como erroneamente se diz***." (*in* Direito Administrativo Brasileiro. 35ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 676/677).

Sendo assim, perfeitamente cabível submeter procedimentos administrativos à apreciação do Judiciário, especialmente quando alegada violação da *legalidade* e descumprimento de dispositivos regulamentares.

Consabido, o *devido processo legal* deve ser observado também na esfera administrativa. Para que sejam exercidas as *garantias processuais* contempladas na Constituição da República, é necessária, por exemplo, a devida comunicação da parte sobre a instauração de um processo em seu desfavor, possibilitando o pleno exercício do *contraditório* e da *ampla defesa*.

Acesso ao Sumário

Ademais, abarca o efetivo exercício do *devido processo legal* o cumprimento dos dispositivos que regulamentam o processo administrativo, tal qual estão previstos nas normas.

A autora foi devidamente notificada sobre a instauração do processo administrativo, no contexto do qual fora assistida por advogada, tendo participado de audiência e apresentado defesa (fls. 168/169). Nota-se, portanto, que o procedimento administrativo transcorreu adequadamente, observando todas as etapas e respeitando as *garantias constitucionais*, mormente o exercício do *contraditório e da ampla defesa*, não havendo se falar em violação a direitos ou a *princípios*.

A despeito das alegações da autora de que sua ausência teria sido justificada

com base em diversos laudos médicos e periciais, fato é que a demissão, que constitui o ato impugnado, decorre do abandono do cargo ou função após o indeferimento da licença sem remuneração.

Não se desconhece do quadro de saúde da autora, o que restou fartamente comprovado nos autos. No entanto, diante do indeferimento do pedido de licença não-remunerada, cabia à autora tomar as medidas administrativas e/ou judiciais adequadas para impugnar o ato administrativo.

O que se vê é que a autora, sem nenhum respaldo legal ou tutela judicial, simplesmente deixou de comparecer ao seu posto de trabalho, sem apresentar justificativas, por período superior ao previsto na lei local como tolerável. Inadmissível, nesse cenário, que a autora presuma que, ante o seu quadro de saúde, a licença tenha sido tacitamente concedida, e, autonomamente, deixe de comparecer na unidade de atendimento infantil para exercer funções de relevante interesse público, causando diversos prejuízos aos alunos e à organização do trabalho.

Absolutamente pertinente, a propósito, a aplicação ao caso da *teoria dos motivos determinantes*, com base, mais uma vez, na lição da renomada doutrina de HELY LOPES MEIRELLES: *in litteris*

> ***"A** teoria dos motivos determinantes **funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido."** (*in* Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 200 – o grifo o foi por nós).

Nesse ponto, irretocável a conclusão da magistrada *a quo* ao pontuar que "*é irrelevante discutir se tais afastamentos ocorreram por razões médicas advindas do assédio moral supostamente sofrido no exercício das suas funções, pois não é esse o motivo que culminou na sua exoneração.*

Nos termos da Portaria nº 113/2011, que decidiu pela instauração de procedimento administrativo em desfavor da autora (fl.42), bem como do conjunto probatório coligido aos autos, verifica-se que ela formulou pedido de afastamento das suas funções pelo período de dois anos, sem remuneração, aos 18 de janeiro de 2011 (fl.49).

Ocorre que após formular o pedido, a autora deixou de comparecer ao serviço por deliberação própria, durante 50 (cinquenta) dias consecutivos, sem autorização para tanto, sendo certo que deveria ter retornado às suas

Acesso ao Sumário

atividades naquela mesma data.

A motivação do decreto de exoneração, como se vê, ***não tem relação estrita com o afastamento reiterado da autora, tampouco com o assédio moral que alega ter sofrido no exercício das suas funções.***

O que motivou a exoneração foi a sua ausência injustificada e não autorizada do serviço público, pelo período de 50 (cinquenta) dias consecutivos e que viola o artigo 148 da Lei Complementar Municipal 37/2000 que diz: "O servidor é proibido de se ausentar do serviço durante o expediente sem prévia autorização do chefe imediato.

E de tal acusação a autora teve plena ciência e defendeu-se oportunamente." (fls. 512/516 – o grifo o foi por nós).

Dessa forma, não há que se falar em nulidade do ato administrativo, tendo em vista que *(i)* o motivo que determinou a de demissão da autora foi o abandono de suas funções após o indeferimento de licença sem remuneração, e não o seu quadro clínico; *(ii)* não há qualquer vício de legalidade na condução do processo administrativo; e *(iii)* a penalidade imposta encontra respaldo na legislação aplicável, sendo razoável e proporcional ante a conduta da autora.

Quanto ao pleito de compensação por danos extrapatrimoniais, não logrou êxito a apelante em demonstrar o suposto assédio moral sofrido, de forma que suas narrativas não encontram respaldo em arsenal probatório consolidado.

Pretende a apelante demonstrar que sofreu assédio moral no local de trabalho, sustentando ter sido perseguida pelas monitoras e diretora da creche, resultando em eventos de indisposição pública (brigas) e ocultação do seu nome em trabalho realizado com alunos, o que teria lhe causado profunda tristeza e angústia.

No entanto, diante dos fatos alegados, mais uma vez deveria ter a requerente se utilizado dos regulares e formais procedimentos administrativos para coibir a conduta dos demais servidores. A ausência de providências nesse sentido já coloca um manto de dúvida sobre as supostas alegações da autora.

Dúvida esta que não é afastada pelas provas testemunhais (fls. 474/476). Da análise dos relatos orais, depreende-se que a autora era tida como uma boa profissional, e que tinham ciência que a autora não se sentia confortável na relação com as demais monitoras que trabalham na creche. Há relato da ocorrência de uma briga na qual a autora teria se envolvido, em razão do autoritarismo e rigidez da diretora da unidade.

A despeito dos eventos narrados, considero que o estresse em ambiente de trabalho, por mais acentuado que se apresente, não implica na presunção de que a servidora vinha sofrendo assédio nos quadros da Administração.

Como supracitado, o assédio e perseguição laboral não se delineia por mero aborrecimento ou atrito da servidora no seu ambiente de trabalho, mas consiste em comportamento do empregador doloso, reiterado, direcionado e

Acesso ao Sumário

propositado a desqualificar, constranger e realmente assediar o servidor vitimado, que se encontra acuado no exercício de suas próprias funções. Não é o que se verifica no caso em tela, pelos elementos colacionados pela autora, que mais demonstram atritos pontuais em sua vida profissional, mas que não guardam ligação intrínseca e continuidade. A própria narrativa esparsa e ampla da autora corrobora para a não-visualização de um quadro de perseguição política.

Nesse contexto, com brilhantismo se posicionou a magistrada a quo, ressaltando que "*tais fatos não configuram assédio-moral, cuja existência pressupõe a prática de um comportamento repetitivo e prolongado no ambiente de trabalho, pelo empregador contra o empregado, visando afetar a sua dignidade psicológica, criar um ambiente hostil, humilhá-lo ou mesmo excluí-lo da atividade profissional. (cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho, 26ª ed, Saraiva, pp. 465/466).*

Os fatos narrados pela autora na inicial são demasiadamente genéricos, inexistindo a indicação da data em que supostamente ocorreram. Não há como se presumir que os eventos que foram confirmados pelas testemunhas façam parte de uma perseguição contínua à autora ou que a sua dignidade era frequentemente menosprezada no exercício do serviço público." (fls. 512/516).

A despeito de se poder evidenciar alguma relação entre o diagnóstico e a experiência profissional da requerente, tenho por certo que a apreensão psicológica pode ter decorrido da sensibilidade da autora diante de ambiente de intenso estresse, o que, reitera-se, não é suficiente para configurar assédio ou perseguição.

Com efeito, não se desconhece que o estado de saúde da autora demandava cuidados especiais, o que, contudo, não nos permite concluir que o quadro depressivo decorra de qualquer conduta dolosa, reiterada e direcionada da Administração Municipal ou de seus integrantes contra a demandante, notadamente ante as alegações genéricas e das provas orais.

Nessa mesma esteira, o laudo às fls. 32 informa que a apelante sofre de transtorno depressivo recorrente devido ao estresse laboral, o que, por si só, não estabelece qualquer relação entre o referido diagnóstico com um cenário de perseguição pessoal, passível de compensação por danos extrapatrimoniais, de modo que bem procedeu a autora ao pedir o afastamento do trabalho pelo período recomendado por profissional da saúde.

Dessa forma, não comprovado o nexo de causalidade com o suposto assédio (o que, repita-se, não se confunde com estresse laboral) e o quadro clínico da autora, não comporta provimento o pleito da apelante pela percepção de quantia a título de compensação por danos extrapatrimoniais.

Sendo assim, de rigor a mantença do decisório de origem por seus próprios e judiciosos fundamentos.

Deixo de majorar os honorários advocatícios, uma vez que a sentença foi

Acesso ao Sumário

publicada na vigência do **Código de Processo Civil de 1973.**

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento se realizarão por meio de sessão virtual permanente.

Postas tais premissas, por meu voto, **nego provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017927-18.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS, são apelados JOSE CARLOS TECH, WALDEMAR EDUARDO CEGLIO, ALEX JOSÉ DE CAMARGO, EDNA MARIKO MAEKAWA MURAKAVA, PAULO AFONSO ROHWEDDER COMODO, BRUNO MONTAGNER BEVACQUA, CARLOS EDUARDO PEREIRA TECH, VINICIUS DE FREITAS PAULINO, NILTON PAGLIARINI, HENRIQUE DANIEL UHL, FELIPE WARD GONÇALVES, MILTON OLIVEIRA XAVIER FILHO, FÁBIO FERNANDES, GISELA MARIA POSSOLO COGHI, VAGNER DE SÁ CARDASSI, JOÃO ROBERTO BALDUINO e ELIANE ZAMBOM VICTORELLI DIAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.234)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e CARLOS VIOLANTE.

São Paulo, 4 de junho de 2018.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação – Ação anulatória de lançamento fiscal – IPTU dos exercícios de 2014 e 2015 – Tributação que incidia sobre gleba de terra e passou a incidir sobre lotes, tomando por base de cálculo valor atribuído pela Municipalidade em laudo técnico, sem alteração por meio da Lei Municipal que aprovou a Planta Genérica de Valores – Impossibilidade – Aplicação dos arts. 150, I, da CF, e 97, II do CTN – Sentença mantida – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta da r. sentença de págs. 447/450 que julgou procedente ação anulatória de lançamento fiscal com pedido de tutela antecipada deferida às págs. 367/368, ajuizada por **Vinicius de Freitas Paulino, João Roberto Balduíno, Vagner de Sá Cardassi, Gisela Maria Possolo Coghi, Fábio Fernandes, Milton Oliveira Xavier Filho, Felipe Ward Gonçalves, Henrique Daniel Uhl, Nilton Pagliarini, José Carlos Tech, Carlos Eduardo Pereira Tech, Bruno Montagner Bevacqua, Paulo Afonso Rohwedder Comodo, Edna Mariko Maekawa Murakava, Alex José de Camargo, Waldemar Eduardo Ceglio e Eliane Zambom Victorelli Dias** em face do **Município de Campinas** para declarar a nulidade do lançamento do IPTU dos exercícios de 2014 e 2015 dos imóveis descritos na inicial. Condenou a apelante às custas, despesas processuais e honorários advocatícios no importe de dez por cento sobre o valor da causa.

Alega o apelante, nas razões de págs. 452/505, em síntese: a) que no presente caso a base de cálculo e a forma de apuração do valor de imóveis novos estão expressamente previstas na Lei Municipal n.º 11.111/01; b) no caso, o lançamento foi providenciado de ofício para as novas unidades autônomas, em razão da aprovação do loteamento denominado "Alphaville dom Pedro II", por meio do Decreto Municipal n.º 18.117/13; c) por se tratar de lançamento novo, devem ser apurados novos sujeitos passivos, nova base de cálculo, além dos demais requisitos necessários; d) que o fato de a Planta Genérica de Valores omitir o referido loteamento, por este lhe ser posterior não obsta a incidência ado IPTU, sendo expressamente previsto na Lei n.º 11.111/2001 que o valor do metro quadrado do terreno deve ser apurado pelo Departamento de Receitas Imobiliárias da Prefeitura Municipal, mediante a emissão de laudo técnico, nos termos do art. 16, §§4º e 5º, da Lei 11.111/2001, e) o fato gerador em abstrato depende de previsão legal, enquanto o fato gerador em concreto refere-se ao momento de aplicação da lei e pode ser efetuado pela autoridade administrativa, por meio de lançamento, nos termos do art. 142, do CTN; f) apenas a expressão monetária (base calculada) é veiculada por meio de ato infralegal, sendo que o Tribunal de Justiça tem considerado válido o uso de valor de referência quando previsto em lei, e cita jurisprudência relativa a ITCMD e IPVA; g) legalidade dos lançamentos com base na Lei municipal n.º 11.111/01, arts. 10 c.c art. 12 e 16 §§4º e 5º. Requer provimento ao recurso (págs. 452/505).

Contrarrazões às págs. 508/518.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, recebo o recurso de apelação de págs. 452/505.

É o relatório.

Os autores ingressaram com ação anulatória do lançamento do IPTU dos

Acesso ao Sumário

exercícios de 2014 e 2017 dos lotes dos quais são proprietários discriminados na inicial em razão do lançamento do imposto sem edição de lei ordinária, impondo-se valor venal sem previsão na Planta Genérica de Valores.

A r. sentença que julgou procedente o pedido deve ser mantida.

Conforme esclareceram os autores da ação, a partir do momento em que o Município cadastrou os lotes originadores do tributo de forma individualizada em seu sistema, foi gerado o respectivo código cartográfico do imóvel e a Administração municipal procedeu ao lançamento do IPTU para 2014 e 2015, atribuindo valor venal ao metro quadrado do terreno pautada em laudo técnico emitido pelo "CSAI – DRI e SMF", sem que fosse editada qualquer lei modificando a Planta Genérica de Valores do Município de Campinas - Lei n.º 12.446/2005.

De fato, para se provar a alteração do valor venal dos imóveis, com reflexo na base de cálculo do IPTU, mostra-se indispensável à preexistência de lei no sentido estrito, que cuide da alteração do cadastro imobiliário municipal, especificando o preço médio da construção por metro quadrado, segundo diversos tipos especificados no Código Municipal de Obras.

A atualização do valor venal mediante laudo técnico, como fez o Município, ainda que precedido de estudos e mediante levantamento imobiliário, afronta o disposto no art. 150, I, da Constituição Federal.

Vale ressaltar que o princípio da legalidade não é prerrogativa do Fisco, mas aparece como limitação à sua ação, sob a pena de ofensa à segurança jurídica, nos termos do art. 97, do CTN, *in fine*:

Art. 97:

"Somente a lei pode estabelecer:

II – A majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;

§1º - Equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§2º - Não constitui majoração de tributo, para fins no disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo".

Nos termos da Súmula 160 do STJ:

"É defeso ao Município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao incide oficial da correção monetária.

Sobre o tema a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. IPTU. MAJORAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO POR MEIO DE DECRETO MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 160/STJ. 1. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, a majoração da base de cálculo do IPTU depende da elaboração

de lei, não podendo um simples decreto atualizar o valor venal dos imóveis sobre os quais incide tal imposto com base em uma planta de valores, salvo no caso de simples correção monetária. 2. Não há que se confundir a simples atualização monetária da base de cálculo do imposto com a majoração da própria base de cálculo. A primeira encontra-se autorizada independentemente de lei, a teor do que preceitua o art. 97, § 2º, do CTN, podendo ser realizada mediante decreto do Poder Executivo; a segunda somente poderá ser realizada por meio de lei. 3. Incidência da Súmula 160/ STJ: "é defeso, ao município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária." Agravo regimental improvido" – (Agrg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 5.910- go (2011/0053107-3) Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ªT, j. 16.8.2011).

Vale, ainda, trazer à baila os seguintes julgados de casos análogos da Comarca de Campinas:

"MANDADO DE SEGURANÇA – IPTU – Município de Campinas – Pretensão da concessão da segurança para anular os lançamentos realizados em 2015 retroativos ao IPTU e Taxas, dos exercícios de 2011 a 2014 – Possibilidade Mudança de critério jurídico quanto à possibilidade de cobrança do tributo relativamente aos imóveis integrantes de loteamento ainda não completamente implementado – Lançamento retroativo com base no novo entendimento – Impossibilidade – Incidência dos artigos 142 e 146 do CTN – Valor venal do imóvel majorado por decisão proferida pelo Diretor do Departamento de Receitas Imobiliárias – Ofensa ao princípio da legalidade tributária, artigo 150, inciso I da CF – Segurança concedida em parte na 1ª Instância – Sentença mantida – Recursos oficial e voluntário não providos." (TJSP; Apelação/Reexame Necessário 1035616-46.2015.8.26.0114; Relator (a): Leme de Campos; Órgão Julgador: 10ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/10/2017; Data de Registro: 01/11/2017).

"APELAÇÃO. Ação anulatória c.c. repetição de indébito. Município de Campinas. IPTU. Exercícios de 2008 a 2015. Loteamento novo, denominado Residencial Parque das Araucárias, instituído após a edição da Planta Genérica de Valores. A ausência de previsão na PGV não impede a incidência do IPTU. Ocorrido o fato gerador, nasce a obrigação tributária e o imposto é devido. Valor venal apurado mediante procedimento administrativo, firmado na Lei Municipal nº 11.111/01. Ofensa ao princípio da legalidade. Inocorrência. Arbitramento do valor venal aos lotes novos que não significa majoração ou exigência de tributo novo sem lei que o estabeleça. Lançamentos reputados válidos. Sentença reformada. Recurso PROVIDO." (TJSP; Apelação 1026606-41.2016.8.26.0114; Relator (a):

Acesso ao Sumário

Henrique Harris Júnior; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/10/2017; Data de Registro: 24/10/2017).

"Anulação de débito fiscal – IPTU – Exercícios de 2009 a 2014 – Valor do tributo que não pode ser aumentado sem previsão legal – Nulidade do Lançamento retroativo – Violação do princípio da legalidade – Limitação do poder de tributar imposta pelo art. 150, I da CF e art. 97, II do CTN – Precedentes – Sentença Mantida – Recurso Improvido. Nos termos do § 11º do artigo 85, do NCPC os honorários recursais devem ser majorados em 5%, totalizando 15%, como bem fixado na r. sentença."

(TJSP; Apelação 1005791-86.2017.8.26.0114; Relator (a): Burza Neto; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 19/10/2017; Data de Registro: 23/10/2017).

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA – IPTU – Exercícios de 2014 e 2015 – Município de Campinas – Lei Municipal nº 11.111/2001 e superveniente Lei municipal nº 15.136/2015, a qual atualizou a planta genérica de valores – Majoração do valor venal, por decisão do Diretor do Departamento de Receitas Imobiliárias – Ilegalidade – Lançamentos nulos – Procedente em primeiro grau – Apelo da municipalidade: legalidade dos lançamentos aduzida e, subsidiariamente, postulação pela parcial procedência quanto à cobrança do citado imposto do valor venal incontroverso constante dos autos – Base de cálculo corresponde ao valor venal fixado pela municipalidade, sem que tenha sido editada lei para a correspondente alteração – Ausência de previsão legal para Incidência do IPTU sobre lotes na Planta Genérica de Valores – Limitação do poder de tributar, à luz do artigo 150, inciso I da CF e do artigo 97, inciso II, do CTN – Violação do princípio da legalidade – Precedentes do C. STF e deste E. Tribunal – Nulidade dos Lançamentos – Sucumbência pela municipalidade, à luz do artigo 20, § 4º, do CPC/73 – Lançamentos que não podem ser aproveitados Sentença mantida – Apelo municipal não provido."

(TJSP; Apelação 1029187-63.2015.8.26.0114; Relator (a): Silva Russo; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/08/2017; Data de Registro: 15/08/2017).

Acesso ao Sumário

Diante de tais considerações, deve ser mantida a r. sentença em razão da não alteração por meio de Lei da Planta Genérica de Valores, especificando o preço médio da construção por metro quadrado, segundo diversos tipos especificados no Código Municipal de Obras.

A título de honorários recursais, é de mister majorá-los em 5% sobre o valor da condenação arbitrada pela r. sentença, que foi de 10% sobre o valor

atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 11 do CPC/15, totalizando, assim, 15% (quinze por cento).

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

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1004107-36.2016.8.26.0220, da Comarca de Guaratinguetá, em que são apelantes FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON e ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é apelado TENDA ATACADO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.065)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 6 de junho de 2018.

LEME DE CAMPOS, Relator

Ementa: AÇÃO ANULATÓRIA – Penalidade imposta pelo PROCON/SP, por violação ao artigo 39, do CDC – Restrição à aceitação de cartão de crédito em um único setor do estabelecimento comercial – Inexistência de prática abusiva ou discriminatória – Princípio do curso forçado da moeda em espécie, o qual não se aplica para pagamento com cartão de crédito – Precedentes – Pedido acolhido em primeira instância – Sentença mantida – Apelo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por TENDA ATACADO LTDA. contra a FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

- PROCON e a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando a anulação do auto de infração N. 03458-D8.

A r. sentença de fls. 276/282, cujo relatório adoto, foi proferida nos seguintes termos:

"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos para: declarar a nulidade do auto de infração Procon número 03457 série D8; declarar a inexigibilidade da CDA nº 1.210.247.960 (fls. 30); cancelar o protesto de número 1.210.247.960 no valor de R$ 6.458,51, Protocolo nº 148590-05/10/2016 - Emissão 18/02/2016 - perante o 2ª Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de Guaratinguetá (fls. 28), tornando, assim, definitiva a tutela concedida (fls. 153/154). Em consequência, julgo extinto o processo com fundamento no artigo 487, inciso I, do CPC.

Condeno os requeridos ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor da causa, monetariamente atualizado desde o ajuizamento, nos termos do artigo 85, parágrafo 3º, inciso I, do CPC."

Apela a FESP às fls. 289/299, pugnando pela reforma do julgado. Alega que a multa imposta deve ser mantida, em vista da abusividade da conduta da apelada, infringindo as disposições do CDC.

Contrarrazões às fls. 303/308 pelo improvimento do recurso e pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por TENDA ATACADO LTDA. contra a FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON e a FESP, objetivando a anulação do auto de infração 03458-D8.

O PROCON aplicou sanção à autora por aceitar pagamento com cartões de crédito em apenas um setor da loja, o que configuraria violação ao disposto no artigo 39, *caput*, da Lei n. 8.078/90.

A requerente confirmou tal prática, alegando não se tratar de descumprimento à legislação, pretendendo o decreto de nulidade da pena aplicada.

A r. sentença monocrática, com base nos elementos de convicção acostados ao feito, julgou procedente o pedido, e em vista do decidido insurge-se a FESP.

Sem razão, contudo.

Com efeito, a conduta praticada pela postulante de aceitar pagamento com cartão de crédito apenas no setor de bazar, não se caracteriza em ilícito ou prática abusiva, de modo que o acolhimento do pleito formulado era mesmo de rigor.

Veja, em que pesem as alegações apresentadas pela apelante, no sentido

Acesso ao Sumário

do rol de práticas abusivas do art. 39 do CDC ser meramente exemplificativo, é inarredável a conclusão de não ter havido qualquer conduta abusiva ou em desacordo com a legislação de regência.

Como é cediço, os estabelecimentos comerciais apenas estão obrigados a aceitar pagamento em espécie, a teor do denominado "curso forçado", nos termos do Decreto-Lei n. 857/69.

Veja:

"Art. 1º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro."

Em adição, a aceitação do pagamento com cartão de crédito apenas do setor de bazar foi adequadamente informada aos consumidores (fl. 40), não se podendo reconhecer a possibilidade do consumidor ser induzido em erro na hipótese.

Confiram-se, a propósito, as ponderações da magistrada sentenciante:

"Nesse passo, vale ressaltar que pronto pagamento é aquele feito em espécie e não todo e qualquer pagamento à vista. Desse modo, há que se concluir que o estabelecimento comercial somente está obrigado a aceitar pagamento em dinheiro, sendo facultativa a aceitação de cheque ou cartão, desde que tal informação esteja clara para o consumidor.

De conseguinte, não há como reputar-se ilegal aceitar o pagamento em cartão de crédito somente em um departamento da loja e não em todos os setores. (fl. 280).

Ressalte-se, por oportuno, que este Egrégio Tribunal já apreciou a questão, em caso envolvendo as mesmas partes:

"AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. Multa aplicada pelo PROCON. Infração aos artigos 30, 31 e 37 do CDC e artigos 2ª e 4º da Lei Federal 10.962/04. Autuação pela falta de aposição clara e objetiva dos preços de diversas mercadorias. Existência de códigos de barras e leitores óticos que não eximem da obrigatoriedade da afixação dos preços nas gôndolas. Exibição de preços clara e precisa. Necessidade. Sinalização apropriada da localização dos leitores óticos de preços. Não comprovação. Vedação à restrição da aceitação de cartão de crédito a um único setor do estabelecimento. Restrição permitida. Obrigatoriedade apenas com relação ao pagamento em dinheiro pelo princípio do curso forçado da moeda em espécie. Multa afastada na sentença. Possibilidade. Imposição de sanção administrativa. Admissibilidade. Ofensa ao artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor. Inocorrência. Aplicação da multa com razoabilidade e proporcionalidade. Sentença que julga parcialmente procedente o pedido. Manutenção. Recursos não providos." (AC n. 1005298-

Acesso ao Sumário

80.2015.8.26.0114, 10ª Câmara de Direito Público, rel. Des. **Paulo Galizia**, j. 18/04/2016).

Assim, em vista da inexistência de abusividade ou agressão à legislação pertinente, o caso era mesmo de se acolher o pedido da requerente, com a anulação ao AIIM lavrado em seu desfavor.

Portanto, deve ser mantida a r. sentença monocrática, eis que proferida em consonância com os argumentos acima articulados. Pela sucumbência recursal, majoro os honorários fixados na origem em mais 1%.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1003697-62.2014.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante FRANCELI OLIVEIRA LINS (JUSTIÇA GRATUITA), é embargado 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: Acolheram os embargos de declaração, com a atribuição do excepcional efeito modificativo. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.042)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 8 de junho de 2018.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ÔNUS DECORRENTES DA SUCUMBÊNCIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS – FIXAÇÃO – ATRIBUIÇÃO DO EXCEPCIONAL EFEITO MODIFICATIVO – POSSIBILIDADE. 1. Ocorrência de omissão, relacionada com a fixação

dos honorários advocatícios recursais (artigo 85, § 11, do NCPC). 2. Reconhecimento e correção do referido vício. 3. Embargos de declaração, apresentados pela parte autora, acolhidos, com a atribuição do excepcional efeito modificativo.

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos ao v. acórdão de fls. 1.116/1.124 que, por votação unânime, negou provimento aos recursos oficial e de apelação, apresentado pela parte ré.

A parte embargante sustentou, em resumo, a ocorrência de omissão, no tocante à fixação dos honorários advocatícios recursais, nos termos do disposto no § 11 do artigo 85 do NCPC.

É o relatório.

Os embargos de declaração, apresentados pela parte autora, merecem acolhimento, com a atribuição do excepcional efeito modificativo.

Pois bem. Os honorários advocatícios recursais, que ostentam caráter punitivo e remuneratório, não foram arbitrados pela E. Turma Julgadora, nos termos do disposto no artigo 85, § 11, do NCPC, após a ratificação da r. sentença de Primeiro Grau.

Assim, é induvidoso que a verba honorária advocatícia decorrente da sucumbência, fixada na origem, em favor do profissional que participou da lide, deve ser elevada, mediante o acréscimo do valor digno e moderado correspondente a 3% sobre o montante da condenação.

Portanto, o acolhimento dos embargos de declaração, nos termos da fundamentação, é de absoluto rigor.

Ante o exposto, **ACOLHEM-SE** os embargos de declaração, apresentados pela parte autora, para os fins acima especificados, com a atribuição do excepcional efeito modificativo.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2248051-34.2017.8.26.0000, da Comarca de Carapicuíba, em que é impetrante

JRJ ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA., é impetrado EXMO. SR. DESEMBARGADOR RELATOR DA 15ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Julgaram prejudicado o mandado de segurança. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.683)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), GERALDO XAVIER, EUTÁLIO PORTO, JOÃO ALBERTO PEZARINI, OCTAVIO MACHADO DE BARROS e HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 13 de junho de 2018.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO – ISS de 2015 e 2017 – Município de Carapicuíba – Construção civil – Dedução materiais da base de cálculo – Liminar suspensiva da exigibilidade do crédito concedida pelo juiz de 1º Grau em ação de rito ordinário – Agravo de instrumento do Município – Relator que concede efeito suspensivo à decisão *a quo* – Agravo interno da contribuinte, cuja decisão liminar não reconsidera a anterior – Pretendida concessão de segurança para anular as decisões liminares proferidas nos agravos – Superveniência de Acórdão desta Corte, dando provimento ao agravo de instrumento e julgando prejudicado o agravo interno – Perda do objeto do *mandamus* – MANDADO DE SEGURANÇA PREJUDICADO.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Mandado de segurança impetrado por JRJ ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA. contra r. decisão do EXMO. SR. DES. EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO, que, ao deferir liminar em agravo de instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE CARAPICUÍBA (fls. 101/2), não reconsiderada após a interposição do respectivo agravo interno, suspendeu os efeitos de tutela de urgência concedida pelo d. juiz *a quo*, que, por sua vez: permite a impetrante deduzir da base de cálculo do ISS o valor dos materiais utilizados na construção civil e em subempreitadas, relativamente a obra presentes e futuras; b) determinou a suspensão da exigibilidade de crédito que não observe tais deduções; c) impede a Municipalidade de exigir retenção do imposto por parte

do tomador do serviço (fls. 88/91).

2. Pretende o impetrante liminar que suspenda os efeitos das decisões da autoridade impetrada acima destacadas, de modo a restabelecer os efeitos da decisão de 1º Grau, e, ao final, concessão da segurança para que sejam elas anuladas, alegando, em suma: ausência de fundamentação das decisões impetradas, o que violaria o artigo 93, IX, CF e art. 489, § 1º, CPC; perfil teratológico dos atos impugnados, haja vista que: i) baseiam-se em precedentes jurisprudenciais que seriam favoráveis à contribuinte e, portanto, de acordo com a decisão de 1º Grau; ii) contraria jurisprudência do TJSP, STJ e STF (RE 603.497), segundo a qual permite a impetrante deduzir da base de cálculo do ISS o valor dos materiais utilizados na construção civil e em subempreitadas; a d. autoridade impetrada teria sido arbitrária, pois sua decisão contraria seu próprio entendimento veiculado em decisões anteriores, de modo que poderia ter havido concessão de efeito suspensivo no agravo interno; atua na área de construção civil e recolhe ISS regularmente; ocorre que a legislação de Carapicuíba não permite fazer aludidas deduções, motivo pelo qual propôs ação ordinária com o fim de obter tais deduções, sendo deferida tutela de urgência em seu favor, que foi suspensa por liminar da autoridade impetrada concedida em agravo de instrumento interposto pela Municipalidade, cuja retratação não ocorreu, a despeito do agravo interno, que só será julgado em 2018, razão pela qual valeu-se do presente *mandamus.*

3. Foi deferida liminar para restabelecer os efeitos da r. decisão de 1º Grau (fls. 161/7) e a Douta autoridade indicada como coatora apresentou informações, ocasião em que sustenta a higidez do ato impugnado pelo presente *mandamus* (fls. 346/9).

4. Outrossim, não se vislumbra a necessidade de se colher r. parecer ministerial (art. 12) porque, nestes casos, a d. Procuradoria Geral de Justiça não tem se manifestado meritoriamente ao fundamento de que se cuida de litígio entre partes maiores e capazes em que se discute direito disponível, motivo pelo qual, segundo a d. Procuradoria, não há interesse nem legitimidade do Ministério Público na causa, conforme orientação da PGJSP e CGMPSP constante do Ato 313, de 24/06/2003, DOE de 25/06/2003.

5. Não há notícia de oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

6. A impetrante, atuante na área de construção civil, conforme demonstra seu contrato social (fls. 27/ss), propôs ação ordinária contra o Município de Carapicuíba com o fim de deduzir da base de cálculo do ISS referente à construção civil – revitalização do estabelecimento do tomador de serviço, anos de 2015 e 2017, o valor dos materiais utilizados, inclusive, os da subempreitadas (fls. 59/ss).

Acesso ao Sumário

Na origem, foi concedida liminar pelo d. juiz *a quo*, com fundamento em jurisprudência do c. STJ e do STF – RE 603.497, de maneira a: a) permitir a impetrante deduzir da base de cálculo do ISS o valor dos materiais utilizados na construção civil e em subempreitadas, relativamente a obra presentes e futuras; b) determinou a suspensão da exigibilidade de crédito que não observe tais deduções; c) impede a Municipalidade de exigir retenção do imposto por parte do tomador do serviço (fls. 88/91).

Inconformado, o Município de Carapicuíba interpôs o respectivo agravo de instrumento (fls. 92/100), que foi distribuído ao Exmo. Juiz Relator EURÍPEDES FAIM, que por decisão liminar de 14/11/2017, suspendeu os efeitos da r. decisão de 1º Grau, acima destacada (fls. 101/2).

A impetrante contribuinte, parte agravada no agravo de instrumento, interpôs agravo interno contra a r. decisão liminar do Relator (fls. 132/42), cujo pedido de retratação foi indeferido pelo Relator em 30/11/2017 (fls. 143).

Note-se que ambos os agravos já foram respondidos (fls. 103/ss e 145/ss).

Em 10/05/2018, a d. autoridade indicada como coatora apresentou informações complementares, dando conta que o agravo de instrumento interposto pela Municipalidade recebeu provimento, restando prejudicado o agravo interno apresentado pela contribuinte, conforme julgamento de 09/05/2018 (fls. 352).

O respectivo e v. Acórdão recebeu a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO – MUNICÍPIO DE CARAPICUÍBA – ISS – Insurgência contra r. decisão que deferiu a antecipação da tutela. Recurso interposto pelo réu. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – Nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela de urgência poderá ser concedida nos casos em que houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo – Sem que sejam vislumbrados tais pressupostos, inviável a antecipação – Dedução do valor dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do ISS – Possibilidade – Contudo, a possibilidade de dedução está condicionada à análise de notas fiscais com a discriminação dos materiais empregados e seus respectivos valores e origens, conforme precedentes desse E. Tribunal de Justiça – No caso dos autos, a princípio, as notas fiscais juntadas não são aptas a permitir a dedução dos valores, pois não se verifica a correta discriminação dos materiais empregados – Necessidade de dilação probatória – Precedente desse E. Tribunal de Justiça – Inexistência de probabilidade do direito – Ausência de requisito

Acesso ao Sumário

legal necessário – Decisão reformada – Recurso provido. AGRAVO INTERNO – Insurgência contra r. decisão que deferiu o pedido de efeito suspensivo – Julgamento do recurso de agravo de instrumento pelo mérito – Fato que implica em perda do objeto do agravo interno – Precedentes desta C. Câmara Julgamento prejudicado (TJSP; Agravo de Instrumento 2217579-50.2017.8.26.0000; Relator (a): Eurípedes Faim; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Carapicuíba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/05/2018; Data de Registro: 09/05/2018).

No caso, como a pretensão de mérito do presente mandado de segurança é a anulação das decisões liminares proferidas em favor do Município nos agravos de instrumento e interno, ou que o agravo interno fosse recebido com efeito suspensivo (fls. 23), pode se afirmar que o *mandamus* perdeu seu objeto com o julgamento dos agravos acima mencionados.

Pelo meu voto, julga-se prejudicado o presente mandado de segurança, revogando-se a liminar de fls. 161/7. Custas e despesas processuais na forma da lei. Sem honorários advocatícios.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1018913-06.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é recorrido EDSON GARCIA.

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 32.291)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente sem voto), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 3 de maio de 2018.

DANILO PANIZZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO – Mandado de segurança – Multa de trânsito – Alegação de vício de formalidade – Ausência de notificação no prazo legal – Insubsistência de infração e multa – Cerceamento de defesa – Ocorrência – Cabimento – Quando ocorrer ausência de notificação, cabível a declaração de insubsistência da autuação.

Decisão mantida.

Recurso oficial desprovido.

VOTO

Vistos.

Edson Garcia impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da 7ª Circunscrição de Trânsito do Município de Campinas, perante o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas, objetivando a nulidade da multa imposta em seu prontuário, porquanto fora expedida após o prazo máximo de 30 dias previsto no artigo 281 do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, requer a anulação do procedimento administrativo de suspensão do direito de dirigir. Pede a procedência da ação.

A r. sentença de fls. 46/48, julgou **procedente** o pedido, com fundamento no art. 487, inciso I, do CPC, para declarar nula a infração de trânsito, bem como para anular o processo administrativo de suspensão do direito de dirigir. Sem honorários, custas pela impetrada, recorrendo de ofício em razão do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Devidamente intimado (fls. 49/50), o Diretor da 7ª Circunscrição de Trânsito do Município de Campinas, restou inerte quanto à apresentação de **recurso de apelação**.

Os autos subiram a este Tribunal em face da remessa necessária.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Inicialmente, registra-se que não foram os autos encaminhados à d. Procuradoria-Geral de Justiça, uma vez que em muitos casos semelhantes, não houve manifestação sobre o mérito recursal, ao fundamento de que o direito discutido é disponível, confirmando o posicionamento externado em primeiro grau, inclusive contando com menção expressa (fl. 43).

No mais, pelo depreendido dos autos, a questão é exclusivamente de direito, sendo certo que o contexto de ordem fática está adstrito aos documentos e provas já existentes nos autos, propiciando o conhecimento de plano da matéria.

Trata-se de ação mandamental em que o Impetrante insurge contra autuação do veículo placas FBT 6022, no dia 07 de maio de 2015, diante da

ausência de prova regular e tempestiva do envio da notificação da autuação, e do exercício do direito de defesa na seara administrativa em conformidade como elencado no artigo 281, do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, em razão de tal irregularidade, postula provimento jurisdicional com o fito pela anulação do procedimento administrativo de suspensão do direito de dirigir.

No caso em tela, não restou demonstrado que o impetrante tenha sido notificado no prazo de 30 dias, conforme determina o art. 281, parágrafo único, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro.

Assim, não tendo a autoridade coatora comprovada a necessária notificação do impetrante a respeito da autuação de trânsito cometida, uma vez que em consonância com as disposições previstas nos arts. 281 e 282, do Código de Trânsito Brasileiro, as quais determinam apenas a remessa postal ao endereço do proprietário do veículo, não exigindo entrega pessoal ou assinatura de recebimento pessoal.

Neste sentido também é a Súmula 312 do STJ: "*No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração*".

Portanto, não há como se cogitar a respeito da presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo, considerando que o mesmo afrontou o disposto no art. 281, parágrafo único do CTB, o que enseja a declaração de insubsistência da autuação.

Desta forma, correta a r. decisão de primeiro grau, o que enseja a sua manutenção por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante ao exposto, de acordo com o contexto acima, conclui-se lídima a r. decisão proferida pelo nobre Magistrado de primeiro grau que deve prevalecer 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.

Acesso ao Sumário

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1000054-71.2017.8.26.0383, da Comarca de Nhandeara, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFÍCIO*, é recorrido OSVALDO NICHIO JUNIOR.

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 reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.070)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente), DANILO PANIZZA e RUBENS RIHL.

São Paulo, 13 de junho de 2018.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de segurança – Infrações de trânsito – Veículo "dublê" – Licenciamento do veículo original (para o qual há, inclusive, laudo pericial criminal atestando a ausência de vestígios de adulteração de seus sinais de identificação) que não se pode obstar, independentemente do pagamento das multas por infrações de trânsito relacionadas ao veículo clonado – Ordem concedida confirmada – REEXAME NECESSÁRIO – DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de reexame necessário em mandado de segurança impetrado por **Osvaldo Nichio Junior** contra ato do **Diretor da 149ª CIRETRAN de Nhandeara**, em face da r. sentença que concedeu a ordem imperada, tornando definitiva a liminar, para determinar o licenciamento do veículo do impetrante indicado na petição inicial com a emissão do Certificado de Registro e Licenciamento, independentemente do recolhimento das multas apontadas, sem condenação ao pagamento de verba honorária.

Sem recurso voluntário, os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça para o reexame necessário e a Procuradoria Geral de Justiça opina pelo desprovimento do reexame (fls. 229/230).

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Trata-se de mandado de segurança, com escopo de autorizar o licenciamento do veículo "*Caminhonete MMC/L200 TRÍTON 3.2, cor prata, placas EDO-9960, de Nhandeara, chassi 93XHRKB8TDCC64812, RENAVAN 00525144943, ano 2012/2013*", independentemente do pagamento das multas por infrações de trânsito indicadas na petição inicial (cometidas em Caraguatatuba/SP, Ubatuba/SP, Santo André/SP, São Paulo/SP), por não terem sido praticadas pelo impetrante nem pelo seu mencionado veículo, anotada a

Acesso ao Sumário

circunstância de veículo "*dublê*", diverso daquele pertencente ao impetrante, embora com a mesma numeração de placa.

Comprovado nos documentos do feito, pois, que, em virtude da ocorrência espúria da dublagem do veículo, a autoria das infrações de trânsito praticadas na condução do veículo "*dublê*" não podem ser imputadas ao impetrante, correta a r. sentença proferida, valendo a pena transcrever o seu ponto central, ora ratificado:

> *"Nesse sentido, consta, nos autos, laudo referente à perícia realizada, no automóvel do impetrante, por Perito Criminal (fls. 82/83), que concluiu "que não foram constatados vestígios de adulteração de sinais identificadores do veículo examinado".*
>
> *Consoante documentos apresentados, há inúmeras autuações por infrações de trânsito ocorridas em São Paulo/SP e Santo André/SP, cumprindo consignar, inclusive, que algumas foram canceladas após recurso administrativo (fls. 28/52).*
>
> *Outrossim, o requerente não discute o mérito das multas aplicadas, tendo por fim, apenas, promover o licenciamento de seu veículo. Desta feita, coligindo os elementos ora analisados, considerando que o impetrante tomou as providências administrativas cabíveis (fls. 107), patente o direito líquido e certo."*

Diante, pois, das medidas promovidas pelo impetrante (v.g. BO, requerimento e recursos administrativos, laudo pericial em seu veículo), sempre coerentes e firmes na assertiva de veículo "*dublê*", negando a autoria das infrações que lhe foram imputadas, algumas, aliás, já reconhecidas pela Administração Pública como indevidamente imputadas à sua pessoa, e, ainda, considerando a segurança documental indicativa de ocorrência de veículo clonado, em que o impetrante é a vítima, forçosa a conclusão de que a r. sentença está correta ao permitir o licenciamento do veículo do impetrante independentemente do pagamento das multas em questão.

Embora no foco da exclusão da pontuação e não do licenciamento de veículo, confira o julgado na Ap. 1003585-47.2015.8.26.0348, rel. Des. Ponte Neto, j. 27/07/2016, cujos fundamentos podem ser aproveitados (na medida em que infração de trânsito com veículo dublê não pode prejudicar o proprietário do veículo original), com a seguinte ementa:

> *"APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – VEÍCULO DUBLÊ – Pretensão à exclusão de responsabilidade do autor por infrações cometidas por terceiro, com veículo dublê, apreendido pela autoridade policial – Determinação de exclusão da pontuação da CNH – Detran que alega sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que as multas foram aplicadas pela Municipalidade de São Paulo – Competência para tal ação exclusiva do Departamento de Trânsito que, a partir da Lei Complementar nº 1.195/13 tem personalidade*

Acesso ao Sumário

jurídica própria, cabendo a ele gerenciar as CNHs do Estado de São Paulo – Art. 22, II, do CTB – Manutenção da sentença - Recurso não provido."

Ademais, a r. sentença atacada limitou o exame dos fatos em ordem ao ato específico de licenciamento do veiculo do impetrante, minimizando, assim, o risco de equívoco na ordem concedida.

Inibir, pois, o licenciamento pela afirmação de que todas as infrações devem ser, primeiro, anuladas na origem do ente que as lavrou, é excesso de formalismo ante a situação peculiar e plenamente demonstrada de ocorrência de veículo "*dublê*", revelada no conjunto documental que acompanha a petição inicial.

O que importa, para o caso, repita-se, é a evidência documental – e não impugnada – de que as infrações foram praticadas com veículo diverso do veículo do impetrante, embora com a mesma placa e do mesmo tipo e marca, e, portanto, por terceira pessoa, distinta dela. E, assim, nada justifica vedar o licenciamento em foco.

É o que basta, para manter r. sentença e confirmar a ordem concedida.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000296-05.2017.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é agravante RUBENS CLEMENTE CRUZ, 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 36.517)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 4 de maio de 2018.

NEWTON NEVES, Relator

Ementa: FALTA GRAVE – Artigo 52 da LEP – Desacato a servidor – Sentenciado que pretende ser transferido para outra cela e afronta o servidor, fazendo ameaças – Depoimentos de agentes penitenciários – Validade – Falta grave configurada – Desclassificação para falta média inadmissível – Perda dos dias remidos e interrupção do prazo para a progressão no regime mantidos – Súmula 534 do STJ – Agravo improvido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução penal contra a r. decisão de fls. 29/30, que reconheceu a prática de falta grave praticada no dia 27/02/2016 e declarou a perda de 1/3 do tempo remido ou a remir anteriores à data da falta, bem como determinou o reinício da contagem do prazo para o benefício da progressão no regime.

Sustenta o agravante a atipicidade da conduta ou a possibilidade de desclassificação para falta média. De forma alternativa, busca seja afastada

Acesso ao Sumário

ou reduzida a perda dos dias remidos e afastada a interrupção do prazo para benefícios.

Contraminuta a fls. 41/46.

Decisão de manutenção a fls. 47.

A Douta Procuradoria Geral da Justiça é pelo improvimento (fls. 50/53).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Consta dos autos que o detento, no dia 27/02/2016, que ocupava o Pavilhão Disciplinar, dirigiu-se ao agente penitenciário e exigiu sua transferência de cela, reclamando que o tratamento ali era desumano e havia abuso de autoridade. Ao ser informado que assim que surgisse vaga nos pavilhões seria transferido, o detento respondeu ao agente: "*o senhor não resolve nada, só joga areia, não vai ficar bom para o senhor não, manda chamar o chefe de plantão, diz que aqui é o Rubão, e que estou podendo tomar qualquer atitude e responder qualquer coisa*", o que resultou na instauração do procedimento disciplinar de n. 135/2016.

O agravante admitiu em parte os fatos, negando ter desrespeitado ou ameaça o agente penitenciário (fls. 10).

Todavia, o agente penitenciário que tratou diretamente com o detento confirmou o desrespeito, a ameaça e o desacato, destacando que a conduta do sentenciado causou perturbação no local (fls. 09). Esses fatos foram presenciados por outro agente penitenciário (fls. 12).

Como se vê, há nos autos prova suficientemente capaz de demonstrar que o agravante desrespeitou e desacatou os agentes penitenciários, mostrando-se correta a imputação de falta grave a ele.

Aos depoimentos de agentes penitenciários, como no caso, deve ser dada a mesma credibilidade que se dá aos depoimentos das vítimas e das testemunhas, desde que haja coerência com os demais elementos do processo.

Acrescente-se a isso que a imparcialidade, a lealdade e a boa-fé do agente público devem sempre ser presumidas em favor da autoridade judiciária.

Acesso ao Sumário

Não é demais destacar que o agravante não nega os fatos, apenas tenta minimizar sua responsabilidade, negando ter ameaçado ou desacatado o servidor, sabedor que sua atitude configuraria falta grave.

Se a todos os sentenciados for permitido esse tipo de liberdade de expressão, de certo se instaurará a desordem e a indisciplina no sistema prisional. A dura realidade do cárcere não pode servir de argumento a justificar o desrespeito a agentes penitenciários e nem mesmo aos outros presos que também têm direito a tratamento de urbanidade.

Dessa forma, fica mantida a falta como grave vez que a classificação

eleita pela autoridade administrativa se deu com base em legislação federal.

Observe-se, que a decisão judicial que homologa a prática de falta grave vincula-se apenas à análise do controle da legalidade do ato administrativo, competindo ao Judiciário verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração da infração atendeu ao devido procedimento legal.

E reconhecido pelo juízo como válido o procedimento administrativo e não verificada qualquer ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não cabe ao Judiciário ingressar no mérito, mas sim de controlar eventuais desvios, excessos e arbitrariedades, no estrito controle da legalidade do ato de modo a afastar vícios e resguardar direitos, o que não se verifica nos autos, vez que a prova é firme e coesa a demonstrar a conduta imputada ao agravante.

A questão sobre o reinício da contagem do prazo para a progressão no regime já se encontra sumulada pelo C. STJ, o que dispensa debates sobre o tema (Súmula 534: "*A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração*").

Por fim, a fração imposta para a perda dos dias remidos (1/3), ao contrário do sustentado pela defesa, está justificada e adequada ao caso, valendo destacar que a conduta do réu, em tese, caracterizada como crime de desacato dentro do estabelecimento prisional, por si só, autorizaria a perda na fração máxima.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 0001178-24.2018.8.26.0496, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante JUSSARA CATÃO 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 11.883)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), NEWTON NEVES e OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO.

São Paulo, 4 de maio de 2018.

LEME GARCIA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa; AGRAVO EM EXECUÇÃO. Recurso defensivo. Homologação de cálculo para fins de benefícios prisionais. Decisão que considerou a agravante como reincidente específica. Sentenciada que ostenta uma condenação por tráfico privilegiado e outra condenação superveniente pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, do Código Penal. Decisão em dissonância com o entendimento dos tribunais superiores. Hediondez do tráfico privilegiado afastada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do *habeas corpus* n. 118.533/MS. Revisão e cancelamento da Súmula n. 512 pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Inaplicabilidade da vedação do artigo 83, inciso V, do Código Penal no presente caso. Reincidência específica afastada. Necessidade de retificação do cálculo de pena a fim de constar a possibilidade de concessão de livramento condicional. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução penal interposto por JUSSARA CATÃO MACHADO contra a r. decisão prolatada pelo MM. Juiz de Direito Hélio Benedini Ravagnani, do DEECRIM 6ª RAJ - Ribeirão Preto, que homologou o cálculo de penas e, reconhecendo a reincidência específica da agravante, negou a possibilidade de concessão de livramento condicional (fls. 50/54).

Em razões de recurso, a Defesa requer a retificação do cálculo de penas para fins de livramento condicional, sustentando que a agravante não é reincidente específica, uma vez que na sua primeira condenação pela prática do crime previsto no artigo 33, da Lei n. 11.343/06, incidiu o privilégio do §4º, do referido artigo (fls. 06/11).

Regularmente processado, o recurso foi respondido em contraminuta pelo Ministério Público, que requereu o seu não provimento (fls. 59/61).

Mantida a decisão pelo MM. Juízo de primeiro grau (fls. 62), os autos foram encaminhados à douta Procuradoria de Justiça, que apresentou parecer da lavra do Dr. Sebastião Lopes Jr., opinando pelo não provimento do recurso (fls. 67/81).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

O artigo 83, inciso V, do Código Penal, dispõe sobre o requisito objetivo

Acesso ao Sumário

autorizador à concessão de livramento condicional para os casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, tráfico de pessoas e terrorismo, vedando-o para os reincidentes específicos em crimes dessa natureza:

> Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:
>
> V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

A agravante foi condenada pela prática do delito previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão e, posteriormente, sofreu nova condenação pelo cometimento do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Em que pese a agravante ostente duas condenações pela prática do crime de tráfico de drogas, em uma delas foi aplicado o privilégio previsto no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, delito que não apresenta caráter hediondo.

Isso porque, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 118.533/MS, o pleno da Corte Constitucional afastou a hediondez no delito de tráfico de drogas na hipótese em que reconhecida a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, em acórdão com a seguinte ementa:

> HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.
>
> 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.
>
> 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida.
>
> (STF – Tribunal Pleno – HC 118533 – Rel. Min. Carmen Lúcia – Julgado em 23/06/2016).

Posteriormente, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça julgou a Petição n. 11.796/DF, revisando o seu anterior entendimento e cancelando a Súmula n.

Acesso ao Sumário

512,[1] para acolher a tese emanada da Corte Suprema, nos seguintes termos:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NA SUA FORMA PRIVILEGIADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. CRIME NÃO EQUIPARADO A HEDIONDO. ENTENDIMENTO RECENTE DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO HC 118.533/MS. REVISÃO DO TEMA ANALISADO PELA TERCEIRA SEÇÃO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA Nº 1.329.088/RS. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 512 DA SÚMULA DO STJ.
>
> 1. O Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do HC 118.533/MS, firmou entendimento de que apenas as modalidades de tráfico ilícito de drogas definidas no art. 33, caput e § 1°, da Lei nº 11.343/2006 seriam equiparadas aos crimes hediondos, enquanto referido delito na modalidade privilegiada apresentaria "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa." (Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).
>
> 2. É sabido que os julgamentos proferidos pelo Excelso Pretório em Habeas Corpus, ainda que por seu Órgão Pleno, não têm efeito vinculante nem eficácia erga omnes. No entanto, a fim de observar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, bem como de evitar a prolação de decisões contraditórias nas instâncias ordinárias e também no âmbito deste Tribunal Superior de Justiça, é necessária a revisão do tema analisado por este Sodalício sob o rito dos recursos repetitivos (Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.329.088/RS Tema 600).
>
> 3. **Acolhimento da tese segundo a qual o tráfico ilícito de drogas na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006) não é crime equiparado a hediondo, com o consequente cancelamento do enunciado 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.**
>
> (STJ – 3ª Seção – Pet. n. 11.796/DF – Min. Rel. Maria Thereza de Assis Moura – Julgado em 23/11/2016 g.n.).

Com efeito, nos termos do voto proferido pelo Ministro Edson Fachin, por ocasião do julgamento do paradigmático *habeas corpus* n. 118.533/DF, o rol dos crimes elencados na Lei n. 8.072/90 é taxativo, apenas incidindo o excepcional regime dos crimes hediondos àqueles delitos previstos de forma expressa e estrita.

1 Súmula 512 do STJ: A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas (CANCELADA).

Acesso ao Sumário

Nessa esteira, o eminente Ministro frisa que a Lei n. 8.072/90, em seu artigo 1º, faz remissão explícita aos artigos e eventuais incisos que tipificam os delitos que, na forma consumada ou tentada, devem ser considerados hediondos, porém, ao prever os crimes equiparados, limita-se a apontar "*a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo*" (artigo 2º), sendo certo que a Lei n. 11.343/06 não prevê uma figura típica com o *nomen iuris* de "*tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*".

Deve ser observado que o artigo 44, da Lei de Drogas, ao elencar os delitos previstos naquele diploma que se submetem a um tratamento mais rigoroso, não menciona a hipótese em que aplicável a causa de diminuição,[2] indicando que apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no artigo 33, *caput* e §1º merecem o tratamento equiparado àquele conferido aos crimes hediondos.

Desta forma, numa interpretação sistemática, sob o prisma da proporcionalidade e da tipicidade contextual, considerando, ainda, a extensão do redutor previsto no §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, o eminente Ministro concluiu que o tráfico minorado não deve ser incluído no excepcional regime dos crimes equiparados a hediondos.

Sendo assim, considerando que o delito previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, deve ser tido como infração penal de natureza comum, inaplicável ao presente caso a vedação ao livramento condicional prevista no artigo 83, inciso V, do Código Penal, uma vez que a agravante não é reincidente específica em crime hediondo ou a este equiparado.

Nesse sentido, já entendeu este Egrégio Tribunal:

> AGRAVO EM EXECUÇÃO – INDEFERIMENTO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL DIANTE DO IMPEDIMENTO LEGAL PREVISTO NO ART. 83, V, DO CP – SENTENCIADO CONSIDERADO REINCIDENTE ESPECÍFICO EM TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – RECURSO DEFENSIVO – TESE DE QUE O CRIME DE TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO POSSUI NATUREZA DE CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO – PRECEDENTE DO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DE RIGOR A CASSAÇÃO DA R. SENTENÇA RECORRIDA – **NÃO SE TRATA DE REINCIDENTE ESPECÍFICO EM CRIME DE TRÁFICO – SENTENCIADO POSSUI UMA CONDENAÇÃO POR TRÁFICO E OUTRA POR TRÁFICO PRIVILEGIADO** – ANÁLISE DO PLEITO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL DEVE SE DAR EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> (TJSP; Agravo de Execução Penal 7000954- 93.2016.8.26.0024; Relator: Nuevo Campos; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Andradina - Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 16/03/2017; Data de Registro: 17/03/2017)

2 Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Acesso ao Sumário

Deste modo, afastada a reincidência específica da sentenciada, merece ser retificado o cálculo de pena, a fim de que seja apreciada a possibilidade de concessão de livramento condicional.

Posto isso, pelo meu voto, dou provimento ao agravo defensivo, a fim de reconhecer que a agravante não é reincidente específica, determinando a elaboração de novo cálculo para fins de benefícios prisionais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 9000844-67.2017.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é agravante ANTONIO PEDRO MISIARA, 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: "NÃO CONHECERAM do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.028)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 24 de maio de 2018.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO ADMITIDO PELO PISO COMO AGRAVO EM EXECUÇÃO. INDEFERITÓRIA DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. RECURSO DEFENSIVO.

Pretendidos deferimento (i) de progressão de regime; (ii) de livramento condicional; e (iii) de liberdade provisória, bem como (iv) absolvição e; (v) redução da pena imposta. Impossibilidade de conhecimento do recurso.

O princípio da fungibilidade recursal, como instrumento que é para evitar que oscilação da jurisprudência ou doutrina quanto ao recurso cabível cause prejuízo ao recorrente, é inaplicável na hipótese de erro grosseiro. Inexistindo dúvida razoável sobre qual é o recurso cabível contra a decisão que se

Acesso ao Sumário

pretende impugnar, não há de se cogitar na aplicação do referido princípio. Ausência de pressuposto recursal (adequação) que impede o conhecimento do reclamo manejado. Precedentes. Pedidos veiculados, ademais, à exceção do propriamente avaliado pelo piso, que são impertinentes. Inexistência, de todo o modo, de *ilegalidade* no indeferimento do pedido de livramento, diante da ausência de requisito subjetivo, vez que o comportamento do sentenciado era, à época, classificado como "mau", com extemporânea reabilitação. Art. 83, III, do CP.

Recurso não conhecido.

VOTO

VISTO.

Cuida-se de **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**, recebido pelo piso como **AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL** (fls. 19/55), interposto, com fulcro no artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal, por **ANTONIO PEDRO MISIARA**, contra a r. decisão interlocutória proferida no curso da execução de pena (fls. 16 prolatada em 20/09/2017), do Juízo das Execuções Criminais de Itapetininga, que houve por bem **indeferir o pedido de concessão de livramento condicional**, formulado pela defesa técnica, **por ausência de requisito**.

Por meio de confusa peça, **o agravante**, em síntese, requer: a concessão **(i)** de progressão de regime; **(ii)** de livramento condicional; e **(iii)** de liberdade provisória; bem como **(iv)** ser **absolvido** e; **(v)** a **redução da pena imposta**.

Contrarrazões às fls. 75/82, pelo desprovimento do agravo. A r. decisão foi mantida pelo juízo "a quo" (fls. 83).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 86/89).

É o relatório.

O recurso não pode ser conhecido.

Existem **sérios vícios** que impedem a cognição do recurso, não sendo o caso, evidentemente, de excepcional aplicação do princípio da fungibilidade recursal (artigo 579, do Código de Processo Penal).

Decisão proferida no curso da execução penal desafia **Agravo em Execução** (artigo 197, da Lei de Execução Penal), destacando-se que o n. causídico nem sequer indicou corretamente o inciso que, na lei revogada, corresponderia à decisão indeferitória de livramento condicional (artigo 581,

Acesso ao Sumário

inciso XII, do Código de Processo Penal).

Inexiste qualquer divergência sobre a medida recursal pertinente.

A adequação constitui pressuposto recursal objetivo e pode ser conceituado como sendo a necessidade de que o recorrente se valha da via recursal adequada, entre as previstas em lei, para impugnar a decisão prolatada da qual é sucumbente. Não é, entretanto, uma condição de admissibilidade inflexível, haja vista que o princípio da fungibilidade recursal possibilita o conhecimento de reclamo errado como se correto fosse, desde que inexista má-fé por parte do recorrente (geralmente aferida, também, pela interposição do recurso dentro do menor prazo previsto dentre as espécies de recursos das quais surgiu fundada dúvida sobre o cabimento) e **haja fundada dúvida objetiva sobre qual o recurso pertinente.**

De há muito, a jurisprudência e a doutrina já assentaram que o erro é considerado ***grosseiro*** quando a lei é expressa quanto ao recurso cabível e inexiste qualquer divergência sobre tal aspecto, **exatamente a situação verificada na espécie**, ressaltando-se que a vigência da Lei de Execução Penal remonta à década de 1.980.

Cabe destacar que o princípio da fungibilidade recursal não se presta para proteger a parte do erro profissional, mas sim **evitar que oscilação da jurisprudência ou doutrina** (principalmente a primeira) quanto ao recurso cabível cause prejuízo ao recorrente.

Nessa linha, não se verificando, na espécie, dúvida razoável sobre qual é o recurso cabível contra a decisão que se pretende impugnar, forçoso concluir pela impossibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade, de sorte que **não se pode conhecer do recurso interposto**, porquanto ausente o requisito da ***adequação.***

Deve ser ressaltado, ainda, que, à exceção do pedido propriamente avaliado pelo piso, todos os demais são **impertinentes**, quer pela inexistência de análise pela instância inferior, quer por se referirem ao processo de conhecimento. Ao que parece, o n. causídico *acidentalmente* mesclou partes de várias peças apresentadas em defesa do sentenciado (existem menções a "writ", e, como dito, teses específicas de processo de conhecimento), criando uma fora do contexto que deveria surgir, além, evidentemente, do **crasso** erro quanto à espécie de recurso cabível. Observa-se, de todo o modo, apenas para assentar a inexistência de qualquer ilegalidade, que o comportamento de **ANTONIO** era classificado como "**mau**", certo que a reabilitação, se novas intercorrências não foram noticiadas, foi extemporânea, em **24/01/2018**, daí porque correto o indeferimento do pedido de livramento condicional, porque manifestamente ausente o **requisito subjetivo**, nos termos do **artigo 83, inciso III, do Código Penal**, nada mais restando para avaliar no existente.

Acesso ao Sumário

Por todo exposto, pelo meu voto, **NÃO CONHEÇO** do recurso.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2088833-33.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que são agravantes RICARDO CALIL HADDAD ATALA, MARIO DE OLIVEIRA FILHO, EDSON LUIZ SILVESTRIN FILHO e MARIO HENRIQUE DE ABREU, é agravado COLENDA 4ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo regimental. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.122)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), IVAN SARTORI e CAMILO LÉLLIS.

São Paulo, 5 de junho de 2018.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL – INDEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR QUE ALMEJAVA ACESSO A DOCUMENTOS SIGILOSOS CONSTANTES DE ANEXO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL – DIREITO DE VISTA QUE NÃO É ABSOLUTO – NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE DE TERCEIROS – AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO DIRETA ENTRE O EXERCÍCIO DA DEFESA E A PROVIDÊNCIA PERQUIRIDA – RESOLUÇÃO Nº 181 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Agravo Regimental interposto por RICARDO CALIL HADDAD ATALA, MÁRIO DE OLIVEIRA FILHO, EDSON LUIZ SILVESTRIN FILHO e MÁRIO HENRIQUE DE ABREU, contra a decisão liminar, nos autos do Mandado de Segurança nº 29838-52/2017, que indeferiu o pedido de vista dos documentos sigilosos anexos ao Procedimento Investigatório Criminal nº 07/2017.

Pleiteia o acesso integral ao precitado procedimento preliminar. Ressalta que em recente julgado esta Colenda 4ª Câmara Criminal assegurou o direito de vista ao Procedimento Investigatório nº 01/2018. Aduz que o mesmo Promotor de Justiça vem obstando o acesso integral aos autos do Procedimento Investigatório nº 07/2017, aduzindo que os anexos são sigilosos, tal como preceitua a Resolução nº 183 do Conselho Nacional do Ministério Público. Salienta as prerrogativas inerentes ao exercício da advocacia e a violação à ampla defesa.

É o relatório.

O recurso deve ser desprovido.

ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES dissertam sobre a possibilidade de interposição de agravo de decisões de membros de Tribunais: "*admite-se também, nos regimentos internos, agravo para os órgãos colegiados de outras decisões de membros de tribunal, como as que indeferem liminar em habeas corpus; é conhecido, por isso, como agravo regimental*" – Recursos no Processo Penal, 1996, página 194.

Com efeito, nos artigos 253/255, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo prevê a possibilidade de interposição de "**agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de quinze dias, das decisões monocráticas que possam causar prejuízo ao direito da parte**".

Ora, os requisitos para concessão da providência almejada são claros.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI leciona:

"*ingressando o pleito de habeas corpus, geralmente acompanhado do pedido de concessão de liminar, deve o juiz ou o tribunal, este por meio do relator, avaliar se concede, de pronto, ordem para cessação do aventado constrangimento. Para que isso se dê, exigem-se dois requisitos básicos de todas as medidas liminares: fumus boni juris (fumaça do bom direito) e periculum in mora (perigo na demora). O primeiro deles diz respeito à viabilidade concreta de ser concedida a ordem ao final, por ocasião do julgamento de mérito. O segundo refere-se à urgência da medida que, se não concedida de imediato, não terá mais utilidade depois*" – Habeas Corpus, 2016, página 150.

Acesso ao Sumário

Dito isto, registre-se, não há fumaça do bom direito que ampare a pretensão recursal.

Mário Henrique de Abreu é investigado, neste Núcleo do Grupo de Atuação do Ministério Público do Grande ABC, em vários procedimentos investigatórios criminais.

Esta Colenda 4ª Câmara Criminal, no julgamento do Agravo Regimental nº 2050774-73-2018.8.26.0000, reconheceu o direito de vista aos autos do Procedimento Investigatório Criminal nº 01/2018, à luz das prerrogativas estampadas no Estatuto da Advocacia.

Adiante, o impetrante requereu vista dos autos principais e dos anexos do Procedimento Investigatório nº 07/2017, **contendo documentos sigilosos**, com a finalidade de estudos e extração de cópias.

O Promotor de Justiça responsável pela condução do referido procedimento investigatório consignou: "*no mais, com relação à consulta de fls. 1407 e manifestação apresentada pela defesa de Mário Henrique de Abreu (fls. 1404/1406), que pede o acesso amplo e irrestrito independente de pedido e autorização prévias, inclusive em relação aos anexos dos procedimentos investigatórios em que ele consta como investigado, assim como o recebimento de intimações sobre cada ato documentado nesses mesmos procedimentos (fls. 1404/1406), as considerações são as seguintes: o acesso amplo e irrestrito dos procedimentos investigatórios será franqueado dispensando-se sucessivos pedidos. Entretanto, com* ***relação aos respectivos anexos sigilosos****, torna-se impossível a abertura de vista e a autorização para reprografia. Isso porque eles* ***contêm informações fiscal e bancárias de terceiros****, conforme obviamente proíbe o artigo 7º, §9º, da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. Com efeito o PIC 07/17 possui 7 anexos. Os anexos 1 e 2 deram vida a dois procedimentos investigatórios. Um deles, o PIC 02/18, a defesa já possui acesso. E esse procedimento não possui anexos. O outro desdobramento, o PIC 03/18 e seus anexos 1 e 2, abrange dados bancários de terceiros e, pelos motivos já expostos, não pode ser alvo de consulta por pessoas desautorizadas. Os anexos 3 e 4 também são de absoluto conhecimento de Defesa, pois o acesso foi a eles plenamente assegurado.* ***Os anexos 5, 6, 7 contém informações fiscal e bancárias de terceiras pessoas, sendo incabível a consulta por indivíduos desautorizados***" – fls. 44/45.

Com efeito, a decisão liminar indeferiu o pleito da Defesa às fls. 66: "*de início, não se vislumbra o preenchimento dos requisitos legais para outorga da providência. Primeiro, porque não há urgência. Segundo, pois, a princípio, não há causalidade entre os documentos sigilos (sigilo financeiro e bancário de terceiros) e o exercício da defesa do impetrante*".

Não há dúvidas de que a Defesa goza do direito de acesso ao Procedimento

Acesso ao Sumário

Investigatório Criminal, tal como já restou decidiu por este Sodalício.

Contudo, o direito de acesso não é, por óbvio, absoluto.

Absoluto, direito nenhum é.

Nem tampouco a vida, bem maior do homem, tem tal conotação hermética. Cede, por exemplo, à legítima defesa (tutelando a vida de terceiros) e à dignidade da pessoa humana (como na antecipação terapêutica do feto anencefálico), dentre tantos outros.

Lembra-se, para rememorar precedentes, que o próprio princípio da presunção de inocência também não se revela absoluto, conforme orientação vanguardista capitaneada por esta Colenda Turma Julgadora, ao permitir a prisão-pena em Segundo Grau, após o esgotamento da instância.

No caso em tela, no confronto entre dois direitos fundamentais, de um lado o exercício de defesa e de outro o sigilo de dados bancários e fiscais de terceiros, há de ser dada primazia ao segundo, uma vez que, reprise-se, não há interesse direto na devassa gratuita da privacidade alheia e, ainda, a Defesa goza de amplo acesso a todas as demais peças constantes do Procedimento nº 07/2017.

Não por outra razão, o §9º, do artigo 7º, da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público disciplina que: "*O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo e de documentos assim classificados*".

Por oportuno, tem-se recente definição da importância do sigilo bancário pelo Pretório Excelso: "*do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é* ***uma das expressões do direito de personalidade*** *que se traduz em ter suas* ***atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja****, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira*" – RE 601314/SP – 24/02/2016.

De toda sorte, superada a ausência de interesse no provimento almejado, não há urgência no provimento do pleito, inexistindo risco de perecimento do direito alegado até o provimento final do presente Mandado Segurado.

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao Agravo Regimental.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001540-71.2012.8.26.0355, da Comarca de Miracatu, em que é apelante JESLAINE CRISTINA DE JESUS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto, apenas para adequar as penas impostas, que passam a 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 18 dias-multa, no piso legal, mantendo-se, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Encaminhe-se cópia do V. Acórdão à OAB, para as providências que entender cabíveis. V.U", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.101)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e GRASSI NETO.

São Paulo, 26 de abril de 2018.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Apropriação indébita – Absolvição por fragilidade probatória ou ausência de prejuízo – Improcedência – Provas hábeis a ensejar a condenação – Devolução de parte do valor quase três anos depois, ou mesmo o perdão do restante da dívida pela vítima, não afastam o caráter ilícito da conduta – Trata-se o caso de Ação Penal Pública Incondicionada – Condenação mantida – Redução das penas – Parcial Cabimento – Penas bem dosadas e fundamentadas, cabendo ligeiro ajuste apenas no patamar de aumento aplicado na primeira etapa da dosimetria – Recurso defensivo parcialmente provido, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação criminal, interposta por Jeslaine Cristina de Jesus, contra a r. decisão de fls. 256-A/257-A, cujo relatório se adota, acrescentando-se que ao julgar procedente a ação penal, condenou a ré ao cumprimento da pena de dois anos e quatro meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais pagamento de 28 dias- multa, no piso, como incursa no art. 168, §1º, inciso III, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos consistentes em uma prestação de serviços à comunidade por igual período, além de outra pena de prestação pecuniária no valor de um salário mínimo para entidade a ser indicada pelo juízo das execuções.

Inconformada, recorre a acusada, com razões a fls. 268-A/269-A, nas quais requer sua absolvição por fragilidade probatória ou por ausência de prejuízo à vítima, e, subsidiariamente, a redução das penas impostas.

Recurso regularmente processado e contrariado, manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, a fls. 312/315, apresentando parecer pelo desprovimento do apelo defensivo.

É o relatório.

Consta da denúncia que, em 11 de junho de 2010, horário incerto, mas durante expediente bancário, nas dependências do Banco do Brasil, agência 2302- Miracatu, Jeslaine Cristina de Jesus, em razão da profissão (advogada) apropriou-se de coisa alheia móvel, consistente na importância equivalente à quantia líquida de R$7.795,50, de que tinha a posse, pertencente a Antônio Francisco dos Santos.

Segundo o apurado, a acusada, que exerce a profissão de advogada, foi constituída pelo Sr. Antônio Francisco dos Santos para o ajuizamento de ação ordinária (aposentadoria rural por idade) contra o INSS. A ação foi julgada procedente. Após, as partes celebraram acordo, fixando o valor dos meses vencidos da aposentaria concedida ao Sr. Antônio e dos honorários advocatícios no montante total de R$8.171,37 (R$7.708,54 – valores atrasados + R$462,83 – honorários). Com a homologação do acordo, foram expedidos dois ofícios requisitórios de pequeno valor RPV, nos montantes de R$7.708,54 (valor do principal) e R$462,83 (valor dos honorários advocatícios). As referidas – RPV foram devidamente depositadas, perfazendo, respectivamente, os montantes atualizados de R$7.736,91 e R$464,52.

Acesso ao Sumário

Ocorre que, após retirar em cartório os alvarás de levantamento das quantias acima mencionadas, no dia 11 de junho de 2010, Jeslaine compareceu na agência bancária 2302- Miracatu do Banco do Brasil e, mediante a apresentação dos referidos alvarás, realizou o levantamento em espécie das quantias líquidas atualizadas de R$468,02 (honorários) e R$7.795,50 (valor dos atrasados), este último pertencente à vítima Antônio Francisco dos Santos.

No entanto, malgrado Jeslaine tenha recebido o valor total acima

mencionado, pertencente à vítima Antônio Francisco dos Santos, não lhe repassou nenhuma quantia do que lhe pertencia e era devido, tendo Jeslaine empregado a referia quantia recebida em razão da profissão em benefício próprio.

Estes são os fatos.

A materialidade do delito de apropriação indébita restou demonstrada pelos documentos juntados às fls. 04/0 (levantamentos judiciais efetuados), 07/08 (termo de audiência), fls. 10/222 (cópia dos autos de Ação Ordinária de Aposentadoria Rural por Idade, contando inclusive com alvarás de levantamento retirados pela ré), relatório de investigação de fls. 238/239), bem como pela prova oral obtida no decorrer da *persecutio criminis*.

A autoria delitiva, igualmente, restou inconteste.

Em juízo, a ré não compareceu a oferecer sua versão, revelado seu descaso para com a Justiça e desinteresse para com o desfecho da presente ação penal.

As provas colhidas sobre o crivo do contraditório, porém, são firmes a apontar a responsabilidade da acusada pelos fatos a ela imputados.

Na delegacia, a vítima disse que, provavelmente no ano de 2004, contratou uma pessoa para dar entrada em sua aposentadoria, mas ante a demora em conseguir o benefício o caso foi passado para a advogada Jeslaine Cristina de Jesus, sendo que em 2009 obteve êxito e se aposentar. Contudo, em 2010 ficou sabendo que haviam sido depositados os valores atrasados do INSS, que perfaziam cerca de oito mil reais, e, no Fórum, foi orientado a ir ao banco para verificar o depósito. O declarante constatou que o dinheiro estava depositado, mas foi informado de que deveria ser levantado por sua advogada. Ele então a contatou, e ofereceu o número de sua conta, porém a ré nunca depositou o valor devido e passou a 'enrolar' o ofendido, dizendo que o INSS havia recorrido e o dinheiro não estava mais disponível. Até então, não recebera valor algum de Jeslaine (24/08/2012 - fls. 226).

Em juízo, Antônio Francisco dos Santos explicou que contratou uma tal de Regina para pedir a aposentadoria dele, mas ela não deu conta e passou o caso para a ré Jeslaine, sendo que sua aposentadoria saiu e foram pagos também os valores atrasados. Contudo, a ré afirmou que ainda não havia recebido e, passados três anos, descobriram que ela levantara o valor e não repassou para ele. Quando dirigiu-se ao banco, descobriu que a ré já tinha levantado cerca de R$8.000,00, se apoderando desse valor. Foi até a OAB e conversou com um advogado do convênio com a Defensoria, conseguindo que a ré lhe pagasse R$4.000,00 do que lhe devia, tendo ela dito que pagaria o restante em outra ocasião, mas nunca o pagou. Conta que não fez acordo diretamente com a ré sobre o pagamento de honorários, mas tinha acertado com a tal Regina que faz serviços de aposentaria, que ela receberia um salário mínimo quando o benefício fosse deferido, o que foi pago ao final do processo. Regina transferiu a demanda

Acesso ao Sumário

para a ré e nada combinaram sobre os honorários, mas esta falou que cobraria o mesmo um salário mínimo e 30% sobre o montante recebido. Entretanto, a acusada acabou ficando com total do valor dos benefícios atrasados, sendo que o declarante recuperou apenas metade desse valor após contratar outra advogada para tanto, afirmando, ademais, que está satisfeito.

Ressalte-se que, como se sabe, em se tratando de crimes patrimoniais, cometidos geralmente na clandestinidade, longe da presença de testemunhas, a palavra da vítima é de suma importância para o deslinde do feito. Aliás, deve merecer todo o crédito, porquanto, não teria ela qualquer proveito em mentir.

A esse respeito:

"Vale destacar que a palavra da vítima, em se tratando de delitos praticados sem a presença de testemunhas, possui especial relevância, sendo forte o seu valor probatório (Precedentes)" (STJ – Ministro Leopoldo de Arruda Raposo – 5ª Turma – HC nº 311331/MS – DJe 08/04/2015).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. COMETIMENTO DO DELITO NA CLANDESTINIDADE. PALAVRA DAS VÍTIMAS. ESPECIAL RELEVÂNCIA, EM TAIS HIPÓTESES. PROVAS DE AUTORIA E MATERIALIDADE OBTIDAS DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NA PRESENTE VIA RECURSAL. ÓBICE DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA ARMA DE FOGO PARA FINS DO RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA. IRRELEVÂNCIA. COMPROVAÇÃO DO EMPREGO DE ARMA POR OUTROS MEIOS. SUFICIÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. ***Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a palavra das vítimas é plenamente admitida para embasar o decreto condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade"*** (STJ – Ministro Campos Marques – 5ª Turma – AgRg no AREsp nº 297871/RN – DJe 24/04/2013).

Diferente não podia ser o posicionamento desta Egrégia Corte Bandeirante:

"Além do mais, é sabido, nos delitos patrimoniais, quase sempre cometidos na clandestinidade, as declarações da vítima são sobremaneira importantes para elucidar os fatos e desvendar a autoria, máxime quando coerentes e harmônicas com as demais provas, como, aliás, ocorreu no caso dos autos" (TJSP – Rel. Des. Juvenal Duarte – 5ª Câmara Criminal – Apelação nº 0025200-68.2014.8.26.0050 – j. 09/04/2015).

"Além disso, nos delitos patrimoniais, quase sempre cometidos na clandestinidade, a declaração da vítima é de grande importância no auxílio para esclarecer os fatos e desvendar autoria, e, no caso presente, deve

Acesso ao Sumário

prevalecer, pois melhor se amolda à realidade dos fatos. O reconhecimento dos acusados por sua parte é de grande relevância" (TJSP – Rel. Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan – 5ª Câmara Criminal – Apelação nº 0090416-83.2008.8.26.0050 – j. 11/10/2012).

Mas, no presente caso, além da palavra da vítima, existem outros elementos que respaldam a condenação da acusada, notadamente os vários documentos juntados aos autos.

Sim, pelo conjunto das provas documentais e dos relatos acima, é patente a ocorrência da apropriação indébita, praticada no exercício da profissão, porque a acusada, de forma dolosa, atuando como advogada do ofendido, levantou os valores depositados em benefício deste, a título de direitos previdenciários atrasados, e deixou de repassá-los a ele, apropriando-se de todo o valor depositado.

Igualmente não há falar-se em ausência de dolo na conduta da ré, ou mesmo de prejuízo ao ofendido, sendo que Jeslaine apenas ressarciu à vítima metade do valor devido (equivalente a R$4.000,00 dos cerca de R$8.000,00), e isso decorridos aproximadamente três anos, após a vítima procurar à OAB e contratar uma nova advogada para defender seus interesses. Nem mesmo o perdão do restante da dívida pela vítima - muito depois do recebimento da denúncia -, afasta o caráter ilícito da conduta, tratando-se o caso de Ação Penal Pública Incondicionada.

Logo, a condenação da ré, nos termos em que proferida, era mesmo medida de rigor.

Quanto às penas impostas, de fato comportam ligeiro reparo.

Vale dizer que, na primeira etapa da dosimetria, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, notadamente em razão do elevado prejuízo sofrido pela vítima, trabalhador rural aposentado, que teve apenas metade do valor devido ressarcido, após cerca de três anos. Entendo suficiente e adequado, contudo, seja o aumento nesta etapa operado à fração de ¼, e não de ½, como contou.

Na segunda etapa, devidamente reconhecida a presença da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal, considerada a idade da vítima, pessoa idosa.

Na terceira fase, escorreita a aplicação da causa de aumento prevista no art. 168, §1º, inciso III, do Código Penal, posto que, como já referido, o dinheiro de que se apropriou a ré lhe fora confiado enquanto advogada da vítima.

Desse modo, resultam as penas, desta feita, no total de: 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais pagamento de 18 dias-multa, no piso legal.

O regime inicial aberto foi bem fixado, devidamente beneficiada a acusada com a substituição da pena reclusiva por duas penas restritivas de direitos,

Acesso ao Sumário

consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, nos moldes já relatados, medidas que se revelaram socialmente recomendáveis ao caso, respeitados os parâmetros legais, não comportando alterações.

É caso, pois, da parcial reforma da r. sentença ora combatida, tão-somente para reajustar as penas, nos moldes acima, subsistindo, no mais, a r. decisão, nos termos em que lançada, pelos seus próprios fundamentos fáticos e jurídicos.

Via de consequência, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto, apenas para adequar as penas impostas, que passam a 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, mais pagamento de 18 dias-multa, no piso legal, mantendo-se, no mais, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Encaminhe-se cópia do V. Acórdão à OAB, para as providências que entender cabíveis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000147-43.2016.8.26.0397, da Comarca de Nuporanga, em que é apelante P.A.O.S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.380)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 26 de abril de 2018.

RICARDO SALE JÚNIOR, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Violência doméstica contra a mulher – Lesão Corporal – Preliminar decadência por ausência de representação – Ação pública incondicionada – Exegese Súmula 542 do STJ – Autoria e materialidade delitiva perfeitamente demonstradas – Prova robusta a admitir a condenação do réu – Pena readequada – Regime prisional modificado para o aberto – Recurso provido em parte.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 151/154, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal para condenar P.A.O.S., devidamente qualificado nos autos do processo, como incurso nas sanções do artigo 129, § 9º, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano, 03 (três) meses e 09 (nove) dias de detenção, no regime inicial semiaberto.

Pretende, com o presente recurso (fls. 179/190), a reforma da r. sentença, objetivando, em sede preliminar, a extinção da punibilidade, pela decadência, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal. No mérito, requer a absolvição do apelante, seja sob o fundamento da insuficiência probatória, seja por ausência de dolo de lesionar a vítima. Subsidiariamente, pleiteia pela desclassificação do delito para o previsto no § 6º, do artigo 129, do Código Penal, a diminuição da reprimenda, a concessão da suspensão condicional do processo ou o regime aberto com a consequente substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

Regularmente processado o recurso interposto, com o oferecimento das contrarrazões de fls. 196/201, vieram os autos a esta Instância, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo afastamento da preliminar suscitada e parcial provimento ao recurso, modificando a reprimenda para o patamar mínimo legal e o regime para o aberto (fls. 213/220).

É o relatório.

Afastada a preliminar, o recurso merece parcial provimento.

Sustenta a defesa, em sede preliminar, a decadência, pois não há representação da ofendida nos autos, devendo ser extinta a punibilidade do recorrente nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424/DF, que detém eficácia vinculante e *erga omnes*, o Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a natureza da ação do crime de lesões corporais, praticadas no âmbito doméstico, é sempre pública incondicionada, sem possibilidade de retratação da vítima, não importando em que extensão (leve, grave ou gravíssima, dolosa ou culposa).

O E. Ministro Luix Fux destacou no julgamento que "*o condicionamento da ação penal à representação da mulher se revela um obstáculo à efetivação do direito fundamental à proteção da sua inviolabilidade física e moral, atingindo, em última análise, a dignidade humana feminina. Tenha-se em mente que a Carta Magna dirige a atuação do legislador na matéria, por incidência do art. 5º, XLI ("a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais") e do art. 226, § 8º ("O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações")*".

Acesso ao Sumário

Acompanhando o entendimento do Supremo, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 542 reforçando o entendimento no sentido da natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher, *in verbis*: "*A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada*".

Sendo assim, impossível sustentar no caso em comento a extinção da punibilidade pela decadência, conforme pretende a defesa.

Afastada a preliminar, passa-se a análise do mérito recursal.

O apelante foi denunciado e condenado como incurso nas sanções do artigo 129, § 9º, do Código Penal, pois, nas circunstâncias narradas na denúncia, no dia 09 de fevereiro de 2016, por volta das 22h, na Rua (...), Jardim Tizziotti, prevalecendo-se das relações domésticas e usando de violência contra a mulher, ofendeu a integridade física da vítima F.T.P., sua convivente, causando-lhe lesões de natureza leve conforme laudo pericial de fls. 45.

Segundo apurado, na data dos fatos, o recorrente e a vítima, conviventes, iniciaram uma discussão que culminou no acusado desferindo um soco contra o braço dela. Após a agressão, a ofendida acionou a polícia militar que compareceu no local.

Na oportunidade, questionaram o recorrente sobre a veracidade dos fatos narrados por F., tendo confessado, informalmente, a prática delitiva (fls. 01/02).

A r. sentença recorrida, suficientemente motivada no que diz respeito ao decreto condenatório e em nada abalada pelas razões de recurso oferecida pela defesa, merece ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, devendo sofrer pequeno reparo, apenas, na dosimetria e no regime inicial de cumprimento de pena.

O depoimento prestado pela vítima e pela testemunha, tanto perante a autoridade policial como em Juízo (fls. 23, 24 e cf. mídia digital), foram suficientes para atestar a prática do delito de lesão corporal no âmbito da violência doméstica, quanto à sua ocorrência e autoria. Além disso, a materialidade do crime previsto no artigo 129, § 9º, do Código Penal, restou comprovada nos autos pelo boletim de ocorrência de fls. 39/42 e pelo laudo de exame de corpo de delito de fls. 45 e 60/63.

Na fase inquisitorial, o recorrente preferiu permanecer em silêncio (fls. 25). Em juízo, limitou-se a dizer que há problemas no casal, nada acrescentando de relevante sobre os fatos (cf. mídia digital).

A vítima, tanto na delegacia como em juízo, confirmou os fatos descritos na exordial acusatória, asseverando que no dia dos acontecimentos estavam discutindo, quando o acusado lhe desferiu um soco. Acrescentou que os problemas do casal continuaram mesmo depois desses fatos (cf. mídia digital).

Acesso ao Sumário

Importante salientar que, em casos de infrações cometidas no âmbito da violência doméstica, "*Como reiteradamente se tem decidido, a palavra da vítima, se coerente e uniforme, deve merecer integral acolhimento. De outra parte, não se demonstrou qualquer motivo para que a ofendida viesse a acusar o réu gratuitamente de crime tão grave. Outrossim, é cediço que a palavra da vítima assume especial relevância nos crimes de violência doméstica ou familiar, pois, via de regra, são cometidos na clandestinidade, sem testemunhas presenciais*." (Apelação Criminal nº 0000030-54.2016, Des. Rel. Alcides Malossi Junior, j. em 14/12/2017).

Ressalta-se, ainda, a conclusão do laudo de lesão corporal que atestou que a vítima, de fato, sofreu lesão corporal de natureza leve, coerente ao relato dos acontecimentos (fls. 45 e 60/64).

Corroborando a versão apresentada pela vítima, o policial militar Marcelo de Souza, que atendeu a ocorrência, aduziu que no dia dos fatos foi acionado para atender a referida ocorrência. Chegando ao local, após a vítima lhe contar o ocorrido, o réu admitiu que havia lhe agredido (cf. mídia digital).

Conclui-se, portanto, que o contexto probatório foi suficiente para provar que o insurgente realmente praticou o delito de lesão corporal no âmbito da violência doméstica, sendo de rigor a manutenção de sua condenação, não havendo que se falar em insuficiência probatória ou mesmo por ausência de dolo.

Do mesmo modo não há que se falar em desclassificação para a figura da lesão corporal culposa prevista no artigo 129, § 6º do Código Penal, pois o recorrente agiu com dolo ao desferiu um soco contra a ofendida no meio de uma discussão. Evidente que a situação descrita não se encaixa em mera imprudência ou negligencia por sua parte. "Quem desfere socos contra outrem, quer ferir ou ao menos assume o risco de tanto" (TJSP, Apelação Criminal nº 0106595-19.2013, 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Alcides Malossi Junior, j. em 30/11/2017).

Feitas essas considerações e mantida a condenação, passa-se à análise da dosimetria da pena.

Na espécie, como muito bem apontado pelo E. Procurador de Justiça Antonio Celso Pares Vita, em seu parecer, o aumento elevado da basilar operado pelo d. magistrado sentenciante deve ser afastado, devendo a pena-base ser fixada no mínimo legal cominado à espécie, qual seja, 03 meses de detenção. Isso porque, data vênia, as circunstancias do caso em comento não extrapolam o tipo penal previsto no artigo 129, § 9º do Código Penal.

Do mesmo modo, quanto ao regime prisional deve ser modificado para o aberto, na medida em que se mostra o mais adequado ao caso concreto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal.

Acesso ao Sumário

Por fim, impossível a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, por expressa vedação legal, nos termos do artigo 17 da Lei 11.340/06, *in verbis*: "É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa"

Assim sendo, afastada a preliminar, dá-se parcial provimento ao apelo defensivo readequando as reprimendas para o patamar de 03 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto, subsistindo, no mais, nos termos em que proferida, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0021087-21.2014.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA DA CONCEIÇÃO PEREIRA, é apelado ALOISIO ABADO DOS SANTOS.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.401)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARDOSO PERPÉTUO (Presidente sem voto), MOREIRA DA SILVA e DE PAULA SANTOS.

São Paulo, 10 de maio de 2018.

AUGUSTO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Apelação Criminal. Medidas Cautelares. Caráter de provisoriedade. Nenhum incidente desde a decretação. Medida autônoma que não gerou ação principal. Revogação. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso interposto por Maria da Conceição Pereira contra a r. sentença de fl. 77, que, diante do arquivamento do inquérito policial, revogou as medidas protetivas deferidas a fl. 22 contra o requerido Aloísio Abade dos Santos.

Alega que o procedimento referente às medidas protetivas constitui ação inibitória autônoma, de caráter satisfativo, e, portanto, independem

do ajuizamento de ação principal para sua manutenção. Alega que referidas medidas devem perdurar enquanto existente a situação de violência doméstica, independente da extinção da punibilidade na esfera penal.

Recurso respondido, tendo, nesta fase, a d. Procuradoria Geral de Justiça se manifestado pelo seu não provimento.

É o relatório.

Dos autos consta que o apelado, Aloísio, e a apelante, Maria da Conceição, viveram em união estável por vinte e três anos. Alega a apelante que Aloísio sempre apresentou comportamento agressivo, devido ao uso de álcool e drogas. Foi agredida fisicamente em mais de uma oportunidade. A última agressão se deu em 21 de setembro de 2014, oportunidade em que Aloísio agarrou seu pescoço, tentou mordê-la e lhe desferiu chutes nas pernas e costas.

O pedido para concessão de medidas protetivas foi deferido a fls. 21/22, determinando-se: (i) afastamento do apelado do lar, (ii) proibição de aproximação, fixando-se limite mínimo de distância de 300 metros, e (iii) proibição de contato com a requerente por qualquer comunicação.

Pois bem.

Desde a fixação das medidas protetivas, ou seja, 15/10/2014, não houve notícia de incidente, tampouco de desdobramento do feito para apuração de questões relativas à concessão das cautelares ou da investigação propriamente dita.

Conforme decisão ora recorrida, o inquérito foi arquivado e a vítima não ajuizou Queixa-Crime para apuração do delito de injúria, e, quanto ao de ameaça, segundo declarações da própria ofendida, disse que sequer se recordava de ter sido ameaçada, situação também não presenciada por sua irmã.

Esses dados permitem deduzir o desinteresse, senão pela questão de fundo, pelas medidas protetivas, as quais, vale observar, não podem permanecer indefinidamente.

De fato, o próprio legislador se refere a tais medidas como protetivas "de urgência". Ora, a urgência é inerente às medidas cautelares.

Assim, tratando-se de medida cautelar, além da urgência, que exige a observância dos pressupostos do "fumus boni iuris" e "periculum in mora", a medida é dotada de provisoriedade e acessoriedade.

No caso, não se verifica urgência, pois os fatos são datados de 21/09/2014.

As medidas protetivas não podem, sob pena de evidente inconstitucionalidade, restringir indefinidamente o direito do suposto agressor. Não se nega a possibilidade de tais medidas perdurarem por todo o procedimento investigativo ou da ação penal, entretanto, inexistentes, a manutenção da restrição exige demonstração de necessidade.

Acesso ao Sumário

Ainda que se entenda possam ser fixadas independentemente de procedimento criminal, exige-se um prazo limite. Do contrário, a restrição se afeiçoará exacerbada e desproporcional, principalmente se considerarmos a presunção de não culpabilidade.

Assim já se decidiu:

"Com a extinção da punibilidade do suposto crime de ameaça pela falta de representação no tempo hábil, a consequência lógica era a revogação das medidas protetivas. Ainda que sejam analisadas como medidas principais, que visam proteger a integridade física da suposta vítima, não podem persistir indefinidamente, sem prazo final, sob pena de impor ao acusado uma limitação definitiva ao seu direito de ir e vir, o que é flagrantemente inconstitucional" (TJSP – Apelação n. 0022379-41.2014 – 11ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Xavier de Souza, j. 18.1/2015).

"Mesmo que se entenda que as medidas protetivas possam ser fixadas sem a instauração de procedimento criminal ou cível, deve existir um prazo limite para se fixar e pedir providências, uma vez que tais medidas não podem ser eternas, nem tampouco o direito da parte em pleitear a fixação de medidas em seu favor, sob pena de ser instaurada a insegurança jurídica. Tendo decorrido o prazo decadencial para a representação da suposta vítima, além de seu manifesto desinteresse, não há que se falar em fixação de medidas protetivas de urgência, impondo-se a declaração da extinção da punibilidade do apelado, face a decadência do direito de representar da ofendida" (TJMG – Apelação Criminal n. 10024112359831001 – publicação 24.03.2013).

"APELAÇÃO CRIMINAL. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO AGRESSOR NA AÇÃO PRINCIPAL. INVIABILIDADE DA MANUTENÇÃO DO PROCESSO CAUTELAR. Não há no âmbito do direito penal como manter indefinidamente uma medida cautelar que imponha restrições à liberdade de locomoção do indivíduo, sob pena de perpetuar um constrangimento ilegal, sem justa causa. Extinta a punibilidade do agressor na ação principal, fica sem objeto o procedimento dele dependente, revogando-se, por conseguinte, todas as restrições a ele impostas. Recurso não provido" (TJMG – Apelação Criminal 10024080719016001 – publicação 10.01.2014).

Nessa conformidade, nega-se provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1502047-21.2017.8.26.0536, da Comarca de São Vicente, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada PATRÍCIA DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso ministerial para, cassada a r. decisão de fls. 169/172, receber a denúncia de fls. 126/128, determinando o retorno dos autos à vara de origem para regular processamento da Ação Penal nos termos do artigo 56 e seguintes da Lei de Drogas. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.688)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 17 de maio de 2018.

SILMAR FERNANDES, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico ilícito de drogas majorado por sua ocorrência no interior de estabelecimento carcerário – Artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006 – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – Reversão – Necessidade – Ilegalidade da materialidade delitiva em razão de utilização de meio considerado, pela Magistrada sentenciante, ilícito e vexatório – Descabimento – Ainda que não se considere a revista íntima como meio mais adequado para verificação de visitas em estabelecimentos penais, a prevalência do interesse público ao privado determina que o Estado proteja, principalmente, a segurança dos reeducandos – Cassação do r. *decisum* – RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR A BAIXA DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM, PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 56 E SEGUINTES DA LEI Nº 11.343/2006.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. decisão de fls. 169/172, que absolveu sumariamente Patrícia de Oliveira da acusação de ter praticado o delito

previsto no artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006, com fulcro no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, pretende o Ministério Público a reforma da r. decisão, a fim de que seja dado prosseguimento ao feito até final decisão meritória (fls. 178/190).

Ofertada contrarrazões (fls. 222/228), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 250/253).

É o relatório.

2. Consta da exordial acusatória (fls. 126/128) que, no dia 18 de junho de 2017, por volta das 08h35min, nas dependências do Centro de Detenção Provisória, situado na Rodovia Padre Manoel da Nobrega nº 66, Jardim Rio Branco, na cidade e comarca de São Vicente, Patrícia de Oliveira trazia consigo, transportava e guardava 04 (quatro) porções de *Cannabis Sativa L*, vulgarmente conhecida como maconha, com peso aproximado de 100g (cem gramas); substância esta que causa dependência física e psíquica, o que fazia sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Após a determinação de notificação da ré (fls. 129/130), foi ofertada Defesa Preliminar (fls. 143/152), sendo que na fase prevista no artigo 55 da Lei de Drogas, a Magistrada de piso absolveu-a sumariamente (fls. 169/172), por entender que "...[a] *prova da materialidade do crime está eivada de inconstitucionalidade e ilegalidade, ante o desnudamento da ré quando da revista pessoal, que configura patente ofensa à dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil...*" (fls. 170).

Esta, a decisão impugnada.

E com absoluta pertinência.

De rigor salientar, prefacialmente, que direitos e garantias fundamentais, insculpidos no bojo da Carta Magna, em hipótese alguma podem ser invocados como blindagem para cometimento de delitos.

Acesso ao Sumário

Em lógica reversa extremamente simplista, poder-se-ia chegar à conclusão que, *v.g.*, furtar seria uma conduta constitucionalmente amparada, desde que objetivando prover o sustento da família, porquanto a dignidade humana, por obviedade plena, engloba o direito à habitação, ao alimento, ao emprego.

A uma vida minimamente decente.

Necessário, pois, que os direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional sejam interpretados à luz da razoabilidade e, acima de tudo, da proporcionalidade, eis que é princípio basilar o direito à prevalência do interesse público ao privado.

Pois bem.

Não se desconsidera ser procedimento constrangedor a revista íntima no momento de ingresso em estabelecimentos penais para visitação. Não se desconsidera, ainda, que o Estado deve, com a celeridade que questões orçamentárias permitirem, prover todos estabelecimentos penais com aparatos de última geração para que objetos ilícitos não ingressem intramuros, sem a necessidade de procedimento visual.

Todavia, não se pode desconsiderar a realidade dos presídios.

A necessidade de procedimentos de captação de objetos ilícitos em instituições penais é latente, sob pena de se colocar em risco não somente a segurança de funcionários e outros visitantes mas, principalmente, a dos próprios encarcerados.

Rebeliões ocorridas em outros Estados da Federação, com a morte, de forma cruel e violenta, de reeducandos, bem demonstram a necessidade no controle da entrada de objetos como facas, canivetes, aparelhos de telefonia celular entre outros.

No caso de ingresso de drogas, a situação é especialmente problemática pois, como cediço, a narcotraficância intramuros é forma de subjugação de presos – os quais, por dívidas, restam por se associarem a facções criminosas ou, ainda, pressionam familiares por dinheiro.

É um ciclo nefasto. E existente.

Por esse prisma, o Estado tem por obrigação cuidar da segurança dos detentos, assim como dos trabalhadores da instituição penal, sendo que a falha no impedimento de entrada de itens proibidos não pode ser delegada a falta de aparelhamentos. Há uma necessidade maior, premente, na equação.

Portanto, desde que realizado com a mínima intervenção humana, por pessoas do mesmo sexo, com o respeito possível à realização da inspeção desnuda, não há que se falar em constrangimento tal a macular a materialidade delitiva.

Demais disso, a pessoa se submete à revista *sponte propria*. Caso não queira se sujeitar ao procedimento, basta não realizar a visita.

No caso dos autos, o delito foi perpetrado de forma vexatória. Ao introduzir quatro porções com aproximadamente 100g (cem gramas) de *Cannabis Sativa L* na vagina, a apelada tinha pleno conhecimento dos procedimentos de revista.

Ora, se o *modus operandi* da conduta é constrangedor, a revelação do crime, por corolário lógico e inafastável, é igualmente constrangedor.

Os Tribunais Superiores têm entendimento convergente ao deste Relator sobre o tema:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO

Acesso ao Sumário

CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

"TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO EM PRESÍDIO COM SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. DROGA LOCALIZADA POR MEIO DE REVISTA ÍNTIMA. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO. INEXISTÊNCIA DE ABUSO OU ADOÇÃO DE MEDIDAS INVASIVAS. LICITUDE DA PROVA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

"1. De acordo com o Regulamento Geral para Ingresso de Visitas e Materiais em Estabelecimentos Prisionais da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul, a revista é feita, via de regra, por inspeção visual e por detector de metal ou outro aparelho hábil a detectar materiais ilícitos, sendo que, em caso de fundada suspeita e mulheres em período menstrual, é realizada a revista íntima, que pode ser recusada pelo visitante, tendo como consequência a proibição de ingresso no estabelecimento prisional.

"2. No caso dos autos, embora tivesse o direito de recusar-se a ser revistada intimamente, a paciente submeteu-se ao procedimento adotado no presídio, o que resultou na localização, em suas partes íntimas, de maconha embalada em um preservativo, que seria entregue ao seu marido, que se encontra preso no local.

"3. Tal revista não pode ser acoimada de ilegal, pois, como se sabe, não existem direitos absolutos, sendo certo que a intimidade da pessoa não pode servir de escudo para a prática de ilícitos. *Doutrina. Precedentes do STF.*

"4. Havendo fundada suspeita de que o visitante do presídio esteja portando drogas, armas, telefones ou outros objetos proibidos, é possível a revista íntima que, por si só, não ofende a dignidade da pessoa humana, notadamente quando realizada dentro dos ditames legais, exatamente como ocorreu na espécie. Precedente do STJ.

"5. Habeas corpus não conhecido (STJ - HC 344.121/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 14/06/2016 – sem destaques no original).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ART. 33, CAPUT, C.C. ART. 40, INCISO III, DA LEI Nº 11.343/2006. INGRESSO DE ENTORPECENTES EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. ILICITUDE DA PROVA DECORRENTE DE REVISTA ÍNTIMA. INOCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

"I (...).

Acesso ao Sumário

"II (...).

"III - Não se configura a ilicitude da prova decorrente de revista íntima na qual se encontraram entorpecentes no corpo de denunciada, se tal procedimento não excedeu os limites do objetivo do ato, que é a garantia da segurança pública quando da entrada de visitantes em estabelecimentos prisionais. Em outras palavras, é possível a mitigação do direito à intimidade da pessoa, como na espécie, em benefício da preservação de outros direitos constitucionais igualmente consagrados, uma vez que não há, no ordenamento jurídico-constitucional, direitos fundamentais de caráter absoluto" (STF - MS n. 23.452/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12/5/2000).

No mesmo sentido, precedentes desta Corte:

"Apelação. Tráfico de entorpecente. Crime praticado nas dependências de estabelecimento prisional. Corré, amásia do acusado, flagrada, durante revista íntima, com a quantia de 136,04 gramas de maconha. Insurgências defensivas. Alegação de ilicitude da prova, obtida por meio de revista íntima. Impossibilidade. Técnica de ponderação. Segurança pública que prevalece sobre as garantias e os direitos individuais, os quais não podem ser utilizados como escudos para práticas criminosas. Precedentes do STJ. Autoria e materialidade evidenciadas. Depoimentos firmes e coerentes prestados pelas agentes penitenciárias. Confissões parciais dos acusados. Condenações mantidas. Reprimendas irreprocháveis. Bases fixadas nos mínimos legais. Corréu reincidente específico. Acusada beneficiada pelo redutor e pela substituição da pena privativa. Negado provimento aos apelos. (Apelação nº 3029113-04.2013.8.26.0224. Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 06/12/2016; Data de registro: 06/12/2016).

"APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico ilícito de entorpecentes – Preliminar – Nulidade das provas, por pautadas em flagrante decorrente de revista íntima vexatória – Inocorrência – Ausência de irregularidade do procedimento, realizado por agente do sexo feminino e necessária para resguardo do interesse público – Ponderação dos princípios constitucionais – Mérito – Absolvição – Impossibilidade – Materialidade e autoria sobejamente demonstradas nos autos – Crime impossível – Inocorrência – Delito consumado com a simples posse da droga para entrega ao consumo de terceiros Inviável a perseguida desclassificação para porte com fins de uso – Quantidade de entorpecentes e circunstâncias da apreensão que evidenciam a destinação à mercancia – Condenação bem decretada – Pena inalterável – Aplicação do redutor previsto no art. 33, 4º, da Lei nº 11.343/2006, em grau máximo – Desacolhimento

Acesso ao Sumário

– Circunstâncias que se revelam desfavoráveis à redução pretendida – Regime mantido – Preliminar rejeitada e recurso não provido. (Apelação nº 0010769-19.2015.8.26.0624. Relator (a): Camilo Lellis; Comarca: Tatuí; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 27/09/2016; Data de registro: 03/10/2016).

Desse modo, porquanto o procedimento de revista, segundo elementos encartados no caderno processual, ocorreu com intervenção mínima, de forma indireta, através da observação pelas agentes penitenciárias, sendo que a própria apelada retirou a substância que foi por ela mesma introduzida em sua vagina, entregando-a às funcionárias, tem-se que, à evidência, a medida se mostrou razoável, proporcional e necessária.

Importante consignar, pela pertinência, que a reiteração em julgamentos de delitos deste jaez demonstrou que cada porção individual de *Cannabis Sativa L* pesa, aproximadamente, 0,33g[1] (trinta e três centigramas).

Registro, pela pertinência:

"A noção de grande ou pequena quantidade varia de substância para substância.

"Por exemplo, no caso da cocaína consumida por via endovenosa, uma dose equivale a 0,01 grama, enquanto por aspiração a dose corresponde a 0,4 gramas.

"Diferentemente, em um cigarro de maconha há 0,33 gramas da citada substância entorpecente..." (MORAES, Alexandre *LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL*, 1ª edição, Atlas, 2007, p. 114 – sem destaques no original).

Desse modo, caso não fosse realizada a revista desnuda, ingressaria, intramuros, quantidade de *Cannabis Sativa L* suficiente para perfazer, aproximadamente, ***303 porções individuais.***

Estabelecida a licitude da captação da droga, tem-se que a materialidade restou sobejamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), boletim de ocorrência (fls. 07/08), auto de exibição e apreensão (fls. 09), laudo de constatação prévia (fls. 11) e, sobretudo, pelo laudo químico-toxicológico definitivo (fls. 160/165).

É o quanto basta para a conduta, em tese, ser subsumida àquela prevista no artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006.

Nesse passo, como há indícios suficientes no sentido de que Patrícia de Oliveira trazia consigo relevantíssima quantidade de drogas – vide depoimentos das agentes penitenciárias Maria Edileusa Figueiredo Souza (fls. 02) e Regina Lúcia Graça Soares (fls. 04) –, incabível, portanto, a ***absolvição sumária***.

Acesso ao Sumário

1 No mesmo sentido: RT 546/327.

Por derradeiro, anoto que a exordial acusatória está formalmente em ordem nos termos do artigo 41 do Código de Processo Penal, porquanto descreveu a conduta da agente, capitulou-a e ofertou rol de testemunhas acusatórias.

Destarte, RECEBO A DENÚNCIA de fls. 126/128.

3. Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso ministerial para, cassada a r. decisão de fls. 169/172, receber a denúncia de fls. 126/128, determinando o retorno dos autos à vara de origem para regular processamento da Ação Penal nos termos do artigo 56 e seguintes da Lei de Drogas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004744-35.2015.8.26.0318, da Comarca de (...), em que são apelantes/apelados V.J.G.B. e H.C.C., é apelado/apelante 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: "Deram parcial provimento aos recursos defensivos para absolver V. J.G.B. e H.C.C. da imputação constante do artigo 1º, inciso V, da Lei 9.613/98, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Outrossim, deram parcial provimento ao recurso ministerial para readequar as reprimendas de cada um dos acusados para 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 37 dias-multa, cada diária no valor de 1/2 salário mínimo, pelo crime previsto no artigo 312, *caput*, por 16 vezes, na forma do artigo 71, *caput*, c.c. os artigos 29, 30 e 327, §1º, todos do Código Penal. No mais, mantiveram a r. sentença. V.U. Compareceu ao julgamento o Dr. Carlos Eduardo Pretti Ramalho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.537)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente), RICARDO SALE JÚNIOR e CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 17 de maio de 2018.

WILLIAN CAMPOS, Relator

Ementa: PECULATO-DESVIO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE – RÉUS QUE DESVIARAM, EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO, DINHEIRO PÚBLICO DE QUE TINHAM POSSE EM RAZÃO DO CARGO.

Acesso ao Sumário

LAVAGEM DE CAPITAIS – VALORES OBTIDOS A PARTIR DE CRIME DE PECULATO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA DISSIMULAÇÃO E OCULTAÇÃO DA ORIGEM DE DINHEIRO OBTIDO COM A PRÁTICA DE CRIME – FATOS QUE CONSTITUEM O *ITER CRIMINIS* DO PRÓPRIO CRIME ANTECEDENTE. ABSOLVIÇÃO – NECESSIDADE.

DOSIMETRIA – PENA-BASE. CULPABILIDADE EXARCEBADA. IMPOSIÇÃO DE MAIOR FRAÇÃO. POSSIBILIDADE.

CONTINUIDADE DELITIVA – QUANTIDADE DE CRIMES SIGNIFICATIVA ANTE A NATUREZA DO DELITO, PORÉM INSUFICIENTE PARA A FIXAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. RECURSOS MINISTERIAL E DEFENSIVOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a r. sentença de fls. 1.010/1.033, retificada às fls. 1.042/1.043, cujo relatório se adota, que julgou procedente a ação penal promovida pela **JUSTIÇA PÚBLICA** para condenar V.J.G.B. e H.C.C. às penas de **10 anos e 6 meses de reclusão**, em regime inicial **fechado**, e pagamento de **56 dias-multa**, cada diária no valor de 1/2 salário mínimo**, por incursos no artigo 312, *caput*, por 16 vezes, na forma do artigo 71, *caput*, c.c. os artigos 29, 30 e 327, §1º, todos do Código Penal, em concurso material com o artigo 1º, inciso V, da Lei 9.613/98, por 16 vezes, na forma do artigo 71, caput, do Código Penal.**

Inconformados, apelam os réus e o representante do Ministério Público.

Requer o *Parquet* a readequação das reprimendas impostas aos acusados, com a fixação da pena-base em maior patamar e com o aumento da sanção pela continuidade delitiva na fração máxima (*fls. 1.069/1.085*).

V., por sua vez, pugna, preliminarmente, pela nulidade do processo, em razão: (i) da incompetência absoluta da Justiça Estadual para julgamento do feito; (ii) da violação ao princípio da ampla defesa, e (iii) da realização de *mutatio libelli*. Pede, ainda, a nulidade da sentença, por: (iv) deficiência na apreciação às teses defensivas, e (v) aumento da pena em sede de embargos de declaração. No mérito, espera a absolvição por insuficiência probatória ou atipicidade da conduta. Subsidiariamente, requer a desclassificação para o delito previsto no artigo 315 do Código Penal. Quanto às penas, pleiteia a redução da pena-base e

Acesso ao Sumário

o afastamento da continuidade delitiva (*fls. 1.167/1.190*).

H., por seu turno, requer a nulidade do processo por violação à ampla defesa, bem como nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Quanto ao mérito, pugna pela absolvição por falta de provas, pela desclassificação do delito de peculato e pelo reconhecimento de erro de tipo. No que toca à dosimetria, requer a nulidade por deficiência de fundamentação, a redução da pena-base e a desconsideração do crime continuado (*fls. 1.131/1.165*).

Apresentadas as contrarrazões pelo Ministério Público (*fls. 1.193/1.204*) e pelas Defesas (*fls. 1.103/1108 e 1.109/1114*), a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento dos recursos defensivos e ministerial.

É o Relatório.

Inicialmente, cumpre esclarecer que as preliminares arguidas não merecem acolhimento.

Com efeito, não há que se falar em incompetência da Justiça Estadual para a apreciação da matéria em questão. Isso porque, ainda que tenha havido repasse de verbas do Sistema Único de Saúde à contabilidade da Santa Casa de (...), é certo que, à época dos fatos, o estabelecimento hospitalar era subvencionado, precipuamente, pelo Município (*cf. fls. 380/383*). Dessa forma, tendo a remuneração paga à empresa (...) onerado verbas públicas incorporadas ao erário do ente municipal, aplicável ao caso a Súmula 209 do C. Superior Tribunal de Justiça (*CC 32.960/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/11/2001, DJ 18/02/2002, p. 223*).

Igualmente, inexiste nulidade processual a ser reconhecida.

Da análise dos autos, verifica-se que o magistrado *a quo*, em apreço à ampla defesa, autorizou a expedição de ofícios aos estabelecimentos hospitalares apontados pela Defesa às fls. 819/822. E, instruindo referidos ofícios, foram enviadas cópias da própria petição do acusado (*fls. 843*), a evidenciar a inexistência do alegado cerceamento do direito de defesa.

Tampouco há que se falar na ocorrência de *mutatio libelli* em razão do pleito, em sede de memoriais, de condenação dos acusados pelo crime de lavagem com o acréscimo previsto no artigo 1º, §4º, da Lei 9613/98. Isso porque, como é cediço, o acusado defende-se dos fatos descritos da inicial, e não da capitulação legal que lhe foi dada. *In casu*, a reiteração criminosa já havia sido devidamente demonstrada por ocasião da exordial, não havendo alteração fática a ensejar nulidade processual.

Também a r. sentença não padece de vício, pois o julgador monocrático examinou as provas amealhadas e, à luz dos elementos trazidos aos autos, concluiu que os acusados incorreram nos tipos penais a que imputados.

Cabe ressaltar que a não adoção de qualquer das teses esposadas pela Defesa não indica, evidentemente, a não apreciação das razões sustentadas ou

Acesso ao Sumário

precariedade da fundamentação. De fato, embora a Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, exija que as decisões judiciais sejam fundamentadas, não significa que o julgador deva fazê-lo de forma extensa, bastando que dê as razões de seu convencimento de forma simples, compreensível e com respaldo no conjunto probatório colhido, como ocorreu na presente hipótese. Esse, aliás, é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

> (...) 3. **Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, tampouco a se manifestar expressamente sobre os dispositivos legais ou constitucionais que reputam violados, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas, exatamente como ocorreu na espécie. Precedentes.** (...) (RHC 93.381/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018)

Outrossim, verifica-se que o magistrado sentenciante, ao acolher os embargos de declaração opostos pelo *Parquet* para sanar a contradição e agravar a reprimenda, *"(...) acabou por emprestar efeito modificativo ao recurso integrativo, o que, em hipóteses excepcionais, como a presente, mostra-se possível."* (HC 81.557/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 01/10/2007, p. 331).

As demais teses alegadas a título preliminar confundem-se com o tema de fundo e, portanto, serão oportunamente analisadas.

No mais, consta dos autos que, no período compreendido entre janeiro de 2010 a julho de 2011, por 16 vezes, **V.J.G.B.**, na qualidade de funcionário público por extensão, e **H.C.C.**, em concurso de agentes, desviaram dinheiro público em proveito próprio.

Consta ainda que, no período compreendido entre janeiro de 2010 a julho de 2011, por 16 vezes, **V.J.G.B.**, na qualidade de funcionário público por extensão, e **H.C.C.** dissimularam a origem de valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Com efeito, apurou-se que V., na qualidade de provedor da Santa Casa de Misericórdia (..), firmou contratos com a empresa (...), representada pelo sócio-proprietário H., para prestação de serviços (assessoria, gerência de UTI, plano de saúde e direção técnica), cujos valores eram superfaturados e superavam aqueles que eram pagos às outras entidades congêneres da região.

A Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público de (...) instaurou inquérito civil com o objetivo de apurar o percebimento ilícito de valores decorrente dos referidos contratos. Verificou-se que o cargo de Provedor da Santa Casa não era remunerado e V. tinha como rendimento apenas o benefício da aposentadoria. Houve quebra de sigilo fiscal e bancário

devidamente deferido pelo M. Juízo, e os documentos remetidos pela Receita Federal apontaram discrepância entre os valores declarados à Receita Federal e aqueles movimentados na conta corrente de V. Além disso, o Ministério Público promoveu diligência que revelou que diversos cheques emitidos por H. foram depositados na conta pessoal de V.

Desta forma, constatou-se que o desvio de dinheiro foi engendrado com um esquema de superfaturamento de contratos celebrados entre a Santa Casa de (...) e a empresa (...): os valores eram repassados por V. para contas correntes indicadas por H. que, por sua vez, realizava um saque contra sua conta corrente pessoa física e depositava na conta do comparsa.

Com a devida *vênia* ao entendimento esposado na r. decisão recorrida, a sentença merece parcial alteração a fim de que, mantida a condenação dos réus pelo delito de peculato, sejam eles absolvidos do crime de lavagem de dinheiro.

Na fase inquisitiva, V. relatou que exerceu a função de provedor da Santa Casa de (...) desde 2009. Por tal cargo, não recebia remuneração, tendo como único sustento sua aposentadoria e a de sua esposa. Durante sua gestão, celebrou com a empresa (...) três contratos de prestação de serviços, a serem realizados por H.C.: (i) consultoria e assessoria; (ii) exercício da função de diretor técnico; e (iii) coordenadoria e responsabilidade técnica da unidade de terapia intensiva. A contratação foi celebrada com a pessoa jurídica por questões trabalhistas e tributárias, sendo que, para o exercício de suas funções, C. comparecia diariamente ao estabelecimento médico (*fls. 66/67*).

Sob o crivo do contraditório, disse que, à época em que exercia o posto de provedor da Santa Casa, passou por problemas financeiros. Diante disso, C., que já trabalhava no local, ofereceu-lhe uma ajuda pessoal, a fim que de que permanecesse em sua função no estabelecimento médico. Aceita a proposta, em janeiro de 2010 recebeu de H. dois cheques, cada um com a monta aproximada de R$3.600,00. Posteriormente, C. fez-lhe outros pagamentos, sem qualquer contrapartida ou cobrança. Por conta de seus conhecimentos técnicos e administrativos, C. assumiu a direção técnica do hospital e do plano de saúde, bem como a responsabilidade pela UTI. Para a contratação de profissionais, eram levados em conta, dentre outros fatores, a capacidade técnica e o tipo de trabalho, sendo a remuneração determinada pela tabela do SUS e pelos valores pagos entre os hospitais da região. Indagado quanto à sua movimentação financeira à época, disse que recebeu depósitos relativos a trabalhos realizados com operadoras de turismo até 2009, bem como a negociações com terrenos e lotes. No que toca aos veículos de sua propriedade, afirmou que, até 2012, possuía um Nissan Livina, após o que adquiriu um Sentra (*fls. 856 mídia digital*).

C., por sua vez, na Delegacia, disse que é médico e, por meio de sua empresa (...), atuava junto à Santa Casa de (...) como médico intensivista,

Acesso ao Sumário

diretor técnico da Irmandade e diretor técnico do plano de saúde. Pelo exercício de suas funções como diretor técnico da Irmandade recebia a quantia de R$6.000,00 e, como diretor técnico do plano, a monta de R$9.000,00, além de uma renda variável conforme a quantidade de plantões realizados. Indagado, afirmou que jamais repassou dinheiro decorrente da contratação ao provedor do estabelecimento médico (*fls. 68*).

Já em Juízo, sustentou que trabalhava na UTI da Santa Casa de (...) desde 2008. Inicialmente, foi contratado pelo hospital para exercer a função de consultor. Posteriormente, por meio de três contratos, assumiu os postos de diretor técnica da Santa Casa, diretor técnica da "Santa Casa Saúde", responsável técnico da UTI e intensivista, atuando diariamente na entidade. Pela cumulação de cargos e realização de plantões, recebia aproximadamente R$50.000,00 mensais. Em tal período, diante de problemas financeiros ostentados por V., ofereceu-lhe um auxílio para que permanecesse na função de provedor, realizando pagamentos a ele por meio da pessoa física (*fls. 856 – mídia digital*).

P.J.R., interventor na Irmandade de Santa Casa de Misericórdia de (...), relatou, em solo policial, que, em 01 de setembro de 2009, a empresa (...) foi contratada para prestar serviços e consultoria e assessoria médica e hospitalar, recebendo para tanto a importância de R$9.000,00 mensais. Em novembro do mesmo ano, por meio de aditamento, C. passou a atuar como responsável técnico do plano de saúde mantido pela Irmandade. Posteriormente, em 02 de maio de 2011, mediante novo ajuste, H. passou a receber R$15.000,00 mensais pelo exercício dos cargos de diretor técnico da Santa Casa e da Santa Casa Saúde, além de R$5.000,00 como médico intensivista. Alguns meses depois, em 01 de setembro de 2012, por meio de novo aditivo, a remuneração de H. como diretor técnico da Santa Casa passou a R$10.000,00, como coordenador da UTI passou a R$11.500,00 e, como diretor técnico da Santa Casa Saúde, a R$10.000,00, totalizando a monta de R$31.500,00, além de R$1.600,00 a cada plantão de 24h. Após a intervenção no estabelecimento hospitalar, verificou que os valores pagos por outros centros médicos estavam aquém daqueles desembolsados pela instituição, deixando de remunerar a diretoria técnica (*fls. 69/70*).

Perante o Juiz, R. disse que, diante de denúncias dando conta do recebimento de valores pelo provedor da Santa Casa de (....) por intermédio de contratos, o hospital passou por uma intervenção. Ao verificar que C. era contratado como médico da UTI, diretor técnico da Santa Casa e diretor técnico do plano de saúde, retirou-o da função de diretor, substituindo-o por outro médico sem qualquer remuneração. Durante a intervenção, apesar de questionamentos quanto aos montantes pagos, não tomou conhecimento de repasses ilícitos. Em análise comparativa, concluiu que as remunerações dos diretores técnicos e médicos plantonistas oferecidos pela Santa Casa de (...) estavam um pouco acima daqueles pagos na região, porém eram compatíveis com os valores oferecidos

Acesso ao Sumário

em cidades de porte semelhante ou superior. Quanto à composição da receita, disse que a Santa Casa recebe verbas federais e municipais, além de valores do plano de saúde e da venda de serviços administrativos (*fls. 762 – mídia digital*).

K.A., administradora hospitalar, disse ter trabalhado na Santa Casa de (...) de 2009 a 2013, desconhecendo irregularidades envolvendo contratos. Durante tal período, tanto V., na provedoria, quanto C., nas funções de diretor técnico do hospital, diretor técnico do plano de saúde, profissional responsável pela UTI e intensivista, buscaram promover melhorias no hospital. Quanto à receitualização, afirmou que a Santa Casa de (...) auferia valores do plano de saúde e do Município, o qual, por seu turno, recebia verbas do Ministério da Saúde. Em relação à remuneração, afirmou que os valores pagos a C. eram semelhantes àqueles dispendidos por municípios próximos, observados os níveis dos profissionais (*fls. 817 – mídia digital*).

S.R.F., contadora e assessora da provedoria, comentou sobre a parte administrativa e a gestação dos recursos da Santa Casa, explicando que a receita do hospital advinha de verbas recebidas da Federação por meio do Sistema Único de Saúde, de convênios com o Estado e de repasses do município, além de valores recebidos do plano de saúde e de atendimentos particulares. Indagada, disse que, durante o período em que V. e C. atuaram no hospital, houve melhoras na estrutura e na administração da entidade (*fls. 800 – mídia digital*).

Os médicos *J.C. L.S., D.M.F.B., A.C.F., S.M.M., D.D.C.M. e D.J.S.*, discorreram sobre a conduta presente e exigente de C. no exercício de suas funções como médico e diretor técnico. Indagados, J.C., D. e A. também mencionaram o grande volume de atendimentos realizados na Santa Casa de (...), bem como expuseram suas remunerações por cargos de coordenadoria *(J.C. - recebia a quantia aproximada de R$ 3.000,00 pelo cargo de coordenador de pronto socorro e, atualmente, percebe a monta de R$7.000,00 como coordenador da UTI; D. - recebia R$2.500,00 como coordenadora da clínica médica e R$3.500,00 como diretora operacional; A. recebe a quantia de R$15.000,00 como chefe do pronto socorro da Santa Casa de (...). Indagados, contudo, negaram que, em algum momento, tenham realizado depósitos em favor do provedor (fls. 762, 770 e 817 – mídias digitais).*

J.L., provedor da Santa Casa de (...), afirmou que C. é um médico exemplar, exercendo, em razão disso, os cargos de diretor técnico e coordenador da UTI e do pronto socorro (*fls. 770 – mídia digital*).

S.S., contador de C., afirmou que, em momento algum, o réu pediu que fosse realizada qualquer dissimulação em suas finanças (*fls. 784 – mídia digital*).

Diante de tal contexto, o delito de peculato mostrou-se bem delineado.

Ao tipificar o crime em questão, dispõe o artigo 312 do Código Penal: *"Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer*

Acesso ao Sumário

outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio (...)".

Da análise dos autos, verifica-se que o acusado V. exerceu o cargo de provedor da Irmandade da Santa Casa de (...) no período entre 06/05/2009 e 31/07/2013 (*fls. 33*), pelo qual não percebia qualquer remuneração.

Na vigência de sua provedoria, V. firmou contratos com a empresa (...) (*fls. 35/64*), por meio dos quais C. assumiu as funções de consultor e assessor médico do hospital (*fls. 35/38*), responsável técnico pelo plano de saúde (*fls. 39/40*), diretor técnico (fls. 49/53), responsável pela UTI e responsável pela rotina da UTI (*fls. 41/48, 54/55 e 56/62*).

Em análise comparativa, constata-se que, à época dos fatos, os valores recebidos por C., por meio da pessoa jurídica em questão, eram significativamente maiores do que aqueles pagos pelos congêneres da região para o exercício de funções semelhantes (*cf. ofícios das Santas Casas* (...)).

Verifica-se ainda que, entre o período de 20/01/2010 e 18/07/2011, foram realizados 16 depósitos em favor de V., por meio de contas titularizadas pela pessoa jurídica (...) e pelo próprio C. (*mídia digital e ofícios de fls. 144/147*), na monta total de R$117.450,00 (*valor atualizado, em 30.07.2015, para R$252.492,91 – fls. 378*).

Tais depósitos foram efetuados em dias próximos àqueles em que referida empresa recebeu pagamentos pelos serviços prestados à Santa Casa de (...) (*fls. 164/373*).

No mesmo período, os valores movimentados por V. apresentaram discrepância daqueles constantes da Receita Federal (*cf. mídia digital e extratos*).

Na lição da doutrina, "(...) o verbo núcleo "desviar" tem o significado, neste dispositivo legal, de alterar o destino natural do objeto material ou dar-lhe outro encaminhamento, ou, em outros termos, no peculato-desvio o funcionário público dá ao objeto material aplicação diversa que lhe foi determinada, em benefício próprio ou de outrem (...)" (*Cezar Roberto Bitencourt in Tratado de Direito Penal, Vol. 5, Parte Especial, 11ª Ed., SaraivaJur, pag. 47*)

Acesso ao Sumário

Das provas amealhadas, ficou bem demonstrado que o desvio ocorreu por meio de sobrepreço na contratação realizada pelo provedor da Santa Casa de (...) com a empresa (...). A título de exemplo, enquanto C., pelos serviços prestados entre os anos de 2010/2011, percebia a monta aproximada de R$21.000,00 mensais (afora outros valores), o profissional que assumisse as mesmas funções no Município de Araras receberia o total de R$ 16.939,36 (*fls. 868/869*). Evidente, portanto, a existência de sobrepreço na hipótese (*no caso, substancial diferença de 24%*), importando em claro dano patrimonial.

E ainda que, em virtude de uma "variação natural de preço", C. tivesse maior qualificação ou disposição à Santa Casa de (...), os altos valores pagos

pela Irmandade – frise-se, filantrópica –, somados aos depósitos realizados ao provedor da entidade durante 1 ano e meio e às discrepâncias fiscais apresentadas por V., evidenciam o caráter ilícito do esquema engendrado.

Por outro lado, as escusas apresentadas pelos réus – no sentido de que os depósitos realizados por C. teriam o cunho de auxílio econômico a V. foram frontalmente afastadas pela movimentação bancária do provedor, bem como pela aquisição de um veículo de nível superior no ano seguinte aos desvios ilícitos (*fls. 92/94*).

Nesse contexto, do conjunto probatório colhido, resta evidente que V., na qualidade de provedor da Santa Casa, por meio de contratos com sobrepreço firmados com a empresa (...), promoveu o desvio de dinheiro público para a pessoa de C., o qual retornava os valores para o corréu por meio de depósitos em conta.

E não era o caso de desclassificação da conduta para o delito de emprego irregular de verbas públicas (*artigo 315 do Código Penal*), pois o esquema de sobrepreços e conseguinte retorno dos valores ao provedor não buscou desviar as verbas públicas em benefício da Administração, mas sim em proveito próprio.

Importa ressaltar que os fatos ora analisados foram praticados após a vigência da Lei nº 9.983/2000, que acrescentou o § 1º ao artigo 327 do Código Penal e equiparou a "*funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública*".

Dessa forma, no âmbito penal, é considerado funcionário público todo aquele que exerce função pública, ainda que sem remuneração. Nesse sentido entende o C. Supremo Tribunal Federal: *"(...) A noção conceitual de funcionário público, para efeitos jurídico-penais, reveste-se, em nosso sistema normativo, de conteúdo abrangente (CP, art. 327) (...)*" (HC 72465, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 05/09/1995, DJ 24-11-1995 PP-40387 EMENT VOL-01810-02 PP-00345).

Nos termos de seu Estatuto, a Santa Casa de (...) consiste em sociedade civil de natureza filantrópica, sem fins lucrativos, que tem como objeto, dentre outras finalidades institucionais, "*manter, administrar e desenvolver atividades médico-hospitalares e para-hospitalares*" (*fls. 19/31*).

A Irmandade, ante o reconhecimento da utilidade pública dos serviços de saúde prestados, recebeu subvenções públicas destinadas à consecução de suas finalidades institucionais (*fls. 159/162*), conforme bem se verifica dos repasses realizados pela Prefeitura Municipal de (...) em 05/08/2010: "*Contribuir para a subsistência da entidade e, consequentemente, manter em funcionamento o pronto socorro e demais serviços disponibilizados à população usuária do*

Acesso ao Sumário

Sistema Único de Saúde".

Nessa esteira, diante das relevantes funções exercidas pelos réus na direção da entidade (*provedoria e diretoria técnica*), é evidente que tinham pleno conhecimento do exercício do *múnus* público exercido por V., não havendo que se falar em erro de tipo ou desclassificação da conduta. Nesse sentido, aliás, entendem os Tribunais Superiores:

> **Recurso Especial. Direito Constitucional e Penal. Conceito de funcionário público e equiparação. Art. 327, "caput" e §1º, Código Penal. Médicos e administradores de hospitais particulares participantes do sistema único de saúde. Enquadramento. (...) Os médicos e administradores de hospitais particulares participantes do sistema único de saúde exercem atividades típicas da Administração Pública, mediante contrato de direito público ou convênio, nos termos do §1º do art. 199 da Constituição da República, equiparando-se, pois, a funcionário público para fins penais, nos termos do §1º do art. 327 do Código Penal. Recurso especial provido.** (REsp 331.055/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2003, DJ 25/08/2003, p. 377).
>
> (...) 1. **A saúde é constitucionalmente definida como atividade mistamente pública e privada. Se prestada pelo setor público, seu regime jurídico é igualmente público; se prestada pela iniciativa privada, é atividade privada, porém sob o timbre da relevância pública. 2. O hospital privado que, mediante convênio, se credencia para exercer atividade de relevância pública, recebendo, em contrapartida, remuneração dos cofres públicos, passa a desempenhar o múnus público. O mesmo acontecendo com o profissional da medicina que, diretamente, se obriga com o SUS. 3. O médico particular, em atendimento pelo SUS, equipara-se, para fins penais, a funcionário público. Isso por efeito da regra que se lê no caput do art. 327 do Código Penal. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento.** (RHC 90523, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 19/04/2011, DJe-201 DIVULG 18-10-2011 PUBLIC 19-10-2011 EMENT VOL-02610-01 PP-00024 RT v. 101, n. 917, 2012, p. 572-583).

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, a condenação tanto de V. quanto de H. por peculato em continuidade delitiva era mesmo providência que se impunha, pois fartamente demonstrado que, durante o período compreendido entre janeiro de 2010 até julho de 2011, por 16 vezes, os acusados, por meio de contratos com sobrepreço, desviaram dinheiro público destinado ao custeio da saúde. Nesse sentido é o entendimento desta C. Câmara de Justiça:

> **Peculatos em continuidade delitiva. Sólidas provas material e de autoria. Narrativas de testemunhas pelas quais evidenciada a prática desses crimes. Delitos cometidos em continuidade. Condenação**

mantida. (...) (TJSP; Apelação 1000552-45.2009.8.26.0191; Relator (a): Encinas Manfré; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ferraz de Vasconcelos - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 05/05/2016; Data de Registro: 11/05/2016).

Por outro lado, no que toca ao delito de lavagem de dinheiro, melhor solução mostra-se o acolhimento do decreto absolutório.

Isso porque, na hipótese, não restou demonstrado que os acusados ocultaram ou dissimularam a origem do dinheiro desviado, conforme prevê o artigo 1º da Lei 9613/98: "Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal."

Com efeito, da análise pormenorizada do extrato bancário da conta de V. constata-se que, dos 16 depósitos realizados dentro do esquema em questão, 5 deles foram efetuados pela pessoa física de H.C. (*contas correntes com finais 3042 e 1766*), enquanto 11 o foram pela própria pessoa jurídica (*conta corrente com final 3851*). Vê-se, portanto, que apenas 30% dos depósitos identificados foram realizados pela pessoa física.

Nesse contexto, considerando que o cargo de provedor da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de (...), por expressa vedação estatutária, não possuía remuneração, conclui-se que o esquema engendrado pelos réus (*pagamento da pessoa jurídica com sobrepreço e conseguintes depósitos dos valores desviados ao provedor*) não constituiu qualquer das fases de ocultação ou dissimulação da origem do dinheiro desviado (*placement, layering, integration/recycling*), mas o próprio *iter criminis* do desvio, consistente no crime de peculato.

Não se nega que possam haver outros depósitos ou transferências ilícitas realizadas entre os réus. Contudo, restando comprovados, nestes autos, apenas os referidos 16 depósitos identificados, sendo a maior parte deles da própria pessoa jurídica contratada, melhor conclusão é que tais transferências consistiam na conclusão do desvio do dinheiro, a ensejar, portanto, a absolvição do delito de lavagem de capitais por atipicidade da conduta.

Isto posto, passa-se à análise das reprimendas dos acusados pelo delito de peculato.

Inicialmente, insta consignar que o órgão judicial, para expressar a sua convicção, pode, de forma sucinta, pronunciar-se acerca dos motivos que levaram à condenação e fundamentaram a dosimetria da reprimenda.

No caso, verifica-se que o julgado justificou todas as etapas da aplicação e individualização da pena, não havendo, pois, nulidade a ser reconhecida.

Na primeira fase, diante do desvio de dinheiro destinado à promoção da saúde pública, contribuindo para a ineficiência de atendimento médico à população carente, bem agiu o magistrado sentenciante ao aumentar as penas-

Acesso ao Sumário

base, fixando-as em **4 anos de reclusão e pagamento de 25 dias-multa.**

Contudo, assiste razão ao *Parquet* ao pleitear maior acréscimo à basilar. Com efeito, os acusados, na qualidade de provedor e diretor técnico da Santa Casa, tinham pleno conhecimento das dificuldades financeiras enfrentadas pela entidade – lembrando-se, filantrópica. E, ao invés de zelarem pelas verbas públicas destinadas ao custeio do Sistema Único de Saúde, eles, por motivos estritamente econômicos, se valeram de suas posições para garantir contratos para C. e desviar significativa monta de dinheiro em prol de V., evidenciando que agiram com maior culpabilidade.

Assim, pelos motivos alhures expostos, fixa-se a pena-base de cada um dos réus, nesta instância, 3/2 acima do mínimo legal, em **5 anos de reclusão e pagamento de 25 dias-multa, no piso mínimo.**

Na segunda fase, não reconhecidas agravantes ou atenuantes, as reprimendas permanecem sem alteração.

Na derradeira etapa, praticados os delitos por 16 vezes, ao longo de 1 ano e meio, pela continuidade delitiva (*artigo 71 do Código Penal*) o magistrado sentenciante majorou a reprimenda na fração de 1/2. Tal aumento se mostrou adequado, pois, à luz da natureza e do *modus operandi* engendrado, é certo que os delitos foram praticados por prazo significativo, porém não tão extenso a ponto de exigir o máximo legal.

Desta feita, ausentes outras modificadoras, torna-se a sanção de cada um dos réus definitiva, agora, em **7 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 37 dias-multa**, mantida cada diária no valor de 1/2 salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Diante do redimensionamento das penas e da primariedade dos réus, fixa-se o **regime inicial semiaberto** para desconto corporal, por se mostrar medida adequada ao caráter preventivo e repressivo da reprimenda.

Nessas circunstâncias, dá-se parcial provimento aos recursos defensivos para absolver V.J.G.B. e H.C.C. da imputação constante do artigo 1º, inciso V, da Lei 9.613/98, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Outrossim, dá-se parcial provimento ao recurso ministerial para readequar as reprimendas de cada um dos acusados para 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 37 dias-multa, cada diária no valor de 1/2 salário mínimo, pelo crime previsto no artigo 312, *caput*, por 16 vezes, na forma do artigo 71, *caput*, c.c. os artigos 29, 30 e 327, §1º, todos do Código Penal. No mais, mantém-se a r. sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0016818-87.2014.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que são apelantes L. J. DE A. e M. R. DOS S. B., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Por força do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292 e, mais recentemente, na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43, uma vez encerrado o julgamento e ultrapassados os prazos dos recursos ordinários, providencie-se de imediato as comunicações necessárias para que se dê início ao cumprimento das penas, expedindo-se os competentes mandados de prisão", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.905)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), REINALDO CINTRA e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 16 de maio de 2018.

OTAVIO ROCHA, Relator

Ementa: Apelação Criminal – Estupro de vulnerável (art. 217-A, "caput", do Cód. Penal) e satisfação de lascívia na presença de criança ou adolescente (art. 218-A, CP) – Recurso defensivo visando unicamente o reconhecimento da nulidade do feito em razão de suposto cerceamento de defesa, que teria consistido na deficiência da defesa técnica exercida pelo advogado que representou os sentenciados durante a instrução probatória – Prejuízo aos réus que não foi comprovado – Inteligência da Súmula 523, do Supremo Tribunal Federal – Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformados com a decisão proferida pelo i. Juiz da 3ª Vara Judicial da Comarca de Votuporanga às fls. 162/164, por meio da qual o sentenciado L. foi condenado pela prática dos delitos dos artigos 217-A, *caput*, cc. artigo 14, inciso II, e 218-A, todos do Código Penal, ao cumprimento de 9 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e a sentenciada M. apenas pela prática deste último delito, ao cumprimento de 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, em

regime inicial fechado, contra ela insurgiram os próprios sentenciados (fls. 175 e 176, respectivamente), arrazoando o apelo a i. Defensora comum de ambos às fls. 179/181.

Sustenta a i. Defensora, exclusivamente, que deve ser reconhecida a nulidade do feito, a partir da audiência de instrução debates e julgamento, porquanto "*os apelantes tiveram seus direitos cerceados e foram condenados por inépcia do advogado" (fl. 181), consistente em "não peticionar as provas relevantes ao processo, como vídeos, boletins de ocorrência, áudios e rol de testemunhas para depor em audiência*" (fls. 180/181). Não formula qualquer pedido relacionado ao mérito.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 188/194), o parecer da E. Procuradoria de Justiça Criminal é pelo seu "*conhecimento e desprovimento do recurso de L. e conhecimento e parcial provimento da apelação de M.*" (fls. 205/206), apenas para afastar a reincidência desta última, com a consequente redução de sua pena.

É o relatório.

Não procede o pleito anulação do feito – a partir da audiência de instrução, debates e julgamento (fls. 148/149) – deduzido na peça de sustentação do apelo.

Conforme bem assinalado pelo i. Procurador de Justiça oficiante, Dr. Nelson Lacerda Gertel, em seu judicioso parecer de fls. 202/206, "*Assoma do caderno processual que o advogado [inicialmente] constituído [Dr. João David Martinez - OAB/SP n. 329.918] apresentou defesa (fls. 112 e 130), participou ativamente de audiência (fl. 148) e apresentou alegações finais com análise das provas e postulando absolvição (fl. 154). Não consta que os acusados tenham indicado ou oferecido provas para este causídico e diante das singelas alegações de nova e dedicada defensora (fl. 180), sua atuação não pode ser considerada deficiente*" (fl. 203).

De fato, a mera indicação, pela nova Defensora dos sentenciados, da existência de supostas "provas relevantes ao processo" (fl. 180), sem especificação do respectivo conteúdo e do suposto prejuízo decorrente de sua não juntada aos autos, evidentemente não pode dar azo ao reconhecimento de nulidade alguma, mormente com base na alegação de cerceamento de defesa, sequer remotamente caracterizado.

Acesso ao Sumário

Incide na espécie a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, do seguinte teor: "*No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*".

Por outro lado, não procede o argumento do i. Procurador de Justiça oficiante no sentido de que a *reincidência* de M. deve ser afastada (v. fl. 205), por não ser a sua folha de antecedentes criminais (fls. 2/7 do apenso próprio) apta a comprovar a existência da condenação anterior nela documentada (referente ao delito do artigo 136 do Código Penal, Processo Criminal nº 5812/2004).

Com efeito, a jurisprudência brasileira já assentou o entendimento de que é despicienda a juntada de certidão cartorária (de "objeto e pé") para comprovar os *maus antecedentes* ou a *reincidência*, devendo-se admitir para tanto, inclusive, informações extraídas das bases de dados informatizados dos Tribunais.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados [sem negrito nos originais]:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. REINCIDÊNCIA COMPROVADA. VALIDADE DA FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS EXPEDIDA PELO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL PARA ESSE FIM. PRECEDENTE DA CORTE. ORDEM DENEGADA. I - Neste writ, alega-se que a folha de antecedentes expedida pelo Departamento da Polícia Federal não é documento hábil para comprovar a reincidência do paciente, o que somente poderia ser atestado mediante certidão cartorária judicial. II -* ***A legislação estabelece apenas o momento em que a reincidência pode ser verificada (art. 63 do CP), sem, contudo, exigir um documento específico para a sua comprovação.*** *Precedentes. III - A sentença condenatória ora em exame é de 3/9/2008 e a certidão indica que o trânsito em julgado da condenação anterior ocorreu em 2/12/2003. Portanto, na data da nova condenação, o paciente ainda era tecnicamente reincidente, nos termos da legislação penal aplicável. IV - A folha de antecedentes criminais expedida pelo Departamento de Polícia Federal no Estado de Mato Grosso do Sul é formal e materialmente idônea para comprovar a reincidência do paciente, porquanto contém todas as informações necessárias para tanto, além de ser um documento público, com presunção iuris tantum de veracidade. V - Ordem denegada." (STF, HC 103969, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-04 PP-00752 RJP v. 6, n. 36, 2010, p. 109-112 RSJADV dez., 2010, p. 43-46).*

> *"A jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido" (STJ, AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 19/5/2015, DJe 29/5/2015).*

Considerando-se, pois, que havia lastro probatório suficiente para embasar o julgamento de procedência da ação penal, e porque o i. Julgador aplicou reprimendas bem ajustadas à espécie, fixando regime inicial adequado para o seu cumprimento, deve ser repelido o inconformismo dos sentenciados, para que seja a r. decisão recorrida mantida na íntegra.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Por força do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos

Acesso ao Sumário

do *Habeas Corpus* nº 126.292[2] e, mais recentemente, na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43[3], uma vez encerrado o julgamento e ultrapassados os prazos dos recursos ordinários, providencie-se de imediato as comunicações necessárias para que se dê início ao cumprimento das penas, expedindo-se os competentes mandados de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010851-80.2016.8.26.0635, da Comarca de São Paulo, em que é apelante L. A. DA S. C., 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: "afastada a preliminar, CONHECERAM e NEGARAM PROVIMENTO ao recurso de apelação, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos. Decorrido o prazo para recurso ordinário, expeça-se mandado de prisão em nome do réu. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.914)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente) e FREITAS FILHO.

São Paulo, 23 de maio de 2018.

FERNANDO SIMÃO, Relator

Ementa: Estupro de vulnerável – Recurso defensivo alegando, em preliminar, a nulidade da sentença – No mérito, pretensão de absolvição por insuficiência

2 Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016).

3 Decisão: "O Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 05.10.2016" (ADC nº 43, Rel. o Min. MARCO AURÉLIO, j. em 05.10.2016 - ATA Nº 29, de 05/10/2016. DJE nº 216, divulgado em 07/10/2016). A página do STF na Internet noticiou no último dia 11.11.2016 o seguinte: "Por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida. Assim, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias".

Acesso ao Sumário

probatória – Preliminar afastada – Denúncia que observou as formalidades legais – Mérito – Provas francamente incriminadoras – Declarações seguras prestadas pela vítima, que, em razão da tenra idade, não teria condições de fantasiar fatos dessa natureza – Versão da vítima corroborada pela prova oral colhida e pelo relatório de avaliação psicológica – Crimes praticados em continuidade delitiva – Pena e regime fixados com critério – Negado provimento.

VOTO

Adotado o relatório da r. sentença de fls. 285/293, acrescenta-se que o réu L.A.S.C. foi condenado, como incurso no art. 217-A do Código Penal, à pena de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, não tendo sido concedido o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, apela o réu, sustentando, em preliminar, a nulidade da sentença, sob o argumento de que ela foi proferida com base em uma denúncia inepta. No mérito, pleiteia a absolvição por insuficiência probatória.

Regularmente processado o recurso, nesta instância, o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento do apelo (fls. 364/387).

É o relatório.

Não merece prosperar a preliminar suscitada nas razões de apelo.

Ao contrário do que sustenta a douta defesa, não se vislumbra qualquer vício na inicial acusatória, na medida em que ela descreveu de maneira lógica e compreensível a conduta pela qual o apelante foi denunciado, bem como todas as circunstâncias, cumprindo as formalidades legais, de acordo com o art. 41 do Código de Processo Penal, enquadrando-se a exposição do fato a ele imputado no crime de estupro de vulnerável, em continuidade delitiva.

Da denúncia consta que os fatos foram praticados por diversas vezes, em datas não precisas e, inclusive no dia 06.11.2016, quando o réu foi preso em flagrante delito. E só não foram discriminadas as datas e horários de todos os crimes porque a vítima, de pouca idade, não conseguiu detalhá-los, o que não pode beneficiar o réu.

Disto resta evidente que todos os princípios do processo legal foram observados, não havendo se falar em inépcia da denúncia e, por consequência, em nulidade da sentença.

A par disso, a alegação de inépcia da peça acusatória só pode ocorrer enquanto não houver sentença de mérito.

Nesse sentido:

Acesso ao Sumário

> "O STF tem entendido que, antes da condenação, é inepta a denúncia que não contém a descrição do crime (C.P.P., art. 43, I). Depois da sentença condenatória, entretanto, não pode ser alegada a inépcia da denúncia, senão de um defeito da sentença, que se baseou numa peça acusatória defeituosa. Assim, deve ser atacada, depois da condenação, a sentença, quanto à sua existência, validade, eficácia etc. Se a denúncia é inepta e o juiz julgou procedente a pretensão punitiva nela contida, deve ser atacada a sentença e não a denúncia (RTJ 84/425). Como se vê, a inépcia da denúncia só pode ser alegada enquanto não houver sentença de mérito (TJSP – RT 451/340; STF – H.C. 68.211 – DJU 14.12.90 – p. 15.110; H.C. 73.271 – RTJ 168/896 – H.C. 73.596 – RTJ 166/560 – H.C. 77.912 – RTJ 168/291; STJ – AgReg 49.582 – 6ª Turma – DJU 23.5.94 – p. 12.638; TJMT – Acrim 28358 – RT 721/494" (**in** Código de Processo Penal Anotado – Damásio E. de Jesus – Ed. Saraiva – 18ª edição, 2002 – pág. 56).

Assim, ausente nos autos qualquer nulidade a ser reconhecida.

Afastada a preliminar, no mérito, tem-se que o ilustre magistrado de primeiro grau bem analisou todas as provas carreadas para os autos, produzidas com observância de todos os princípios legais garantidores do devido processo legal, mostrando-se absolutamente certas a autoria e materialidade delitiva.

Com efeito, a vítima E., com 07 anos de idade à época do último delito, confirmou, tal como fez na delegacia, que foi molestada sexualmente pelo réu (...), namorado da sua tia K. Disse que, no dia dos fatos, voltava de uma festa com sua mãe e ficou na casa da avó, enquanto sua genitora saiu para buscar seu irmão menor. A tia morava nessa casa, juntamente com o réu, e ela tinha ido dormir no quarto do andar de cima. Enquanto isso, ficou vendo filme na sala, até que dormiu. "(...)" carregou-a até o quarto que fica ao lado da sala e, lá, abaixou as suas calças e as dele. Contou que isso aconteceu por várias vezes, desde quando a sua avó era viva. "(...)" encostava o pênis na sua "bunda".

Sabidamente, em se tratando de crime contra os costumes, a fala da vítima, quando coerente, como é o caso dos autos, merece credibilidade.

Acesso ao Sumário

A doutrina afirma que *"(...) há oportunidades em que a palavra do ofendido alcança extremo valor probante, principalmente nos delitos praticados na clandestinidade, quando estão ausentes testemunhas presenciais da cena criminosa. Tal situação é comum nos crimes contra a dignidade sexual (p. ex.: estupro etc.) e, ainda no crime de roubo, delitos estes que, por sua natureza, em regra, só participam o agente e a vítima (TJSP, Ap. nº 139.718-3, Rel. Des. Celso Limongi, j. em 03.03.94; TJSP, Ap. nº 110.070-3, Rel. Des. Denser de Sá, j. 09.09.91; RT 737/624: RJDTACRIM 2/135)."* (Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, Curso de Processo Penal, Editora Forense, 6ª edição, p. 343).

Nesse sentido:

ESTUPRO - TENTATIVA - DECLARAÇÕES DA VÍTIMA SEGURAS E COERENTES - OCORRÊNCIA DO DELITO. Nos crimes contra os costumes, geralmente cometidos na clandestinidade, o depoimento da vítima, corroborados por elementos probatórios dos autos, é suficiente para embasar o decreto condenatório.

(Apelação 9115810-89.2008.8.26.0000, rel. Willian Campos, 4ª Câmara de Direito Criminal, data do julgamento: 29/03/2011).

E suas declarações foram corroboradas pelo depoimento prestado por sua mãe, a testemunha K., que afirmou ter presenciado os fatos praticados pelo réu, e pelo relato da policial, que com ela manteve contato logo após o ocorrido.

Ela narrou que, no dia dos fatos, estava voltando da festa do primo do seu namorado e deixou a sua filha na casa da avó, onde se encontravam o réu e a sua irmã K., enquanto foi buscar seu filho menor na casa do pai. O réu tinha acabado de tomar banho e a sua irmã estava no andar de cima, com o filho. Sua filha ficou estranha ao encontrar o acusado, mas disse que para ela deitar no sofá e pegar uma coberta. Retornou cerca de vinte minutos depois. A porta estava trancada, mas como o trinco era de madeira, conseguiu abrir. O sofá estava vazio e a televisão ligada. Ao olhar no quarto, escutou um gemido e viu o réu com a calça abaixada até o joelho. Em um primeiro momento, pensou que ele estivesse com sua irmã, mas, ao olhar de novo, viu sua filha, de quatro, entre as pernas dele, com a calça abaixada até o joelho. Acendeu a luz e perguntou o que estava acontecendo. O réu rapidamente levantou a calça e disse que não era nada. Chamou sua irmã, que perguntou para o réu o que tinha acontecido. O réu disse estava no quarto mexendo no celular, enquanto a vítima falava de escola para ele. Sua irmã K. acreditou no companheiro. Afirmou que não havia briga anterior entre ela e a irmã ou o acusado. Havia notado que a vítima aparentava sentir medo de ficar perto do réu. Sua filha ficou sozinha com o réu por várias vezes, porque ele foi morar no local logo depois da morte da avó, há dois anos. A vítima também contou que o réu já havia pedido para apalpar o pênis dele e que ele já tinha tocado nela. Quando voltava do Hospital Perola Byinton, seu irmão G. contou-lhe que, certa vez, levantou-se da cama e viu o réu mexendo nas partes íntimas da vítima. O réu disse que o exame não ia dar em nada "porque não chegou a penetrar".

A policial militar Anna, por sua vez, relatou ter sido acionada para atendimento de ocorrência versando sobre tentativa de linchamento de um homem que teria estuprado uma criança. Lá, conversaram com o réu, que concordou em ser conduzido ao distrito policial. Disse que conversou com a criança, que lhe contou que o réu a havia colocado na cama, tirado a sua roupa, colocado-a de quatro e "transado" com ela. A vítima parecia assustada, mas não se esquivou de responder às perguntas. Ela manteve relato coerente e afirmou que os abusos tinham ocorrido várias vezes. Também conversou com a mãe, que

Acesso ao Sumário

disse ter encontrado a filha na cama, de quatro, com o réu atrás, com as calças abaixadas, fazendo movimentos típicos de relação sexual. O réu estava calmo, negou o ocorrido e pediu para que fosse feito o exame. Recordou-se de a vítima ter dito que o réu tinha colocado o "pinto" no seu "bumbum".

Não há motivos para se desacreditar dos relatos das testemunhas, até mesmo porque coesos e harmônicos, na mesma linha do que disseram na fase inquisitiva.

Frise-se, ainda, que a tenra idade da vítima não lhe permitiria fantasiar fatos dessa natureza, sendo oportuno destacar, ainda, em nenhum momento ela teve dúvidas em atribuir ao réu a prática do delito, tendo confirmado os fatos inclusive às profissionais que elaboraram os estudos social e psicológico.

À Assistente Social Judiciário, contou a vítima que "*gosta da tia C. e "da tia K. não porque ela estava colocando a nenê pra ninguém entrar e pegar o (...). Porque o (...) me colocou de quatro e fez as coisas*"." (fls. 162/162).

E a Psicóloga assim destacou em seu relatório: "*Questionada se conhecia o motivo da presente avaliação, a criança respondeu afirmativamente e mencionou o tio (...) (Sr. L.), fazendo o seguinte relato da situação abusiva: "A minha mãe falou assim que nós ia pra uma festa. Nós ia chegar a noite e chegamos eu ia brincar com a D.. Eu estava brincando com a D., minha amiga. A minha mãe falou para eu descer e falou: 'E. deita ali no sofá e dorme'. (...) Eu fui e deitei no sofá e estava assistindo filme, estava começando o comercial. Aí o (...) me deixou de quatro, tirou minhas calças e fez comigo". (...) Afirmou ainda que o tio (...) tirava sua roupa e "se esfregava" nela com seu pênis, sendo que isso já tinha acontecido "muitas vezes" antes ("muitas vezes, até no dia quando minha avó estava viva")*." (fls. 170/171).

Aliás, a avaliação psicológica, que não se restringiu à vítima, já que foram entrevistados também a sua genitora (testemunha K.) e o réu, além de mencionar a confirmação do relato de abuso pela vítima, também fez referência a falas ambíguas do réu, fazendo as seguintes conclusões:

"A criança E. demonstrou sofrimento emocional, além de apresentar sinais de que há falhas quanto ao atendimento de suas necessidades materiais e emocionais. Mesmo com dificuldade para abordar o assunto, confirmou seu relato quanto à situação abusiva. A criança foi encaminhada ao Serviço de Proteção à Criança e Adolescentes Vítimas de Violência – SPVV "Pequenos Girassóis", conforme documentos anexos.

A genitora, Sra. K., relatou com segurança a cena em que viu a situação abusiva, bem como alguns sintomas observados na filha. Mostrou-se emocionada ao relatar o que se passou com a criança.

Sr. L. negou categoricamente as acusações de abuso, fazendo um discurso em que procurou desqualificar a criança, sua mãe e sua família. Contudo, em

Acesso ao Sumário

alguns momentos fez falas ambíguas que apresentam o sentido de confirmação da ação abusiva." (fls. 175).

Desta forma, as declarações da vítima, os depoimentos das testemunhas e os relatórios social e psicológico convergem e bem elucidam os fatos, possibilitando, sem a existência de dúvida, o desate condenatório do réu.

De outra banda, a negativa judicial do réu, além de isolada, não convenceu.

Nítida a sua intenção de se eximir da responsabilidade que sobre ele recai, argumentando em sua defesa versão pouco crível e desprovida de amparo probatório. Nem mesmo ele negou que estivesse no mesmo ambiente que a vítima, quando a mãe desta retornou e, mais, apresentou versões não coincidentes nas oportunidades em que ouvido.

O depoimento da testemunha de defesa K., que mantém relacionamento afetivo com o réu, também não foi suficiente para afastar a responsabilização deste, porquanto ela nada presenciou acerca dos fatos. A própria testemunha admitiu que estava no andar de cima, em seu quarto, quando foi chamada pela sua irmã, que falou ter visto o réu abusando da vítima. Ela também confirmou que a vítima estava na cama e não no sofá, vendo televisão, como havia visto, antes de subir para o seu quarto.

Também não há nos autos prova a demonstrar injusta incriminação por parte da vítima ou de sua genitora. O réu e a testemunha K. alegaram que a genitora da vítima queria tirar o acusado da casa da avó, falecida, de qualquer jeito, mas nenhuma prova foi produzida nesse sentido. Aliás, a testemunha K. disse, em juízo, que, antes do processo, tinha um bom relacionamento com a sobrinha. A testemunha K., por sua vez, afirmou durante a avaliação psicológica que considerava o réu uma pessoa boa, trabalhadora, motivo pelo qual se surpreendeu com o ocorrido. Tivesse algo contra o réu, por certo não deixaria que a filha frequentasse a casa da avó, onde o réu morava, o que demonstra que ela nenhum motivo tinha de acusá-lo injustamente.

A alegação da defesa de que, se o G. (irmão da mãe da vítima) realmente tivesse contado ter visto, certa vez, o réu mexendo nas partes íntimas da vítima, a mãe "*jamais teria deixado novamente sua filha com L.*" (fls. 316), não prospera. A testemunha K. deixou claro que somente ficou sabendo desse fato depois que surpreendeu o réu praticando o delito tratado nestes autos.

Também em nada favorece o apelante o resultado do laudo de fls. 191/193, que concluiu pela não ocorrência de conjunção carnal. Como bem ressaltado na r. sentença, "*A preocupação que o réu demonstrou com a confecção de um lado para apontar a inexistência de vestígios materiais (fls 172 e depoimentos de K. e de A.), como se o exame negativo fosse a prova de sua inocência, indica o cuidado em se limitar a atos libidinosos que não deixam vestígio, como realmente ocorreu*." (fls. 292).

Acesso ao Sumário

Assim, outra solução não poderia advir, senão pela condenação do recorrente pelos crimes a ele imputados na denúncia, não havendo se falar em absolvição por insuficiência probatória. O crime de estupro de vulnerável restou bem tipificado e comprovado.

Acertada a aplicação da regra da continuidade delitiva, por estarem presentes os pressupostos do art. 71 do Código Penal. Os crimes são da mesma espécie e eles foram praticados em condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, frisando que, por reconhecer a ausência de prova segura quanto ao número de estupros, a douta magistrada *a quo* optou pelo aumento pela continuidade delitiva no patamar mínimo.

A pena foi criteriosamente dosada e bem justificada, considerando as circunstâncias em que os fatos se deram, bem como as condições pessoais do apelante.

A pena base foi fixada no mínimo legal e, na segunda fase, foi corretamente reconhecida a circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, aumentando-se a pena de 1/6 (um sexto).

Em razão da continuidade delitiva, foi operado o aumento mínimo de 1/6 (um sexto).

O regime inicial fechado para o cumprimento da pena do crime de estupro é o adequado, porquanto o crime atribuído ao apelante é hediondo. E quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade indisfarçavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública.

A propósito, já se decidiu:

> CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. HEDIONDEZ DO DELITO. NÃO AFASTAMENTO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA FIXADO POR LEI. LEI 11.464/2007. RECURSO PROVIDO.
>
> I. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda quando cometidos em sua forma simples ou com violência presumida, enquadram-se na definição legal de crimes hediondos, recebendo essa qualificação ainda quando deles não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima.
>
> II. Com o advento da Lei 11.464/2007, que deu nova redação ao § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, ficou estabelecido o regime inicialmente fechado de cumprimento das penas por crimes ali previstos.
>
> III. Precedentes.
>
> IV. Recurso provido, nos termos do voto do Relator.
>
> (REsp 1205790 / RS, rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, data do julgamento: 01/03/2011)

Diante dos lúcidos fundamentos da r. sentença condenatória, dizer mais seria redundância desnecessária, frisando que a hipótese é da manutenção integral, sob os fundamentos jurídicos constantes a fls. 285/293.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, por meu voto, afastada a preliminar, CONHEÇO e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos. Decorrido o prazo para recurso ordinário, expeça-se mandado de prisão em nome do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1500055-29.2017.8.26.0567, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes/apelados CAROLINE PRATES DOS SANTOS, FLAVIO DEL RIO MOYSES e FELIPE SILVA DO PRADO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos apelos defensivos e dou parcial provimento ao apelo ministerial para o fim de condenar FELIPE SILVA PRADO, CAROLINE PRATES DOS SANTOS e FLAVIO DEL RIO MOYSES às penas de 08 (oito) anos de reclusão, a ser descontada no regime inicialmente fechado, e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, no piso, por incursos no artigo 33, *caput* e no artigo 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal e mantendo-se, no mais, a r. sentença atacada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Cumpra-se o determinado no parágrafo único do artigo 1º da Resolução CNJ 113/2010, comunicando-se a modificação ao Juízo da Execução. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.484)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e COSTABILE E SOLIMENE.

São Paulo, 24 de maio de 2018.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico e associação para o tráfico. Sentença condenatória para o tráfico, reconhecido o privilégio e absolutória quanto à associação. Apelam as partes. Defesas buscam, em síntese, absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, desclassificação para porte para uso. Se diverso o entendimento, requerem a majoração da fração do privilégio, a fixação de regime diverso do fechado e a substituição da pena

Acesso ao Sumário

privativa de liberdade. Ministério Público busca a condenação pela associação para o tráfico, o afastamento do redutor e o perdimento do veículo apreendido. Autoria e materialidade bem delineados para ambos os delitos. Prisão em flagrante. Laudo toxicológico confirmou a natureza estupefaciente das substâncias. Versão dos policiais segura e harmônica imputa a responsabilidade criminal aos acusados. O só-fato de usuário não inviabiliza o reconhecimento do crime de tráfico. Finalidade de mercancia demonstrada. Versões dos acusados apresentam importantes inconsistências. As condutas dos apelantes afiguram-se como típicas, ilícitas e culpáveis. Associação estável e permanente de todos para a prática de narcotráfico, de forma organizada e hierarquizada. Divisão de tarefas bem evidenciada. Condenação nos termos da denúncia era inevitável. Nova dosimetria. Penas-bases fixadas no mínimo sem qualquer alteração superveniente. Concurso material. Regime fechado é o único adequado à espécie. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade. Veículo apreendido pertence a terceiro não envolvido com o crime e não existe comprovação de que fosse utilizado costumeiramente para o objetivo ilícito. Sentença parcialmente reformada. Recursos defensivos improvidos e recurso ministerial parcialmente provido.

VOTO

Tratam-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelas doutas defesas de FELIPE SILVA PRADO, CAROLINE PRATES DOS SANTOS e FLAVIO DEL RIO MOYSES, contra r. decisão proferida do MM. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba, de 08 de agosto de 2017, cujo relatório acolho, que condenou os acusados às penas de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, no piso, por incursos no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, absolvendo-os da imputação de incursos no artigo 35, *caput*, da Lei de Drogas, nos termos do artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal e, ainda, negando-lhes o direito de recorrerem em liberdade (fls. 331/344).

O ilustre membro do *parquet*, em suas razões, protesta pela condenação

Acesso ao Sumário

também pelo crime de associação para o tráfico, bem como pelo afastamento do redutor e pela decretação do perdimento do veículo apreendido (fls. 361/374).

A douta defesa de CAROLINA e FLÁVIO pugna pela absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, pela aplicação máxima do redutor do tráfico privilegiado, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. 390/397 e 402/409).

A defesa de FELIPE, por sua vez, pretende a desclassificação para a conduta do artigo 28 da Lei de Drogas, a aplicação da fração máxima de redução pelo privilégio e a fixação de regime diverso do fechado (fls. 456/463).

Contrarrazões ministeriais às fls. 468/470 nas quais foram reiteradas as alegações finais de fls. 265/273 e rebatidas as demais arguições. Contrarrazões defensivas às fls. 386/389, 398/401 e 447/454.

Regularmente processado, o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo provimento do apelo ministerial e improvimento dos recursos defensivos (fls. 482/489).

Vieram os autos conclusos em 22 de janeiro de 2018 fls. 490).

É o relatório, passo a decidir.

Antes de adentrar ao mérito, impõe-se responder ao ofício de fls. 491/502 que diz respeito à recomendação exarada no *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP do Supremo Tribunal Federal, no sentido de substituir a prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças com até 12 anos ou deficientes sob sua guarda, com as exceções previstas do voto do Exmo. Min. Ricardo Lewandowski.

Não obstante referida comunicação, é certo que a análise do pedido se mostra prejudicada em virtude do julgamento que se inicia, na medida em que, sobrevindo condenação em segunda instância, a prisão deixa de possuir caráter preventivo, conforme decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 126.292/SP.

No mérito, a r. sentença comporta reparos.

Consoante narra a denúncia (fls. 109/113) e seu aditamento (fls. 216/221), no dia 02 de março de 2017, por volta das 14h, no estabelecimento comercial situado na Rua Mario Soave, nº 264, Central Parque, cidade e comarca de Sorocaba, FELIPE SILVA PRADO, CAROLINE PRATES DOS SANTOS e FLÁVIO DEL RIO MOYSES, vulgo

"Marola", agindo em concurso, com identidade de propósitos, tinham em depósito, para fins de comercialização, 14 (quatorze) porções de maconha (Cannabis sativa L), 17 (dezessete) porções de cocaína e 25 (vinte e cinco) porções de cocaína, na forma de crack, sem autorização da autoridade competente e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Acesso ao Sumário

Narra também, a exordial acusatória, que, na mesma ocasião, no imóvel situado na Rua José Marte, nº 141, Piazza de Roma, cidade e comarca de Sorocaba, CAROLINE PRATES DOS SANTOS e FLÁVIO DEL RIO MOYSES, agindo em concurso com identidade de propósitos, tinham em depósito, para fins de comercialização, 20 (vinte) porções de maconha (*Cannabis sativa L*) e 20 (porções) de cocaína, sem autorização da autoridade competente e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Consta, por fim, que, na ocasião dos fatos, nesta cidade e comarca, FELIPE SILVA PRADO, CAROLINE PRATES DOS SANTOS, e FLÁVIO DEL RIO MOYSES encontravam-se associados para a prática reiterada de tráfico de drogas.

Segundo o apurado, CAROLINE e FLÁVIO são conviventes e se dedicavam, em conjunto com FELIPE, à prática de tráfico de drogas.

Para isso, CAROLINE e FLÁVIO mantinham em depósito "maconha" e cocaína em sua casa, assim como forneciam para terceiros, dentre eles o acusado FELIPE, que vendia os entorpecentes para os dois primeiros no estabelecimento denominado "Boteco da Vila", de propriedade de FLÁVIO.

Assim, havia um vínculo entre os três indivíduos para a prática reiterada do tráfico de drogas.

Na ocasião dos fatos, policiais militares receberam informação, via disk-denúncia, de que os acusados se dedicavam ao tráfico há cerca de três meses no referido bar. Foram informados, ainda, que os entorpecentes eram fornecidos por FLÁVIO, proprietário do estabelecimento, e lá vendidos por FELIPE, que atuava como seu "funcionário" no tráfico. Por fim, as informações também davam conta de que CAROLINE utilizava um veículo *GM/Agile* de cor prata para fazer diariamente a "recolha" do dinheiro das vendas, sempre por volta das 14h e 15h.

Diante disso, no dia da prisão, por volta das 14h, diligenciaram em frente ao bar e presenciaram CAROLINE chegando com o veículo *GM/Agile*, placa ERB-1137 de Sorocaba/SP, cor prata, e FELIPE indo até ela entregar alguma coisa. Neste momento, realizaram a abordagem e verificaram que FELIPE havia entregado R$ 740,00 (setecentos e quarenta reais) em dinheiro e um bilhete com a inscrição "v.37 – 740".

Nada foi localizado no carro e, no bar, os policiais encontraram 14 (quatorze) porções de maconha, 17 (dezessete) de cocaína e 25 (vinte e cinco) de crack, escondidas em um suporte para garrafa de cerveja.

Durante a abordagem CAROLINE confirmou aos policiais que o dinheiro apreendido era proveniente da "recolha" da venda de drogas do dia anterior, bem como que a expressão "v.37 – 740" significava a venda de 37 porções de entorpecentes, num total de R$ 740,00 (setecentos e quarenta reais), exatamente

Acesso ao Sumário

o valor que ela trazia consigo.

Por seu turno, FELIPE também confessou que trabalhava para FLÁVIO no comércio de drogas no "Boteco da Vila", bem como que CAROLINE era a responsável pelo recolhimento dos lucros das vendas ilícitas.

Diante disto, os agentes de segurança foram ao endereço de CAROLINE e FLÁVIO, onde este último franqueou a entrada da equipe. Após buscas, os policiais encontraram, no guarda-roupa do quarto do casal, outras 20 (vinte) porções maconha e 20 (vinte) de cocaína, idênticas às localizadas no bar.

Em razão disso, foi dada voz de prisão em flagrante aos 03 indivíduos, com suas conduções ao plantão policial para lavratura do respectivo auto.

Realizado exame de constatação provisória nas drogas apreendidas, verificou-se que as porções de maconha tinham o peso líquido total de 217,60g (duzentos e dezessete gramas e sessenta centigramas), as porções de crack tinham o peso líquido total de 09,18g (nove gramas e dezoito centigramas) e as porções de cocaína tinham o peso líquido total de 13,26g (trezes gramas e vinte e seis centigramas).

A materialidade veio estampada no auto de prisão em flagrante (fls. 01/04), no Boletim de Ocorrência (fls. 21) no auto de exibição e apreensão (fls. 16/17), nas fotografias das drogas (fls. 27/29) na prova oral produzida e nos positivos laudos de constatação (fls. 31/33) e de exame químico toxicológico (fls. 137/140), os quais confirmaram a natureza entorpecente das substâncias apreendidas.

A autoria, por sua vez, é certa.

Os depoimentos judiciais foram gravados em mídia que acompanham os autos digitais.

A testemunha *Jailson do Nascimento*, policial militar, narrou que, na data dos fatos, recebeu através do disque-denúncia informação de que o estabelecimento comercial "Boteco da Vila" era ponto de venda de entorpecentes, promovido FLÁVIO, vulgo "Marola", sua esposa CAROLINE e o funcionário do bar, FELIPE. Asseverou que eram recorrentes as informações de que "Marola" era traficante e tinha como ponto o bar, motivo pelo qual estavam realizando investigações. Contou que, três meses antes dos fatos, havia sido realizada operação no bar, mas nada de ilícito foi encontrado na época, tendo continuado com as investigações. Tomaram conhecimento, então, de que CAROLINE ia para a academia por volta de 14h, mas, antes, passava no local para recolher o dinheiro do tráfico. No dia dos fatos, viram o veículo da acusada estacionado em frente ao Boteco, momento em que, na companhia de seu colega, observaram FELIPE entregar uma quantia em dinheiro para ela, dentro do carro. Realizaram a abordagem logo em seguida, aproximadamente 1km de distância do bar. Revistaram o automóvel e não encontraram nada de ilícito, mas presenciaram

Acesso ao Sumário

CAROLINE guardar algo em sua calça. Neste momento, a acusada começou a chorar e confessou a traficância. Entregou o dinheiro (R$ 740,00) e, junto, um pequeno papel com uma anotação de quantidade (37) e valor, relatando que cada porção de entorpecente era vendido por R$ 20,00 (vinte reais). Afirmou que estava desempregada e vivendo com o marido em virtude do dinheiro do tráfico, sendo que sua tarefa era passar no bar e recolher o valor recebido por FELIPE, a quem pagavam R$ 500,00 (quinhentos reais) semanais para cuidar do bar e vender as drogas que eles forneciam. Revistaram o boteco e encontraram, dentro de um isopor, aproximadamente 25 (vinte e cinco) porções de cocaína. Outra equipe policial diligenciou no imóvel do casal. Asseverou que FELIPE também confirmou a versão de CAROLINE e ficou sabendo que a outra equipe encontrou drogas na casa de CAROLINE e FLÁVIO, embaladas da mesma forma que aquelas encontradas no bar.

No mesmo sentido as declarações de *Anderson Fogaça Soares*, policial militar. Asseverou, ainda, que as anotações do bilhete, "V 37" e "740", significa que tinham vendido 37 porções e arrecadado R$ 740,00 (setecentos e quarenta reais). Após as diligências com CAROLINA e FELIPE, narrada por seu colega, seguiu até a residência de CAROLINE e FLÁVIO para acompanhar a outra equipe da força tática, que revistaria o local. Tiveram a entrada franqueada por FLÁVIO e, no guarda-roupa do casal, localizaram algumas porções de maconha e cocaína em embalagens idênticas às das drogas encontradas no Boteco. Questionado, FLÁVIO se manteve calado durante todo o tempo.

Maurício Fernandes, policial militar, contou ter sido acionado para apoiar outra viatura que estava em ocorrência de tráfico, e ficou responsável por buscar um policial e ir até a residência dos acusados. FLÁVIO estava na companhia de um pedreiro. O policial *Fogaç*a foi quem localizou os entorpecentes no interior da casa.

Márcio Jacometti, também policial militar, aderiu à versão de seu colega *Maurício Fernandes.*

A testemunha de defesa, *Gérson Luiz Teixeira* era o pedreiro que estava em serviço na residência de FLÁVIO na hora da chegada dos policiais. Mandou que sentasse na garagem, onde esperou por aproximadamente uma hora até ser dispensado. Durante este tempo, negou que tenha sido encontrada qualquer droga. Não permaneceu até o final.

As testemunhas Priscilla Ribeiro da Silva, Inês Leandro Turíbio Marques, Eneias Oliveira e Mônica Cristina Marcondes Bastos não presenciaram os fatos. Limitaram-se a dizer que nunca tiveram conhecimento de que o casal estivesse envolvido com o tráfico, bem como esclarecer que CAROLINE trabalhou como representante comercial de produtos de beleza e FLÁVIO atuava como representante de uma marca de pisos, além de possuir um bar que era arrendado

Acesso ao Sumário

para outra pessoa.

Os acusados apresentaram suas versões em ambas as fases da persecução penal.

Interrogada em solo policial, CAROLINE PRATES DOS SANTOS asseverou que saiu da escola de sua filha e passou no bar para receber o dinheiro do aluguel, uma vez que arrenda o bar ao FELIPE. Contou que foi abordada pelos policiais militares no caminho de volta pra sua casa sob alegação de que o seu veículo era furtado. Posteriormente a levaram para outra rua e começaram a fazer pressão psicológica. Depois a conduziram até o bar e revistaram o estabelecimento, sendo que FELIPE estava presente. Perguntaram sobre seu marido e contou que ele estava em casa com o pedreiro. Foram até o local e encontraram com outra viatura. Afirmou não ter acompanhado a revista na sua casa, bem como desconhecer a droga apreendida. Negou que faça distribuição de drogas, e disse não saber se seu marido vende entorpecentes, pois nunca deixou transparecer. Negou, ainda, ter confessado qualquer coisa para os policiais (fls. 09).

Em juízo, sob o crivo do contraditório e amparada pela ampla defesa, CAROLINE negou a prática delitiva. Narrou que passou no bar de seu marido FLÁVIO, que está arrendado para FELIPE, dirigindo o veículo de sua sogra, para receber o dinheiro do aluguel, R$ 740,00 (setecentos e quarenta reais). Afirmou que com o dinheiro não havia qualquer bilhete e, após receber a quantia, foi abordada por policiais que estavam verificando um suposto roubo. Após constatarem que o veículo era regular, os policiais exigiram que ela desembarcasse do automotor e lhe disseram: "nós estamos parando você porque nós já sabemos de toda a verdade", ao que respondeu: "que verdade?" e os milicianos lhe disseram: "a verdade! Ou você fala a verdade ou a senhora faz acordo com a gente". Contou que repudiou explicitamente a afirmação, eis que desconhecia o teor da tal "verdade" e não desejava fazer qualquer acordo. Disse ter sofrido pressão psicológica por parte de um policial, tendo ele inclusive ameaçado telefonar para o Conselho Tutelar para retirarem a guarda dos seus filhos. Após cerca de 40 (quarenta) minutos, os policiais conduziram- na a uma rua sem saída, onde perguntaram sobre a existência de drogas na sua casa, o que negou. Logo após, contou que foi levada ao bar, mas a diligência naquele local já havia sido concluída. Uma outra equipe da Força Tática chegou ao local e dirigiu-se à sua residência, sem a sua companhia. Em nenhum momento lhe mostraram qualquer bilhete e, em determinado momento, um dos policiais lhe deu o telefone para falar com seu marido, sendo que este mandou ficar tranquila, pois não tinha droga na residência.

Na fase pré-processual, FLÁVIO DEL RIO MOYSES negou que existisse droga na sua casa. Contou que o bar lhe pertencia, mas estava arrendado para FELIPE e, por isso, entre os dias 19 e 20 costumava passar para pegar o dinheiro,

Acesso ao Sumário

R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais). Contou que quem fica com o carro é sua esposa, porque ele mesmo não dirige. Por não ficar no bar, não sabe de qualquer envolvimento de FELIPE com o tráfico. Nega, inclusive, qualquer relação com a prática ilícita. Afirmou que sua casa foi invadida por dois policiais e negou que eles tenham encontrado qualquer droga em seu guarda-roupa. Afirmou, por fim, que eles encontraram somente R$ 260,00 (duzentos e sessenta reais) (fls. 10).

Na fase judicial, FLÁVIO confessou a existência das drogas em sua casa, asseverando que eram destinadas a seu consumo pessoal, e que CAROLINE desconhecia o fato. Estava com as drogas há uma semana e já tinha consumido dois tubos de cocaína. Contou que arrenda seu bar por R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais) para o FELIPE, e que ele pertence à "Dona Olga" para quem paga aluguel. No dia dos fatos CAROLINE foi recolher o dinheiro, porque estava com obras em casa. O carro utilizado é de sua mãe, mas ele quem utiliza. Afirmou, ainda, que jamais entregou entorpecentes para o FELIPE.

Na delegacia de polícia, FELIPE SILVA DO PRADO contou que o dinheiro entregue à CAROLINE era referente ao arrendamento do bar, e que ela foi receber porque o FLÁVIO não dirige. Negou que comercializasse drogas, asseverando que os entorpecentes encontrados eram para seu próprio consumo, 16 (dezesseis) porções, sendo que não tem qualquer conhecimento sobre o restante dos entorpecentes. Pagou R$ 740,00 e iria acertar o restante entre os dias 19 e

20. Entregou o dinheiro e foi embora. Somente depois de uns 30 minutos que os policiais chegaram com a CAROLINE. Quando eles perguntaram sobre a droga, logo indicou o local onde guardava a cocaína que ele mesmo consumia. Asseverou, por fim, que sempre compra grande quantidade para não ter que ficar indo até a biqueira (fls. 11).

Em seu interrogatório judicial, FELIPE contou que os policiais que realizaram sua abordagem já tinham vistoriado o bar em data anterior sem, contudo, encontrar qualquer ilícito. No dia dos fatos, admitiu que possuía 16 (dezesseis) papelotes de cocaína no estabelecimento, destinados a seu próprio consumo. Negou, ainda, qualquer associação com os demais acusados. Era mero arrendatário do estabelecimento de FLÁVIO que ia todo mês buscar o dinheiro. Não sabe o porquê de, no dia dos fatos, ter sido CAROLINE a buscar o valor. Contou, ainda, que junto do dinheiro enviou um papel escrito "Vai 740". Negou a existência de outros tipos de drogas e contou que, quando era usuário, chegava a consumir 10 (dez) porções de cocaína nos festivais de música eletrônica.

Pois bem.

A prova é robusta e cristalina ao imputar aos acusados a responsabilidade criminal pelos delitos narrados na exordial acusatória.

Inviável, no caso em exame, o acolhimento das teses defensivas.

Acesso ao Sumário

O laudo toxicológico confirmou a natureza entorpecente do material apreendido.

A quantidade, forma como estavam embaladas as drogas e, ainda, as circunstâncias da prisão em flagrante dão conta do espúrio objetivo dos acusados.

Com efeito, depreende-se dos autos, de maneira inequívoca, que CAROLINE, FLÁVIO e FELIPE eram responsáveis por um esquema de venda e distribuição de entorpecentes.

As vendas eram realizadas por FELIPE, no bar de propriedade de FLÁVIO, enquanto CAROLINE era responsável por fazer a recolha do valor arrecadado.

Tal afirmação deriva do cotejo das provas dos autos, documentais, testemunhais e materiais, analisando-se, ainda, inconsistências entre os interrogatórios dos acusados.

Primeiramente, há de se anotar a identidade entre os entorpecentes apreendidos no "Boteco da Vila", administrado por FELIPE, e na residência de FLÁVIO e CAROLINE.

Da análise das fotografias das drogas apreendidas, observa-se que são idênticas as porções encontradas em ambos os locais, dando conta de que há, de fato, um vínculo entre todos os acusados.

Os entorpecentes estavam embalados de forma igual, divididos em porções equivalentes e, ainda, possuem os mesmos sinais gráficos identificadores, o que denota serem provenientes do mesmo local.

Num segundo momento, deve-se analisar o dinheiro entregue por FELIPE a CAROLINE, bem como as inconsistências e lacunas entre as versões dos réus.

Ao que consta, FELIPE supostamente arrendava o bar pelo valor de R$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais), e realizava os pagamentos entre os dias 19 e 20 do mês. Entretanto, no dia dos fatos, entregou quantia inferior (R$ 740,00), no dia 02. Não há qualquer explicação dos acusados a respeito desta primeira inconsistência.

Na sequência, deve-se notar que CAROLINE negou que o montante recebido de FELIPE tenha sido acompanhado de qualquer bilhete, ao passo em que FELIPE confessou a entrega de um pedaço de papel que, inclusive, foi apreendido pelos policiais.

Por fim, é certo que CAROLINE afirmou que não existia qualquer droga em sua residência, inclusive após conversa telefônica com seu marido FLÁVIO, ao passo em que ele confessou, em juízo, a existência das drogas dentro do seu guarda-roupas, asseverando, entretanto, desconhecimento por parte de sua esposa.

São pontos que, de proêmio, saltam aos olhos e tem como resultado minar

Acesso ao Sumário

a versão defensiva.

Mas não são os únicos.

Causa estranheza a inexistência de qualquer anotação de que o estabelecimento fosse, de fato, arrendado por FLÁVIO a FELIPE que, por sua vez, possuía somente 19 (dezenove) anos na data dos fatos.

Não se olvide que indivíduo jovem possa, de fato, realizar atividades de comércio e dirigir seu próprio estabelecimento. No entanto, a ausência de qualquer documentação que comprove a alegação enfraquece, ainda mais, a narrativa defensiva.

De outro lado, os policiais militares que realizaram as diligências apresentaram, em ambas as fases da persecução penal, relatos harmônicos e coerentes, imputando aos acusados a responsabilidade criminal pelos delitos.

Após receberem informações de que o Boteco da Vila, antigo Bar do Marola, era utilizado como ponto de tráfico de entorpecentes por FLÁVIO e CAROLINE, auxiliados por FELIPE, os policiais realizaram uma primeira diligência no local, porém nada encontraram de ilícito.

Em virtude da constância das informações que chegavam aos milicianos, resolveram manter ativa a investigação, oportunidade em que descobriram que FLÁVIO e CAROLINE entregavam as drogas para que FELIPE as vendesse e, em outro dia, CAROLINE passava pelo local e fazia a recolha do dinheiro.

Por isto, no dia dos fatos, ao verificarem que CAROLINE estava no local, e presenciarem a entrega, por FELIPE de algo para ela, decidiram fazer a abordagem que culminou com a apreensão das drogas e a prisão dos envolvidos.

A apreensão dos entorpecentes, do dinheiro e do bilhete inerente à venda de 37 (trinta e sete) porções, arrecadando o valor de R$ 740,00 (setecentos e quarenta) reais é suficiente para comprovar o crime de tráfico de entorpecentes.

E, aliás, quanto aos depoimentos de testemunhas que exerçam função no combate diário à criminalidade, é pacífico o entendimento de que a simples condição de policial não enseja seu recebimento com reservas, já que colhidos sob compromisso de dizer a verdade.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, a princípio, seus relatos têm força probatória e não podem ser tomados por suspeitos apenas e tão somente em virtude da função por eles ocupada.

Como sucede com qualquer testemunha, o valor do depoimento prestado deve ser avaliado com as outras provas angariadas no decorrer do processo, independentemente de a testemunha ser ou não policial.

Seus testemunhos não podem ser desprezados tão somente em virtude de sua condição funcional.

Para tanto, seria necessário trazer aos autos indícios concretos a justificar

a parcialidade das testemunhas, não bastando a mera alegação de que mentiriam para justificar sua conduta.

E isto a defesa falhou em fazer.

Na hipótese vertente, verificou-se que os agentes não teriam por que mentir e incriminar injustamente o acusado.

Ao contrário: foram bastante convincentes em suas afirmações, inexistindo quaisquer elementos aptos a desaboná-lo.

Não restou minimamente comprovado que detinham interesse no desfecho da ação penal, o que, novamente ressalta-se, não pode ser presumido tão somente pelo fato de exercerem função no combate à criminalidade.

É idônea a prova testemunhal colhida no auto de prisão em flagrante e reafirmada em Juízo, com plena observância do contraditório.

Não se pode perder de vista, ainda, que, para a prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, não é necessária atividade estrita de mercancia, mas tão somente a realização de uma das ações especificadas no mencionado dispositivo, a saber:

> *Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:* (grifo nosso)

No caso, tem-se que a conduta dos réus subsome-se a, pelo menos, dois núcleos do tipo penal em comento, quais sejam: guardar e ter em depósito.

Inarredável, pois, a responsabilidade pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Da mesma forma, não se mostra possível a desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06.

A forma como estavam embaladas as drogas, sua grande quantidade e a dinâmica da abordagem não deixam dúvidas de que os entorpecentes encontrados se destinavam ao tráfico de drogas.

O ato de trazer drogas consigo, de fato, pode configurar as condutas previstas nos artigos 33 ou 28 da Lei 11.343/06, a depender da finalidade pretendida pelo agente, exigindo do julgador o dever de observar a natureza e a quantidade da substância apreendida, bem como a conduta e os antecedentes do réu para determinar se a droga era destinada ou não ao consumo pessoal (artigo 28, § 2º, da Lei 11.343/06).

Não há fórmula ou critério decisivo para o enquadramento das condutas, devendo ser sopesado, no caso concreto, cada um dos critérios relacionados na lei.

Na hipótese vertente, ficou claro que os entorpecentes encontrados eram

Acesso ao Sumário

destinados para a mercancia. Pelo contexto em que as drogas foram encontradas, o pedido para desclassificação para o crime de posse para uso próprio é inviável, uma vez escancarado o objetivo de difusão ilícita.

Anota-se que a quantidade isolada de entorpecentes não é hábil a afastar a caracterização do tráfico, como também nada impede que um usuário seja também traficante, utilizando-se da atividade espúria exatamente para poder sustentar seu vício.

Os elementos de convicção trazidos aos autos (prisão em flagrante, apreensão de substâncias entorpecentes, laudos, etc.), além dos depoimentos firmes e harmônicos das testemunhas, são robustos, suficientes e idôneos para comprovar que a conduta praticada pelo apelante enquadra-se perfeitamente no tipo penal descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06.

Por fim, há de se proceder a reforma do decisum para condenar os acusados, também, pelo crime de associação para o tráfico, previsto no artigo 35, da Lei de Drogas.

O crime em tela exige a vontade de dois ou mais agentes se associarem (animus associativo) e sua consumação se dá com a mera reunião estável e permanente, dispensando a prática do crime-fim.

É delito autônomo em relação ao tráfico ilícito de drogas.

In casu, não restam dúvidas de que os réus estavam associados entre si para o cometimento de narcotráfico.

A estabilidade e a permanência ficam notórias com a comprovação de que dividiam tarefas.

Como anteriormente asseverado, FLÁVIO distribuía as drogas para que FELIPE as vendesse e, então, CAROLINE fazia a recolha do valor obtido com a prática ilegal deletéria.

Cuidava-se de operação já estabelecida há algum tempo, na medida em que os policiais, ao menos durante três meses, recebiam constantes informações sobre o caso.

Acesso ao Sumário

No mais, a apreensão do bilhete de "prestação de contas" entregue por FELIPE à CAROLINE demonstra, também, a existência de estrutura hierarquizada.

Neste diapasão, não há qualquer dúvida sobre a prática delitiva. Há organização, permanência e hierarquia.

Os apelantes atuavam associados em prol da venda de entorpecentes, preenchendo os requisitos legais exigidos para o reconhecimento do crime previsto no artigo 35 da Lei 11.343/06, motivo pelo qual a condenação por este delito, também é inevitável.

Passo agora ao recálculo da pena.

Quanto ao delito de tráfico de drogas, a pena base foi fixada no mínimo legal e, na terceira fase, reduzida em 1/6 (um sexto), por força do artigo 33, §4º da Lei de Drogas.

Neste ponto, as defesas buscam a aplicação do patamar máximo de redução, enquanto o Ministério Público requer seja afastado o reconhecimento do privilégio.

Com razão nesse ponto o órgão ministerial.

Isto porque, para que seja reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, é imperativo que estejam presentes, concomitantemente, as seguintes circunstâncias: agente primário; de bons antecedentes; e que não se dedique às atividades criminosos nem integre organização criminosa.

Ora, conquanto sejam, de fato, primários e não ostentem maus antecedentes, os acusados não preenchem o último dos requisitos legais exigidos.

Isto porque, constituem uma organização própria, associando-se para a prática reiterada do tráfico de entorpecentes, dedicando-se, desta forma, às atividades criminosas.

Neste diapasão, afasto o reconhecimento do privilégio e torno definitivas as penas do delito de tráfico de entorpecentes, para cada um dos acusados, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias- multa, no piso.

Quanto ao crime de associação para o tráfico, com base nos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei de Drogas, fixo a pena- base no mínimo legal, em 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, no piso.

À míngua de circunstâncias aptas a alterar a pena, torno-a definitiva.

Considerando o concurso material de delitos, previsto no artigo 69 do Código Penal, somo as reprimendas que, então, totalizam 08 (oito) anos de reclusão e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, no piso.

Por fim, é certo que a defesa de FELIPE alega, sem deduzir pedido, que a menoridade relativa configura atenuante da pena.

Não obstante, mesmo que fosse reconhecida referida circunstância, é certo que, tendo sido a pena-base fixada no mínimo legal, não pode, na segunda fase da análise dosimétrica, sofrer redução aquém do mínimo, por vedação expressa contida na Súmula nº 231 do E. STJ.

Fixado o regime fechado para cumprimento da pena, não comporta alteração.

Ao Magistrado compete estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena que acreditar suficiente para reprovação e prevenção do delito, respeitados os ditames legais.

No caso, a gravidade concreta da conduta dos apelantes, decorrente da

Acesso ao Sumário

nocividade dos entorpecentes apreendidos e das peculiaridades do caso, que envolve verdadeira associação de criminosos, exige tratamento mais rigoroso e severo, devendo haver submissão ao regime de segregação total, até que possam ser paulatinamente reinseridos no corpo social.

Além do mais, o *quantum* de pena aplicado, bem como a hediondez relativa ao crime de tráfico de drogas, impedem a fixação de regime mais brando.

Note-se que não há que se falar em ofensa às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal, porquanto o estabelecimento de tal regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador.

Pelos mesmos motivos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sem delongas, quando ao pleito ministerial de perdimento do automóvel apreendido, tal qual asseverou o i. Magistrado a quo, "*não foi comprovado que o automóvel apreendido nos autos era destinado especificamente para a prática delitiva; anotado que os réus sequer eram os proprietários, conforme documentos juntados pela terceira interessada, motivo pelo qual será procedida a sua liberação, oportunamente*".

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento aos apelos defensivos e dou parcial provimento ao apelo ministerial** para o fim de condenar FELIPE SILVA PRADO, CAROLINE PRATES DOS SANTOS e FLAVIO DEL RIO MOYSES às penas de 08 (oito) anos de reclusão, a ser descontada no regime inicialmente fechado, e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, no piso, por incursos no artigo 33, *caput* e no artigo 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/06, na forma do artigo 69 do Código Penal e mantendo-se, no mais, a r. sentença atacada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Cumpra-se o determinado no parágrafo único do artigo 1º da Resolução CNJ 113/2010, comunicando-se a modificação ao Juízo da Execução.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008641-73.2012.8.26.0319, da Comarca de Lençóis Paulista, em que são apelantes ALAN ROGERIO TEODOSIO e MARCOS DINIZ BARBOSA, 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: "NÃO CONHECERAM dos apelos defensivos, por óbice expresso do art. 593, §3º, parte final, do Código de

Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.501)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 5 de junho de 2018.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – HOMICÍDIO QUALIFICADO – Nova alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos – Não conhecimento – Inteligência ao art. 593, §3º, do Código de Processo Penal – Inadmissível segunda apelação com os mesmos fundamentos que ensejaram a primeira – Recursos defensivos não conhecidos.

VOTO

Por decisão soberana do Conselho de Sentença, **ALAN ROGÉRIO TEODOSIO E MARCOS DINIZ BARBOSA** foram condenados à pena de 12 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 121, §2º, IV, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, conforme se vê da r. sentença de fls. 1349/1350.

Consta da denúncia, resumidamente, que no dia 03 de maio de 2004, por volta da 1h30, no Núcleo Habitacional Luiz Zilo, agindo em concurso e unidade de desígnios com Cley Anderson Julio, Manuel Aparecido Julio, João Batista Julio, Eunice de Fátima Julio e André Fernando Cuco, além dos adolescentes Wilson Julio e Wellington Julio Vaz, ALAN e MARCOS, julgados em autos desmembrados, todos agindo com *animus necandi*, mediante emboscada e com recurso que tornou impossível a defesa do ofendido, desferiram golpes com pedaços de madeira, socos e chutes que atingiram somente a cabeça, na região das pálpebras, lábios, frontal direita e nariz, mataram Carlos Alberto Miranda. Segundo apurado, na noite dos fatos, no recinto da FACILPA, havia ocorrido um entrevero entre Cley Anderson Julio e o ofendido Carlos Alberto, em razão do qual Cley foi levado para sua casa onde sua genitora Eunice, o amásio desta, André, bem como os tios Manuel e João, instigaram-se mutuamente para a prática do delito e, depois de convidares os adolescentes Wilson e Wellington, e os amigos MARCOS e ALAN, combinaram o crime, armando-se de pedaços de madeira. André assumiu a condução do GM/Kadett com Cley ao seu lado, Eunice, ALAN e Wellington no banco traseiro, tendo estacionado em frente à casa da vítima. MARCOS, por sua vez, assumiu a condução do FORD/Corcel tendo ao seu lado João e, no banco traseiro, Manuel e Wilson, estacionando-o

Acesso ao Sumário

nas proximidades, sob uma árvore, de onde aguardaram a chegada da vítima. Pouco depois Carlos chegou de motocicleta com Rogério Augusto da Silva, desceu na esquina e caminhou em direção à sua residência, sendo surpreendido pelos 2 grupos que, vindos de posições diversas, um pela frente e outro pelas costas, o alcançaram e, depois de derrubá-lo no chão, passaram a desferir golpes impiedosos com pedaços de madeira, socos e chutes, somente contra sua cabeça, causando vários ferimentos que o levaram a óbito 3 dias depois (fls. 02/06).

Levados a um primeiro julgamento, os jurados acolheram a prática de lesão corporal seguida de morte (fls. 1193/1211), sentença esta que foi anulada em sede recursal sob entendimento de ter havido decisão manifestamente contrária à evidência dos autos (fls. 1267/1282).

Submetidos a novo julgamento, atendendo à vontade soberana do Conselho de Sentença, que desta vez decidiu pela condenação nos exatos termos da denúncia, o juiz que presidiu o júri fixou a reprimenda dos acusados em 12 anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 121, §2º, IV, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal (fls. 1333/1351).

Inconformados, apelam os réus ALAN e MARCOS, o fazendo, entretanto, com idêntico fundamento ao recurso anterior, qual seja, o art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal (fls. 1408/1412 e 1415/1419).

Ofertada as contrarrazões (fls. 1421/1424), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento dos recursos (fls. 1420/1438).

Relatei.

De fato, os apelos não podem ser conhecidos, nos termos da vedação contida no §3º do art. 593 do CPP.

A norma impede a interposição de segunda apelação pelo mesmo motivo – ainda que pela outra parte – aqui entendida como o recurso interposto com base na mesma hipótese de cabimento, ou seja, na disposição relativa à decisão do Conselho de Sentença manifestamente contrária à prova dos autos.

O Ministério Público, quando do primeiro julgamento, apelou ao argumento de julgamento contrário às provas dos autos, o que foi acolhido no v. acórdão.

Assim, não pode agora os apelantes recorrer sob este mesmo fundamento, tendo em vista a violação expressa contida na última parte do §3º do art. 593 do CPP: *"(...) não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação"*.

Neste sentido:

"O disposto no §3º do art. 593 do CPP é claro ao vedar outro recurso sob o fundamento de contrariedade entre o veredicto e a prova dos autos, quando dispõe: 'não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação'. Para a doutrina e a jurisprudência a expressão 'pelo mesmo motivo' significa 'pelo mesmo fundamento', ou seja, tratar-se de decisão

Acesso ao Sumário

dos jurados contrária às provas dos autos" (STF – RE – rel. Oscar Correa – RT 597/423).

"APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRETENSÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO SOB ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. RECURSO ANTERIOR DA ACUSAÇÃO PELO MESMO FUNDAMENTO. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 593, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO. Segundo o disposto no art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, *não se admite segunda apelação pelos mesmos motivos da primeira, mesmo que interposto pela outra parte*" (TJPR – 1ª Câmara Criminal – Apelação nº 8335913 – Rel. Macedo Pacheco – j. 22/03/2012) (gn).

Quanto ao tema, diz o Colendo STJ:

"A lei não cuida de qualquer discriminação entre motivo e fundamento. Fala, apenas, em motivo e este consiste em que não se reitere a apelação, se o mesmo já foi anteriormente utilizado. Motivo, aí, é, evidentemente, a invocação de uma decisão, manifestamente contrária à prova dos autos e que já serviu de escudo à apelação anterior. Como repeti-lo, contra o mandamento peremptório da lei?" (RTJ51/331 Rel. Ministro Barros Monteiro).

E ainda RT's: 543/289; 554/419; 566/358; 594/331 e 618/344.

Daí porque, em observância aos termos peremptórios do art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, não se pode proceder, pela segunda vez, análise do mérito do presente recurso de apelação, quando inequivocamente interposto sob o mesmo fundamento do anterior.

Posto isto, **NÃO CONHEÇO** dos apelos defensivos, por óbice expresso do art. 593, §3º, parte final, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003214-64.2015.8.26.0069, da Comarca de Bastos, em que é apelante TIAGO SOARES DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.351)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARDOSO PERPÉTUO (Presidente) e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 7 de junho de 2018.

Acesso ao Sumário

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Homicídio qualificado tentado – Art. 121, § 2º, IV, c.c. o artigo 14, II, ambos do Código Penal – Conselho de Sentença que julgou apreciando as provas produzidas nos autos – Decisão que não pode ser considerada manifestamente contrária a elas – Soberania do veredicto – Qualificadora, outrossim, não afastada, porquanto acatada pelos jurados na interpretação do acervo probatório – Redução, porém, da pena-base – Regime inicial fechado que se mostra adequado na espécie

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta por TIAGO SOARES DA SILVA contra a sentença de fls. 365/373 que, em atenção ao decidido pelo Colendo Conselho de Sentença, condenou-o como incurso no artigo 121, § 2º, inciso IV, c.c. o artigo 14, II, ambos do Código Penal, a 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado. O réu foi absolvido "*quanto aos delitos de tentativa de homicídio duplamente qualificado contra a vítima Francisco e o de porte de arma de fogo com numeração raspada*".

Inconformado, apela o réu (fls. 30/436). Requer seja reconhecida a possibilidade de aguardar o julgamento do recurso em liberdade. Argúi, outrossim, a nulidade do julgamento, em virtude do uso desnecessário de algemas. Quanto ao mérito, alegou, em síntese, que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, sustentando que: a) somente uma testemunha presenciou a abordagem, e prestou depoimentos contraditórios nos autos; b) houve falso testemunho. Requer a anulação do julgamento, com a realização de outro, no tocante ao delito praticado contra a vítima Carlos Alexandre. Subsidiariamente, caso seja mantida a condenação, requer: a) a redução da pena-base, uma vez que a fração utilizada para exasperá-la mostrou-se excessiva; b) a aplicação da fração máxima referente à tentativa.

O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 440/452).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 500/503).

É o relatório.

Ab initio, não colhe êxito a arguição de nulidade do julgamento formulada pela douta Defesa, sob alegação de uso desnecessário de algemas.

Acesso ao Sumário

Com efeito, a fls. 349, a Defesa requereu a dispensa do uso de algemas durante a sessão plenária.

Não se ignora, evidentemente, o texto da Súmula Vinculante nº 11 do C. Supremo Tribunal Federal. Mas as circunstâncias do caso demonstram que, no caso concreto, o Juízo teve o cuidado de justificar pormenorizadamente sua deliberação, no sentido da mantença das algemas, sendo que, após, o julgamento pelo Tribunal do Júri transcorreu normalmente, afigurando-se manifestamente infundado, a esta altura, pretender a anulação do feito pela razão mencionada, mesmo porque não houve a demonstração de qualquer prejuízo disto decorrente.

No início da sessão, requereu o douto Defensor, deveras, a retirada das algemas. O pleito, como já frisado, foi fundamentadamente indeferido pelo douto Juiz Presidente, mediante decisão constante, expressamente e por escrito, da Ata de Julgamento: "*Em relação ao requerimento de fls. 349, no que concerne ao uso de algemas no plenário do júri, tem-se que sua necessidade decorre da insuficiência de força policial à manutenção da integridade física dos presentes no local. Infelizmente, o quadro de agentes da força pública não dá conta de manter, com nível razoável, a segurança dos atores processuais, tampouco a do público presente, que se faz em número expressivo, notadamente por ser 'cidade pequena' (com poucos habitantes) e pela repercussão que casos como o presente causam. Neste plenário, contamos apenas com a presença de um policial militar, excetuado os agentes da escolta, sendo, por conseguinte, inviável a manutenção do acusado sem algemas. Ao Juiz cabe zelar pela ordem dos trabalhos, segurança das testemunhas e garantia da integridade física dos presentes. Não há que se falar, portanto, em violação à Súmula Vinculante 11 do STF, haja vista as peculiaridades do caso sob exame. Nesse sentido, a jurisprudência do E. TJSP: APELAÇÃO CRIMINAL JÚRI HOMICÍDIO QUALIFICADO PRELIMINAR: NULIDADE - USO DE ALGEMAS DURANTE A AUDIÊNCIA AFASTADA - Não há constrangimento ilegal pelo uso das algemas durante o interrogatório e audiência. Incumbe ao juiz manter a ordem no curso dos atos e a decisão está fundamentada. [...] Recurso improvido. (0057291-19.2010.8.26.0224 Apelação / Homicídio Qualificado; Relator(a): Paulo Rossi; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 14/09/2016; Data de registro: 19/09/2016). JÚRI HOMICÍDIO QUALIFICADO USO DE ALGEMAS POR OCASIÃO DO JULGAMENTO EM PLENÁRIO AUSÊNCIA DE NULIDADE Inteligência do art. 474, § 3º, 2ª parte, do CPP. O uso de algemas pelo acusado por ocasião de seu julgamento pelo plenário do Tribunal do Júri não viola a do Enunciado Vinculante n. 11, da Súmula de Jurisprudência do Col. STF se o proceder foi satisfatoriamente justificado pelo Magistrado Presidente, em especial se foi ressaltado que não havia Policiais Militares em número suficiente para efetuar a segurança e garantir a integridade física dos presentes no local. Júri Homicídio qualificado*

Acesso ao Sumário

[...] (064004-93.1999.8.26.0224 Apelação / Homicídio Qualificado; Relator(a): Grassi Neto; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 24/04/2014; Data de registro: 29/04/2014). Em reforço, a Doutrina manifesta-se no seguinte sentido: '[...] De forma alguma o uso de algemas deve ser interpretado como influência negativa no ânimo dos jurados. Embora leigos, são pessoas de inteligência média, possuindo discernimento suficiente para saber que devem julgar as provas, pela força dos argumentos da acusação e defesa, e, não, pela aparência do increpado, ou seja, pelo modo como ele se apresenta em plenário. Os jurados prestam compromisso de examinar a causa com imparcialidade e de decidir conforme suas consciências e dos ditames da Justiça. Eles têm a plena consciência de que o uso de algemas não constitui presunção de culpa, mas decorrência do fato de o réu estar preso, e de que a prisão é imposição legal [...] Caso assim não se entenda, não haverá razão de subsistência do Tribunal do Júri, porque se estaria reconhecendo que os jurados não têm capacidade para julgar seus pares, na medida em que julgariam pelas aparências, desvinculando-se das provas. É impossível prever o que vai acontecer durante um julgamento popular, onde os ânimos se acirram constantemente, e até pessoas mais serenas acabam perdendo a razão. Depois de presidir mais de 1.500 Júris, temos alguma experiência para escrever sobre o assunto. Trata-se de providência essencial, envolvendo outros valores no caso concreto, em especial a segurança de todos os envolvidos nos trabalhos e da plateia, os quais devem ser ponderados ao lado dos direitos da pessoa acusada. Talvez, mudaríamos de opinião, caso houvesse um número razoável de policiais durante o julgamento, fornecendo plena segurança a todos os presentes no recinto, o que comumente só ocorre em Júris de grande repercussão. Pura utopia. Nossa realidade é totalmente adversa.' (Leandro Jorge Bittencourt Cano, Rodrigo Merli Antunes e Alexandre de Sá Domingues, O Tribunal do Júri na visão do Juiz, do Promotor e do Advogado: questões práticas fundamentais, p.221). Por conseguinte, com base no art. 474, §3º, do CPP, indefiro o pedido, consoante fundamentação supra" (fls. 375/376).

Patenteado, pois, se tratar de providência justificada e que, nas condições expostas, se mostrava efetivamente necessária.

Finalmente, mister se faz ponderar, apenas *ad argumentandum* e por um derradeiro ângulo de observação, que não há qualquer comprovação ou indicação concreta de que o alegado uso de algemas tenha acarretado qualquer prejuízo à Defesa do réu.

E a não demonstração efetiva da existência de prejuízo também inviabiliza, por si só, em face do consagrado princípio *pas de nullité sans grief*, a anulação pretendida.

Nesse sentido o previsto no artigo 563 do Código de Processo Penal: "*Nenhum ato será declarado nulo, **se da nulidade não resultar prejuízo para a***

Acesso ao Sumário

acusação ou para a defesa".

Cumpre frisar que, no âmbito processual penal, tal norte vale no que tange a toda e qualquer alegação de nulidade, sem nenhuma distinção de "grau" ou "intensidade", seja relativa, seja absoluta.

Nesse rumo o pacífico entendimento do C. Supremo Tribunal Federal:

> "A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, visto que conforme já decidiu a Corte, 'o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – pas de nullité sans grief – compreende as nulidades absolutas' (HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12/4/2002)" (Habeas Corpus nº 99.053, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 21/09/2010, pub. 29/11/2010).

No mesmo sentido, v. g., julgado daquele Pretório relatado pela Min. Ellen Gracie (RHC 105.243, j. 14/09/2010, pub. 01/10/2010).

Também neste Tribunal de Justiça a matéria já foi muitas vezes enfrentada, cumprindo trazer à colação trecho do recente Acórdão prolatado na Apelação nº 9000002-72.2007.8.26.0355, da Comarca de Miracatu (Rel. Des. Silmar Fernandes, j. 13/06/2013, v.u.): "De se ressaltar, *prima facie*, que o moderno processo penal consolida a regra matriz *pas de nullité sans grief,* exigindo, pois, que o ato processual a ser declarado nulo tenha causado, efetivamente, prejuízo às partes e, de algum modo, tenha influenciado negativamente na apuração da verdade substancial" (grifado no original).

No caso em tela, já se viu que, além de não evidenciado prejuízo concreto, o ato em nada comprometeu a apuração dessa verdade substancial, ou seja, da chamada verdade real.

Assim, sob qualquer ângulo de análise, verifica- se que a mencionada alegação de nulidade do processo não pode prosperar.

De se passar a análise do mérito.

Não se pode acolher a alegação de que a decisão do Conselho de Sentença foi manifestamente contrária à prova produzida nos autos.

O réu foi pronunciado pela prática de tentativa de homicídio qualificado por utilização de recurso que dificultou a defesa do ofendido e, ao final, condenado à pena já exposta no relatório *supra.*

A materialidade restou comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 28/30), e pelos laudos periciais de fls. 61/81 e pelo laudo de exame de corpo de delito e documentos de fls. 201/225, achando-se atestado pericialmente que a vítima sofreu "*lesões corporais de natureza grave pelo perigo de vida ocasionado pelas lesões internas que necessitaram internação em UTI e cirurgia imediata para tratamento da perfuração dos intestinos*", bem como pelo conjunto da prova coligida, notadamente a testemunhal.

Acesso ao Sumário

A autoria, da mesma forma, é incontroversa.

O acusado, ainda na fase policial, afirmou: "*na noite de ontem estava em uma residência em que são comercializadas bebidas alcoólicas, localizadas na rua Ademir David, cujo número não se recorda. Por lá também estava o indivíduo conhecido por 'Nenê', que fica sabendo chamar-se Carlos Alexandre Rodrigues da Silva, mais outros indivíduos que não tem condições de identificar. Todos estavam bebendo cervejas. Repentinamente se iniciou uma discussão e o interrogando passou a ser agredido por Carlos Alexandre Rodrigues da Silva e pelos indivíduos que o acompanhavam. A briga acabou sendo interrogando resolveu ir embora para casa. Já estava lá quando Carlos Alexandre Rodrigues da Silva apareceu acompanhado pelos citados desconhecidos e o ameaçou. Perdeu a cabeça, se armou com um revólver calibre 38 e saiu atrás dele. O alcançou nas proximidades do almoxarifado, aproximadamente duzentos metros do local onde tinha ocorrido a briga e efetuou três disparos em direção a ele. Não sabe onde os projéteis atingiram o corpo da vítima. Em seguida foi para sua casa, avisou sua esposa e resolveu ir até o Pronto Socorro para saber como a vítima estava, haja vista ter se arrependido do que havia feito. Quando ainda estava por ali, vale dizer, seu local de trabalho, pois é motorista de ambulância, aguardando notícias a respeito do estado de saúde da vítima, foi encontrado e preso pelos Policiais Militares. Eles apreenderam o revólver que estava em seu poder. Tinha recarregado a arma por receio de sofrer represálias por parte de algum familiar da vítima. O revólver já estava na sua posse há aproximadamente cinco anos. Foi encontrado durante uma pescaria e a arma já tinha a numeração suprimida*" (fls. 10/11).

Em juízo, na primeira fase do procedimento, o acusado, em seu interrogatório, afirmou que, na data dos fatos havia ingerido apenas o conteúdo de uma lata de cerveja. Asseverou que havia vendido um barco para a vítima Francisco, sendo que este seria pago em duas parcelas de R$ 1.000,00 (um mil reais). Afirmou ainda, que o barco não havia sido transferido ainda e que, quando procurou Francisco para regularizar a situação, tomou ciência de que este havia repassado o barco para um terceiro, porém, sem regularizar a respectiva documentação. Alegou que cobrou várias vezes, de Francisco, a transferência legal do barco e que não foi atendido. Tinha o registro correto no órgão responsável. A discussão se originou dessa má negociação e, que, desentendeu-se com Francisco quando ele falou para "Vá se resolver com Bizé" - que era o terceiro envolvido na transação. Respondeu a Francisco:

"Você é um moleque? Não fizemos um acordo?". Logo em seguida, iniciaram uma discussão verbal, com ofensas recíprocas. Afirmou ainda que, não sabe dizer como a vítima Carlos Alexandre ("Nenê") se envolveu na discussão, porém, ao chegar ao local, a vítima nenê passou a agredi-lo, verbal e fisicamente, dando-lhe uma 'voadora' logo em seguida, chegaram os policiais,

que o conduziram até sua residência. Disse ainda que, quando chegou à sua casa, conduzido pelos policias, logo em seguida chegou a vítima Carlos Alexandre, passando a ameaça-lo, indo embora apenas com a ordem dos policiais. Afirmou ainda o acusado, ter entrado em seu quarto, trocado de roupa, e dirigiu-se até o hospital. Afirmou que, no momento em que se encaminhava até o hospital, dois caras o seguiam de moto, e colocaram-se ao lado dele e disseram "E aí machão, vamos ver se você é homem agora". Neste momento, o declarante se assustou e jogou o carro na calçada. Francisco e Carlos Alexandre, que estavam na moto, pararam-na em frente ao seu carro. Em nenhum momento jogou o carro contra a moto. Então, o interrogando desceu do veículo e sacou a arma que ficava no carro em um compartimento oculto. Francisco e Carlos Alexandre vieram "para cima" do declarante, que efetuou três disparos seguidos. Asseverou que Carlos Alexandre correu, em fuga, diante dos disparos. Em seguida, o interrogando foi até o hospital, conversou com seu amigo Cristiano, o qual ali encontrou, tomou ciência de que havia haviam chegado policiais, voltou ao carro, pegou a arma, entrou em uma ambulância e lá ficou, com a referida arma, até ser encontrado pela polícia. Afirmou ainda que, em nenhum momento anterior, apontou arma para Francisco. Sua esposa não sabia que havia feito negócio com Francisco (fls. 249/250).

Em plenário, o réu narrou que havia vendido um barco para Francisco, que deveria ter transferido o barco para o nome dele. Porém, Francisco o vendeu para outra pessoa sem transferi-lo. No dia dos fatos, foi à casa de Francisco cobrar esta transferência. Como havia outras pessoas na casa de Francisco, disse que retornaria depois, pois. Ao retornar, começaram a discutir. Trocaram agressões verbais. Quando ele estava se retirando do local, chegaram Carlos e um outro rapaz, os quais o agrediram. A polícia veio e Carlos se retirou. Quando os policiais estavam conversando com o depoente, Carlos retornou. O interrogando se alterou e apontou Carlos como seu agressor. A esposa de Carlos tentou agredi-lo novamente e o policial levou o declarante para casa. Carlos foi até a sua residência e voltou a ameaçar ou declarante. Foi orientado a ir para o Pronto Socorro, pois estava machucado. No caminho até o PS, foi abordado, mais uma vez, pela referida vítima, acompanhada de outro indivíduo, em uma moto. Carlos lhe disse: "Vamos ver se você é machão agora!". Ficou assustado, jogou seu carro sobre a calçada e saiu do veículo. A vítima veio em sua direção e, então, o depoente efetuou três disparos. Carlos correu, mas o depoente não o viu cair ao chão nenhuma vez. O outro indivíduo correu em direção diversa. Recarregou a arma, pois acreditou que não acertara os disparos e que eles pudessem voltar. Então, se dirigiu ao Pronto Socorro. Chegando lá, encontrou seu amigo Cristiano e contou-lhe o ocorrido. Quando a polícia surgiu, como a arma estava em seu carro, pensou em dar "um fim" nela e resolveu se esconder dentro de uma ambulância. Nega ter agredido a esposa de Francisco.

Acesso ao Sumário

Não sabe por que Carlos e o outro indivíduo, na ocasião mencionada, chegaram já agredindo o depoente. Negou ter retornado à casa de Francisco, colocado a arma no rosto deste e tentado atirar nele. Sua arma ficava no veículo.

Quando chegou ao PS, Carlos não havia chegado ainda. A caminho do PS, antes de ser abordado por Carlos e pelo outro indivíduo, encontrou seu conhecido Antonio e o deixou na casa dele (mídia digital).

A vítima Carlos Alexandre, na primeira fase do procedimento judicial, afirmou que a quantidade de tiros foi superior à narrada na denúncia, ressaltando que, na realidade, foram disparados seis tiros. Afirmou ainda, que, os fatos ocorreram na residência do ofendido Francisco, local em que existe um depósito de bebidas. Relatou que foi até lá e, logo de início, percebeu que o réu estava muito alterado, sendo que já havia a presença de policiais. Ao descer de sua moto, foi agredido verbal e fisicamente pelo acusado. Teve de se defender. Os policiais tentaram acalmar o réu, sem êxito. Foi este algemado e encaminhado à sua residência. Na sequência, o declarante foi até a residência do réu, com o intuito de acalmá-lo. Depois, deixou o local e foi até a residência de seu sogro, Francisco, sendo que, passado pouco tempo, apareceu por lá o acusado, dizendo que já haviam conversado e que estava tudo certo entre eles. Porém, logo após, o declarante, ao retornar, de motocicleta, para sua casa, percebeu que estava sendo seguido por um veículo, com faróis apagados, o qual era conduzido pelo réu. Relatou que não teve como se esquivar, uma vez que, o carro do réu colidiu contra a traseira de sua moto, momento em que caiu ao solo. Com a batida, sua moto ficou presa entre a calçada e o veículo do acusado. O réu, sacou um revólver, desferiu um primeiro tiro, que não atingiu o declarante. Então, ele disparou o segundo, que atingiu seu braço, quando na tentativa de se salvar, o depoente saiu correndo, mas ainda foi atingido por mais dois tiros nas costas. Ocorreram outros dois tiros, que não o atingiram. Após os disparos, conseguiu correr por mais alguns metros e foi socorrido por um transeunte. Encaminhado ao hospital local, ficou oito dias internado na UTI. Na casa de seu sogro, Francisco, na oportunidade já descrita, estavam presentes outras pessoas. Não sabe qual foi o motivo que levou o réu a cometer o delito. Por fim, afirmou que, na data dos fatos, o acusado também chegou a apontar uma arma para sua esposa (fls. 242/243).

Acesso ao Sumário

Em plenário, o mencionado ofendido, Carlos Alexandre, afirmou que, no dia dos fatos, estava em sua residência quando sua cunhada ligou dizendo que havia uma confusão na casa da mãe dela e que o réu Tiago havia derrubado sua genitora. Dirigiu-se até lá, com sua esposa, e, ao chegar, percebeu que a polícia já se encontrava no local. O réu estava muito alterado, procurando briga com todo mundo que passava. Quando sua esposa foi perguntar ao réu por que ele havia empurrado sua mãe, Tiago tentou dar um murro nela. O depoente então, interveio. Os policiais pediram que o réu se acalmasse e o levaram para

a casa dele. O depoente foi até a casa do réu, pedir que ele não fizesse mais aquilo, abraçaram-se e chegou um rapaz que trabalha no hospital, o qual ficou conversando com o réu. O depoente voltou para a casa de Francisco, seu sogro. Estava assistindo a um jogo de futebol pela TV quando ouviu o réu chamar seu sogro na frente da casa. O depoente saiu, acreditando que ele somente ia conversar com seu sogro. Pegou sua motocicleta e desceu a rua. Não havia percebido que o réu vinha em seu encalço. Quando fez uma curva, no outro quarteirão, o réu bateu com o carro na traseira da sua moto. O depoente estava caído no chão, quando o réu efetuou o primeiro disparo, que "quicou". O réu disparou seis vezes. Três tiros o acertaram. Foi atingido primeiramente no braço, outro disparo acertou suas costas e o terceiro atingiu mais acima, próximo à sua coluna. O acusado errou outros dois tiros. O declarante foi socorrido e levado ao hospital. Estava sendo socorrido, quando viu médicos e enfermeiros, nervosos, fechando a sala onde estavam. Ouviu dizer que o réu estava no hospital, para matá-lo. Antes dos fatos, não tinha problemas com o acusado Tiago. Apenas uma vez, na casa de Antonio, em frente à casa onde morava, houve um tumulto numa festa e o depoente impediu o réu de golpear um indivíduo com uma faca. Negou ter ameaçado o réu anteriormente, na presença dos policiais (mídia digital).

Por seu turno, os policiais militares que atuaram na ocorrência, Francisco Carlos Costa e Luís Carlos Roncada de Oliveira, na fase do sumário da culpa, afirmaram que, na data dos fatos, acionados, foram até a residência de Francisco e, ao chegarem, notaram a presença do réu, que, estava fora de controle, bem agressivo. Havia vários indivíduos no local. Conseguiram apaziguar a discussão que surgiu e, logo em seguida, conduziram o réu Tiago até sua casa. Ninguém demonstrou interesse em registrar ocorrência. Por volta das 00h00, receberam informação do COPOM de que Tiago havia parado em frente a uma residência e efetuado vários disparos, sendo que havia uma pessoa baleada no local. Dirigiram-se até lá e constataram que a pessoa baleada, ou seja, a vítima Carlos, já havia sido socorrida e levada ao hospital. Em seguida, efetuaram patrulhamento nas imediações e não encontraram ninguém. Foram até o hospital, e viram o carro de Tiago estacionado no acostamento. Por saberem que o réu era motorista de ambulância da Prefeitura Municipal local, foram até a garagem onde ficavam estacionados os veículos da Prefeitura e avistaram Tiago, que, ao perceber a chegada dos policiais, evadiu-se do local e se alojou dentro de uma ambulância, onde foi abordado na posse de uma arma de fogo, que portava à cintura. Foram encontrados no interior do carro do réu projéteis de arma de fogo. Relataram os declarantes que o réu alegou ter cometido o delito para se defender da vítima Carlos Alexandre. Os depoentes afirmaram conhecer a vítima Carlos Alexandre de outras ocorrências (perturbação de sossego, com som alto em automóvel e em sua residência). Todavia, não haviam tido contato com o réu anteriormente e não receberam a informação de que este havia tentado matar ou ameaçado a

Acesso ao Sumário

vítima Francisco (fls. 244/246).

O policial militar Luís Carlos, em Plenário, disse que foram acionados para averiguar uma desinteligência. Chegando ao local dos fatos, viram Tiago e Carlos discutindo, bem exaltados. Tiago era o mais exaltado, querendo brigar com todos. Foi contido e levado para sua residência. Carlos ali chegou pouco depois. Ambos conversaram na presença dos policiais e aparentemente fizeram as pazes. O acusado entrou em sua residência e Carlos foi embora. Depois, o declarante e seu colega de farda foram acionados novamente, em razão da ocorrência de disparos de arma de fogo. Chegando ao local indicado, constataram que Carlos havia sido atingido por alguns disparos e tomaram conhecimento de que o autor dos tiros era o réu Tiago. Sabiam qual era o veículo do acusado e o localizaram no pátio do hospital. Desconfiaram que ele estivesse em um quartinho onde ficavam os motoristas de ambulância. Como o quarto estava trancado, buscaram a chave na recepção e, ao entrarem por uma porta, ouviram o barulho de outra se fechando e de uma pessoa saindo. No quarto, não havia mais ninguém. Em patrulhamento pelo pátio do hospital, localizaram Tiago dentro de uma ambulância. Ele foi abordado e com ele havia um revólver calibre 38 municiado, com seis munições intactas. Existiam, ainda, mais duas intactas e uma deflagrada no bolso do réu. Não presenciaram nenhuma ameaça formulada por Carlos contra Tiago (mídia digital).

A testemunha Daiane Cristina dos Santos Campos disse, na primeira fase do procedimento judicial, que, "*na data dos fatos, estava na residência de sua tia, momento em que, escutou uma discussão, em que, a mulher de Tiago dizia 'Pára Tiago! Pára Tiago!' , logo em seguida, ouviu um tiro. Afirmou ainda que, viu a vitima Carlos caído no chão e logo em seguida então, ocorreram os disparos. Asseverou ainda ter visualizado um veículo VW Gol, uma Parati e uma Saveiro, parados na rua próxima ao local. Afirmou ainda que não viu o momento dos disparos e que apenas ficou sabendo como teria se desenvolvido a desavença por informações de terceiros*" (fls. 246).

Em Plenário, Daiane contou que é ex-cunhada da irmã do acusado. Relatou que estava na casa de sua tia e viu a vítima "Nenê" (Carlos) passando. O réu passou logo atrás, de carro. Achou que não aconteceria nada. Porém, o carro conduzido pelo Tiago encostou na motocicleta. Não chegou a ver se a moto de Carlos bateu no carro de Tiago. Carlos caiu e saiu correndo. Havia uns três carros subindo a rua. Carlos estava sozinho. Viu Tiago sacando a arma e atirando em Carlos. Esclareceu que o carro de Tiago encostou na moto, mas não atropelou Carlos. Disse que não queria estar lá, nem prestar depoimento, pois escuta muitos comentários a respeito (mídia digital).

Acesso ao Sumário

É certo que Daiane, na última oportunidade em que ouvida, modificou seu depoimento e acabou afirmando que viu os fatos na íntegra. Ou seja, que presenciou o ofendido Carlos tentando correr, quando o acusado sacou arma de

fogo e disparou contra ele.

Mas o fato é que o Conselho de Sentença, com a soberania que lhe é conferida constitucionalmente, ao interpretar a prova, entendeu que Daiane contou a verdade em Plenário e acolheu a versão que esta expôs, a qual, de resto, coincidiu com o relato da própria vítima.

E, como Daiane ressaltou, em tal oportunidade, que gostaria de não ter visto os fatos e que preferia não ter de depor, não deixa de ser viável o posicionamento dos membros do Conselho, que, evidentemente, consideraram que ela optou por assumir postura mais evasiva em seu primeiro depoimento judicial, mas, depois, quando do julgamento, contou tudo o que realmente vira.

Note-se que, apesar da alegação recursal de que houve falso testemunho, os jurados, Juízes Naturais da causa, claramente não entenderam assim, pois acolheram a versão exposta pela aludida testemunha e pelo ofendido Carlos.

E, deveras, o não reconhecimento de legítima defesa não pode ser considerado manifestamente contrário à prova dos autos. Com efeito, o próprio apelante, além de admitir que realmente efetuou os disparos, em nenhum momento afirmou que o ofendido também portasse arma de fogo.

Como se vê, de acordo com prova oral exposta, não se pode afirmar que os jurados, ao decidirem pela condenação do apelante, com relação à vítima Carlos, o fizeram sem respaldo nos autos. Isto porque neles existem elementos indicativos de que o apelante agiu da forma descrita na denúncia, sem comprovação efetiva da presença da alegada legítima defesa. Claro, neste sentido, o depoimento da vítima, reiterado em Plenário, afigurando-se nítido que os jurados consideraram suas palavras dignas de crédito e, na esfera de sua soberania, deram agasalho à versão delas emanada. Versão esta que, na data do julgamento, foi, ademais, corroborada pela testemunha Daiane. Logo, não há que se alegar que a decisão contrariou a prova dos autos pelo fato do Conselho de Sentença haver reconhecido a autoria, mesmo porque também lastreada nas palavras das testemunhas ouvidas, sem, no entanto, dar guarida à tese de legítima defesa, porquanto se trata de versão exposta unilateralmente pelo acusado.

Com efeito, os jurados, no exercício da soberania que lhes confere o ordenamento jurídico vigente, ao interpretarem os elementos de convicção e separarem o joio do trigo, atribuíram credibilidade às palavras da vítima e de Daiane, rechaçando a versão do acusado. Destarte, excluíram a legítima defesa, como, também entenderam que era caso de se manter a qualificadora.

Assim, os membros do Conselho de Sentença não afrontaram os elementos de convicção produzidos, pois, isto sim, escolheram a versão constante dos autos que lhes pareceu mais convincente e melhor alicerçada.

Inclusive – como já dito – quanto à real configuração da qualificadora do emprego de recurso que dificultou a defesa do ofendido, consistente em haver o

Acesso ao Sumário

réu jogado seu veículo contra a motocicleta deste último para, em seguida, atirar contra ele, de forma surpreendente.

Efetivamente, o Conselho de Sentença acolheu, na interpretação da prova oral, a assertiva da vítima, no sentido de que estava desarmada, teve sua motocicleta atingida, de surpresa, pelo réu e não esperava que este disparasse tiros de arma de fogo em sua direção.

Assim, como a decisão do Júri se baseou em tese acusatória amparada por elementos de convicção trazidos aos autos, descabe cogitar de manifesta contrariedade do julgado em relação à prova. A reforma só se justifica quando a decisão é arbitrária, por não encontrar apoio algum nos elementos colhidos, seja durante a instrução, seja em plenário. Tal discrepância não se verificou no caso.

No sentido de que a opção do Conselho de Sentença por versão fluente da prova deixa hígido o julgamento é o comentário de Guilherme de Souza Nucci:

> *"Decisão manifestamente contrária à prova dos autos: esta é a hipótese mais controversa e complexa de todas, pois, em muitos casos, constitui nítida afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos. É certo, como afirmado na nota anterior, que o duplo grau de jurisdição merece conviver harmoniosamente com a soberania dos veredictos, mas nem sempre, na situação concreta, os tribunais togados respeitam o que os jurados decidiram e terminam determinando novo julgamento, quando o correto seria manter a decisão. O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Conferir: STJ: "Não cabe aos tribunais analisar se os jurados decidiram bem ou mal, mas apenas verificar se a decisão do Tribunal Popular está completamente divorciada da prova dos autos. Isso porque reserva-se ao Júri a faculdade de apreciar os fatos e de, na hipótese de versões e teses porventura discrepantes, optar pela qual lhe pareça mais razoável. Assim, ainda que existam duas versões amparadas pelo material probatório produzido nos autos, deve ser preservado o juízo feito pelos jurados no exercício de*

Acesso ao Sumário

sua função constitucional." (HC 201812 – SP, 5ª T. rel. Marco Aurélio Belizze, 07.08.2012, v.u.)" – (*in* Código de Processo Penal Comentado, 12ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 1048).

Assim, na hipótese vertente, ante o já ponderado, deve ser mantido o veredicto.

Cabe, porém, reparo na dosimetria penal, como passa a ser demonstrado.

A pena-base foi ficada acima do mínimo legal, nos seguintes termos: "*Analisadas as diretrizes do art. 59 do CP, denoto que a culpabilidade, entendida como o juízo de reprovabilidade da conduta do agente, é elevada, pois o réu iniciou sua ação perseguindo a vítima, valendo-se de seu veículo automotor para derrubar o ofendido no chão, que trafegava em via pública com sua moto. De se apontar que o ato praticado pelo réu, valendo-se de seu carro como verdadeira arma, sobreleva a brutalidade da ação criminosa. Ademais, o acusado inicialmente alvejou a cabeça da vítima, apenas não conseguindo realizar o disparo, porque a arma falhou. Acrescente-se que, mesmo com a vítima em fuga, o acusado atingiu o ofendido pelas costas (região dorsal) por duas vezes, conforme constatado pelo laudo pericial de fls. 201/225, o que eleva significativamente a reprovabilidade da conduta. Ou seja, não bastasse a utilização da arma de fogo contra vítima indefesa (qualificadora), o acusado o fez alvejando o ofendido pelas costas, quando este se encontrava correndo para tentar salvar sua vida da ação delituosa do agente. O acusado ostenta antecedentes e personalidade neutros. A eventual futilidade dos motivos foi afastada pelo soberano Conselho de Sentença, sendo de rigor reconhecer-se como elemento neutro. As consequências do delito, entendidas como a intensidade de lesão ou nível de ameaça ao bem jurídico tutelado, abrangendo, ademais, os reflexos do delito em relação a terceiros, não apenas no tocante a vítima, também lhe são negativas, visto que resultou para a vítima lesões corporais de natureza grave, bem como 'perigo de vida ocasionado pelas lesões internas, que necessitaram internação em UTI e cirurgia imediata para tratamento da perfuração dos intestinos', consoante laudo pericial juntado aos autos à fl. 203. No concernente às circunstâncias do crime, entendidas como o modus operandi (as singularidades do próprio fato que escapam a definição legal do tipo), são negativas, uma vez que o delito ocorreu no período noturno (de madrugada), horário em que há pouco tráfego nas ruas, o que dificulta a intervenção de terceira pessoa em favor da vítima. Portanto, nessa primeira fase da dosimetria, fixo a pena-base em 18 (dezoito) anos de reclusão*" (fls. 368/369).

Entretanto, o aumento aplicado, na fração de 1/2 (metade), não se sustenta *in casu*. Na verdade, foram consideradas circunstâncias que já serviram ou servirão para outras finalidades. Assim, o fato do réu haver derrubado a vítima da motocicleta usando seu carro e, depois, atirado contra ela pelas costas já

Acesso ao Sumário

serviu, a rigor, para a caracterização da qualificadora do emprego de recurso para dificultar a defesa desta. A menção, pelo Juízo, de que o acusado mirou a cabeça do ofendido, mas não conseguiu atingi-la, já está embutida na configuração do *animus necandi*. E a alusão a ter a vítima sofrido lesões graves e perigo de vida diz respeito a aspectos a serem considerados para aferição da fração de abrandamento de pena a ser aplicada pela tentativa, pois ser relacionam ao *iter criminis* percorrido. E, quanto ao fato do crime haver ocorrido no período noturno, é preciso reconhecer que não há evidências de que o apelante quis se prevalecer desta circunstância, pois, ao contrário, o sucedido decorreu de uma sequência de situações que culminaram naquele momento. E, como aduzido na própria sentença, a futilidade da motivação (uma segunda qualificadora que poderia vir a ser sopesada como circunstância judicial) foi afastada pelos jurados. Destarte, ora se estabelece a pena-base no piso legal.

Na terceira fase do cálculo, reconhecida a tentativa, houve redução da pena em 1/3 (um terço), "*tendo em conta o iter criminis percorrido pelo réu e a grande proximidade da consumação do delito de homicídio*" (fls. 369). Deveras, pouco faltou para que conseguisse ceifar a vida do ofendido, que foi atingido mais de uma vez, correu sério risco de morte e permaneceu internado por 04 (quatro) dias em UTI hospitalar. Inviável, pois, diminuição maior do que a já empregada.

Consolida-se, pois, a pena, em 08 (oito) anos de reclusão.

Quanto ao regime prisional inicial, acertadamente foi fixado o fechado.

No caso concreto, o regime inicial fechado deveras se impõe, para que a penalidade tenha contornos de suficiência em face das peculiaridades vislumbradas nos autos. Com efeito, a conduta do réu deve ser analisada e valorada no contexto específico que emana de sua particular situação em cotejo como os elementos de convicção coligidos. E, na hipótese concreta, tem-se que se cuida de delito cometido com emprego de violência real e à mão armada, não se tratando, aqui, de uma arma qualquer, mas de arma *de fogo*, dotada, portanto, de maior poder letal. Ademais, o delito em tela, direcionado contra o bem jurídico mais precioso, que é a vida humana, foi levado a efeito de forma surpreendente, tendo os jurados entendido que houve emprego de recurso que dificultou a defesa da vítima. Possível entrever, destarte, periculosidade por parte de quem pratica ação com tais características, o que torna necessário regime prisional que, num primeiro momento, implique recolhimento efetivo. Tudo se soma para demonstrar que o regime inicial fechado está a se impor, a fim de que a reprimenda, quanto ao seu modo de cumprimento, se mostre *proporcional* à conduta e fique adequada ao princípio da *suficiência* da pena, deixando patenteada a seriedade da reprovação merecida, a fim de que o acusado efetivamente medite sobre a gravidade de seu comportamento e fique desencorajado de repeti-lo.

Acesso ao Sumário

A observância dos princípios da proporcionalidade e da suficiência da pena, que incidem inclusive quanto a seu modo de cumprimento (regime prisional), realmente corrobora o efetivo cabimento, na hipótese concreta, do regime inicial fechado.

Cumpre destacar que, já estando o acusado preso em razão do presente feito e ora mantida, por esta decisão colegiada de 2º grau, a sua condenação, fica, evidentemente prejudicada a sua pretensão de recorrer em liberdade, inclusive em face do já decidido pelo C. Supremo Tribunal Federal no H.C. nº 126292/SP (Rel. E. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016), reafirmado pelas decisões que indeferiram, por maioria de votos, as medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, em 05/10/2016.

Diante do exposto, dou **parcial pro**vimento ao recurso, para que TIAGO SOARES DA SILVA passe a constar como condenado, por incurso no artigo 121, § 2º, IV, c.c. o artigo 14, II, ambos do Código Penal, a 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0024879-97.2012.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante ANDERSON CARDOSO DA SILVA, 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 45.890)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e IVAN SARTORI.

São Paulo, 8 de maio de 2018.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Estelionato (art. 171, "caput", do Cód. Penal). Provas seguras de autoria e materialidade. Materialidade comprobatória. Palavras coerentes e incriminatórias de testemunha. Confissão judicial, ademais. Dolo caracterizado na conduta do agente. Condenação imperiosa. Responsabilização inevitável. Apenamento criterioso. Pena fixada e mantida no

Acesso ao Sumário

mínimo legal. Substituição da corporal operada. Inviabilidade de detração pelo cumprimento parcial de requisitos da suspensão condicional do processo. Justificação de descumprimento, ademais, não operada no prazo legal. Regime inicial aberto, em eventual necessidade de conversão. Taxas judiciárias. Impossibilidade de isenção. Apelo improvido.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta, que se acolhe e adota, acrescenta-se que **Anderson Cardoso da Silva** saiu **condenado** às penas de ***1 ano de reclusão (regime aberto), mais 10 dias-multa, valor unitário mínimo*** – *substituída a corporal por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade* –, pela prática da infração penal capitulada no art. 171, "caput", do Código Penal (*estelionato*).

O apelo do acusado – *f. 356/363* – pretende, essencialmente, a modificação do julgado em sua parte meritória e conclusiva, buscando a improcedência da demanda e consequente inversão do resultado, com absolvição, por defendida ***(i)*** insuficiência da prova acusatória; e ***(ii)*** atipicidade da conduta, por ausência de dolo.

Subsidiariamente, busca ***(i)*** ver declarada cumprida a pena restritiva de direitos, por haver cumprido suspensão condicional do processo, e ***(ii)*** isenção das custas processuais.

Anotam-se contrarrazões – *f. 367/370* – que defendem a mantença do decisório.

Autos distribuídos (*f. 394*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, conclui, em parecer respeitável, pelo improvimento do inconformismo recursal – *f. 395/398* –, chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***10.jan.2018****, f. 399*.

É o relatório.

Estelionato (*art. 171, "caput", do Código Penal*).

Acusado e corréu avençam a prática do crime, com o fim de simular roubo de carga, ação pela qual o *acusado* receberia *R$ 15.000,00.*

Acusado, motorista de caminhão, retira a carga da empresa vítima, estimada em ***R$ 113.507,84***, com o fim de transportá-la até o Estado de Pernambuco, dirigindo-se até o *Autoposto Asa Branca*, na cidade de Lavrinhas-SP, momento em que o ***corréu e outro comparsa*** retiram a carga do caminhão do acusado e dela se apoderam em proveito próprio.

Acesso ao Sumário

No dia seguinte, *acusado* noticia falsamente a ocorrência de roubo, tendo a empresa *vítima* sofrido o prejuízo, posteriormente ressarcido por seguradora.

Estes ***os fatos***, em suma.

Condenação acertada.

Fato perfeitamente tipificado.

Elementos mais do que suficientes a garantir autoria e materialidade delitivas.

Esta demonstrada por ***(i)*** boletim de ocorrência de *f. 14*; e ***(ii)*** notas fiscais da carga subtraída, *f. 27 e 35/65*.

E a **autoria** também é certa.

A começar pela ***confissão judicial do acusado***, *f. 320*, que ***admite os fatos***, sem titubeios.

Confirma ter agido em conluio com outros agentes e haver ***noticiado falsamente o roubo de carga.***

Alega, porém, que não receberia nada por agir dessa forma.

E a confissão, embora vazia quanto à alegada ausência de vantagem, se encontra respaldada pelos demais elementos de prova.

Afinal, a ***testemunha Jefferson***, *f. 320*, confirma a ocorrência dos fatos, narrando que a carga pertencia à empresa *Goodyear*, enquanto a transportadora ***JPN*** seria responsável pelo frete.

Destaca ter recebido *R$ 15.000,00*, por seu envolvimento no crime.

Pois bem.

Os elementos carreados evidenciam ***a ação em conluio do acusado com outros asseclas***, todos visando à apropriação fraudulenta da carga da empresa *vítima*, em prejuízo desta, com a falsa notificação de crime.

Evidente a locupletação dos envolvidos, donde absolutamente vazia a alegação do *acusado de que não recebeu nada por sua participação na conduta criminosa.*

Não há qualquer razoabilidade na ação de quem age como tal sem receber qualquer vantagem.

Queria agir como personagem mítico, ajudando os comparsas em prejuízo de uma empresa capitalista, tudo sem qualquer vantagem para si?

Evidentemente, sua alegação não convence e tampouco se vê acompanhada de provas.

Donde o acerto da origem quanto á caracterização do crime.

O que só pode levar à certeza do quadro.

Não há, enfim e nem de longe, fragilidade probatória.

Ela, ao reverso, é plena, categórica.

Acesso ao Sumário

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 do estelionato exatamente aquele que apontado e responsabilizado.

Por outro lado, não assiste qualquer razão à defesa quanto à tese de ***atipicidade da conduta.***

Afinal, o que a conduta do acusado demonstra, seja pelo seu modo de agir – *noticiando falsamente a ocorrência de um roubo de carga* –, bem como pela narrativa oferecida por ***Jefferson***, é o claro intuito haver **vantagem ilícita <u>para todos os envolvidos no engodo</u>**.

Plenamente evidenciado, portanto, o ***<u>dolo</u>***, consistente na livre e consciente vontade de obter vantagem ilícita, mediante meio fraudulento, induzindo a vítima em erro e mantendo-a em tal condição.

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.

Em suma.

O acusado praticou o fato – *típico penal* – que lhe é imputado.

E a empresa-vítima ***suportou prejuízo***, ainda que ressarcido por seguradora.

O fato é que há, enfim, ***<u>ocorrência de prejuízo</u>***.

Trata-se, na verdade, de trama planejada, de artimanha sagaz, com claro intuito de lucro nefasto, oriundo de prejuízo a terceiros.

Condenação, portanto, inevitável.

"*Quantum satis*".

Apenamento criterioso.

Base no mínimo legal, assim mantida ao final, até mesmo porque cediço que circunstâncias atenuantes não têm o condão de levar as penas aquém do mínimo legal.

Tudo consonante ao **verbete 231** do direito sumular do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

"A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (DJU 15-10-99).

Por fim, adequada substituição da corporal por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

E não há que se falar em ***cumprimento da pena por aplicação de suspensão condicional do processo, que fora <u>parcialmente cumprida</u>.***

A uma, porque o instituto não significa cumprimento de pena, mas

Acesso ao Sumário

imposição de requisitos e restrições que evitam o processamento da ação penal,

A duas, porque a suspensão condicional do processo apresentava ***condições e obrigações aceitas pelo acusado***, que, no entanto, as cumpriu parcialmente, ***deixando de justificar, no prazo legal e devido, a impossibilidade de reparação parcial do dano.***

E o ressarcimento à *vítima*, por seguradora, só por si, não justifica o descumprimento por parte do acusado.

Ademais, ***e finalmente***, porque a suspensão condicional do processo não lhe impunha prestação de serviços à comunidade, pena restritiva de direitos que substitui a corporal.

Ou seja, após a condenação, fala-se em ***cumprimento de pena***, donde não haver que se operar detração pelo cumprimento de requisitos de suspensão condicional do processo.

Trata-se de institutos distintos e inconciliáveis, como bem aponta a d. Procuradoria de Justiça.

Inviável, portanto, a pretensão do *acusado*, quanto a tanto.

Quanto ao **regime inicial**, fixado o aberto, em eventual necessidade de conversão.

Custas.

Contrariamente ao pleiteado pela defesa, mostra-se acertada a referência condenatória quanto às custas processuais, prevista no *art. 4º, § 9º, "a", da Lei Estadual nº 11.608/03*, não havendo alegar-se isenção por conta de assistência judiciária gratuita.

Ora.

A eventual condição do acusado em ser beneficiário da *assistência judiciária gratuita* não exclui do Magistrado a possibilidade de fixação de quaisquer taxas judiciárias, dês que a isenção do pagamento só ocorrerá se o beneficiário não puder satisfazer o débito no **prazo de 5 anos**, a partir do trânsito em julgado da decisão, mesma data em que se declarará prescrita a prestação, o que até aqui não é caso (*art. 4º, § 9º, L. 11.608/2003, c.c. art. 11, § 2º, e 12, Lei nº 1.060/50*).

Daí que permanece a condenação pelas custas como está.

Que será avaliada pelo juízo executório, na combinação do estudo da legislação citada (*art. 4º, § 9º, L. 11.608/2003, c.c. art. 11, § 2º, e 12, Lei nº 1.060/50*).

Nada se altera, portanto.

Nega-se provimento ao apelo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0004493-34.2011.8.26.0584, da Comarca de São Pedro, em que são apelantes ANA PAULA MAIA CATARINO e DIEGO MANZATO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram as preliminares, negaram provimento ao recurso do réu Diego e deram parcial provimento ao recurso da ré Ana Paula, somente para reduzir sua pena para 03 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 816 dias-multa, no valor unitário mínimo. Considerando-se que o Col. STF, na sessão plenária de 05 de outubro de 2016, consolidou o entendimento adotado em fevereiro deste mesmo ano, reeditado no julgamento do HC 135608, Rel. Min. Cármen Lúcia, no sentido de que, exaurida a possibilidade de tramitação de recursos em Segunda Instância, ainda que pendentes recursos especial e extraordinário sem efeito suspensivo, a determinação de início imediato do cumprimento da pena não constitui ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência, tal como assentado no HC 126292, Rel. Min. Teori Zavascki, determino, assim que certificada a não interposição de recurso ordinário contra a presente decisão, seja imediata a expedição de mandados de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.581)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SILMAR FERNANDES e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 17 de maio de 2018.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES DE NULIDADE – REGULARIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – NÃO ACOLHIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS – REDUÇÃO DA PENA-BASE DE ANA PAULA – REGIME INICIAL FECHADO ADEQUADAMENTE ESTABELECIDO – RECURSO DE DIEGO NÃO PROVIDO – PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DE ANA PAULA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelações interpostas por **Ana Paula Maia Catarino** e **Diego Manzato** contra a r. sentença de fls. 1140/1143, que os condenou pela prática do crime previsto no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento de **04 anos e 01 mês de reclusão**, em regime inicial fechado, e ao pagamento de **952 dias-multa**, no valor unitário mínimo (Ana Paula); e de **03 anos e 06 meses de reclusão**, em regime inicial fechado, e ao pagamento de **816 dias-multa**, no piso legal (Diego).

A defesa de Diego suscita, preliminarmente, a nulidade das interceptações telefônicas. No mérito, requer a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, postula: (i) o afastamento da majorante; (ii) a redução da pena de multa; e (iii) a fixação do regime inicial aberto (fls. 1171/1181).

A defesa de Ana Paula também suscita a nulidade das interceptações telefônicas. No mérito, pleiteia a absolvição, alegando insuficiência de provas. (fls. 1183/1191).

Os recursos foram contrarrazoados pelo Ministério Público (fls. 1193/1207).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 1211/1218) opinou pelo não provimento dos recursos.

É o relatório.

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade relativas às interceptações telefônicas.

A interceptação foi realizada atendendo-se a todas as formalidades necessárias, tendo sido decretada com lastro em dados empíricos que sugeriam a prática de delitos.

O fato de as informações iniciais apontarem que o celular que estava no interior da penitenciária relacionava- se com a prática de crimes patrimoniais, em nada afeta a licitude das interceptações realizadas. É válido o encontro fortuito de provas relativas a crime diverso, fenômeno conhecido como serendipidade, no contexto de investigação da prática de outras infrações.

No mais, a determinação inicial e a prorrogação das interceptações telefônicas foram devidamente fundamentadas, ainda que de forma sucinta, demonstrando de forma suficiente a necessidade da decretação da medida (fls. 09/10, 13/14, 33/34 do apenso).

Também não se cogita de ilegalidade em razão de a origem das investigações e da determinação da interceptação telefônica ser notícia anônima.

A mesma Constituição Federal que assegura a livre manifestação do pensamento, *veda o anonimato* (art. 5º, inc. IV) e declara inviolável a

Acesso ao Sumário

intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando direito indenizatório decorrente de dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, inc. X).

Do confronto entre o dever legal de servir como testemunha, a todos imposto (salvo exceções), e a inviolabilidade da vida privada, surge a indagação sobre a validade e legitimidade, perante a ordem jurídico-constitucional, da notícia anônima de crime.

De um lado, a Constituição veda expressamente o anonimato, limitando a livre manifestação do pensamento individual. No mesmo passo, a legislação infraconstitucional impõe o dever de testemunhar e identificar-se como testemunha. De outro, a autoridade que recebe notícia de crime de ação penal de iniciativa pública tem o dever de verificar a procedência das informações e, confirmada esta, de instaurar procedimento investigatório.

Aquilo que a Constituição parece vedar é estimulado pelas instituições oficiais de Defesa Social, sobretudo as vinculadas à Segurança Pública: a "denúncia" anônima.

A 5ª Turma do STJ já decidiu, por unanimidade, que não há ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações deflagradas por denúncia anônima, pois a autoridade tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, desde que se proceda com a devida cautela, sobretudo quando a investigação e o inquérito sejam conduzidos sob sigilo.

No voto do Relator, Min. Gilson Dipp, consignou-se que se tratava de investigação da Polícia Federal ("Operação Albatroz"), deflagrada por denúncia anônima que deu origem a inquérito policial. Instaurado o procedimento, foram determinadas diversas diligências (entre elas a quebra de sigilos bancário, fiscal e telefônico), que, renovadas, fundamentaram a prisão temporária dos investigados e busca e apreensão (domiciliar e nos locais de trabalho).

Para fundamentar a constitucionalidade do procedimento instaurado a partir da delação anônima, o Min. Gilson Dipp entendeu que a base para a instauração do inquérito não teria sido simplesmente a "denúncia anônima", mas sim o resultado das investigações conduzidas sob sigilo pela Polícia Federal a partir daquela. Afirmou o relator, por fim, que "a referida carta anônima não contaminou o restante do acervo probatório", relativizando o alcance *da teoria dos frutos da árvore venenosa.*

Deste modo, e tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, não se mostra nula a interceptação telefônica originada de notícia anônima. Ainda que decorrente de informação anônima, a autoridade policial agiu em conformidade com dever legal a ela imposto, buscando os meios necessários para a apuração de possíveis infrações que estariam sendo cometidas ou ordenadas do interior de estabelecimento prisional.

Acesso ao Sumário

No tocante ao prazo das interceptações, conforme firme entendimento jurisprudencial, é possível a realização de múltiplas prorrogações do lapso previsto na Lei nº 9.296/96, desde que haja necessidade no caso concreto.

Nesse sentido:

"1. Embora a interceptação telefônica deva perdurar, via de regra, por 15 (quinze) dias, prorrogáveis por mais 15 (quinze), excepcionalmente admite-se que tal lapso temporal seja ultrapassado, exigindo-se, para tanto, que a imprescindibilidade da medida seja justificada em decisão devidamente fundamentada. Doutrina. Precedentes. 2. Na hipótese em apreço, consoante os pronunciamentos judiciais referentes à quebra de sigilo das comunicações telefônicas constantes dos autos, vê-se que a prorrogação das interceptações sempre foi devidamente fundamentada, justificando- se, essencialmente, nas informações coletadas pela autoridade policial em monitoramentos anteriores, não havendo que se falar, assim, em ausência de motivação concreta a embasar a extensão da medida, tampouco em ofensa ao princípio da proporcionalidade. 3. Habeas corpus não conhecido" (STJ, HC 189.735/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013).

No mais, é prescindível a realização de perícia posterior nas interceptações realizadas, com o fim de se aferir a voz das pessoas que participaram dos diálogos, em especial nos casos em que outros elementos de prova permitem a segura identificação dos interlocutores, como ocorre no caso concreto.

Nesse sentido:

"Ademais, esta Corte tem entendimento firme no sentido de ser prescindível a realização de perícia para a identificação das vozes captadas nas interceptações telefônicas, diante da ausência de previsão na Lei n. 9.296/1996, e especialmente quando pode ser aferida por outros meios de provas. Assim como não enseja nulidade processual a ausência de perícia genérica, caso ambas as partes tenham acesso à integralidade do conteúdo colhido. Precedentes" (STJ, HC 409.551/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2017, DJe 11/10/2017).

Rejeitadas as preliminares, passo à análise do mérito dos recursos.

Os apelantes foram denunciados (fls. 01d/03d) porque, em data anterior ao dia 25 de janeiro de 2007, na Rua Valentim Amaral, nº 1084, Centro, na cidade de São Pedro, associaram-se entre si e com os corréus Agnaldo Batista Cardoso, Claudemir da Silva, Marcos Antonio Barbosa da Silva e Paulo César Bortolotti (autos desmembrados a fls. 826), para a prática do crime de tráfico de drogas.

A materialidade delitiva restou comprovada, em especial pelos laudos de transcrição de interceptações telefônicas (fls. 60/91), assim como pela prova oral amealhada aos autos.

Acesso ao Sumário

Importante ressaltar que em se tratando do crime de associação para o tráfico a apreensão de entorpecentes não se mostra imprescindível para a comprovação da materialidade, desde que haja outros elementos nos autos que confirmem que os agentes se associaram para a prática de traficância, o que se verifica no caso concreto.

A autoria, da mesma forma, é certa.

Em Juízo, sob o crivo do contraditório, o réu **Diego Manzato** negou a prática do crime, alegando não ter distribuído entorpecentes no interior de estabelecimento prisional.

A corré **Ana Paula Maia Catarino** também negou seu envolvimento com a associação, alegando não conhecer os demais agentes descritos na inicial acusatória.

As exculpatórias dos réus restaram infirmadas pelo restante dos elementos de prova amealhados aos autos.

O policial civil **Carlos Henrique Boeira** narrou ter realizado as interceptações telefônicas decorrentes da informação de que havia um celular no interior da cadeia pública de São Pedro. Agnaldo combinou com o réu Diego a entrega de drogas na cadeia. Paula e outra moça ficaram incumbidas de entregar os entorpecentes para agentes penitenciários, que os inseririam no estabelecimento. Na data em que a entrega seria feita, o policial Gimenes foi até uma praça e viu a ré Paula, sendo que o teor das conversas indicava que os agentes perceberam a presença do policial e retardaram a ação criminosa (fls. 829/861 e 976/982).

No mesmo sentido, o policial **João Oliveira Gimenes** narrou que em decorrência das interceptações se averiguou que determinada pessoa faria entrega de drogas no estabelecimento penitenciário para o réu Diego. Foi até uma praça para monitorar a situação. A acusada Paula, na companhia de pessoa não identificada, chegou com um carro ao local, percebeu a sua presença e foi embora. O policial que realizava a escuta ouviu a ré Paula comentar sobre sua presença na praça e que por isso a entrega das drogas foi abortada (fls. 862/889 e 967/975).

Acesso ao Sumário

Não se pode olvidar que os depoimentos dos policiais merecem inteira acolhida, pois não há nos autos elementos que indiquem qualquer motivo para incriminar gratuitamente os acusados. Narraram versões harmônicas quanto aos pontos fundamentais, de modo a elucidar convincentemente a verdade dos fatos. Não há prova de má-fé ou suspeita de falsidade.

Inexiste razão para desprestigiar agentes públicos quando comparecem perante a Justiça a fim de prestar contas de suas atividades.

As demais testemunhas em nada colaboraram para a elucidação do delito.

Da análise da prova oral, em especial os firmes relatos dos policiais

envolvidos nas investigações, aliada com o teor das interceptações telefônicas, não resta dúvida de que os apelantes estavam associados entre si e com terceiros para a prática de traficância.

O réu Diego estava preso e, em posse de um aparelho celular, negociava com comparsas que estavam soltos a entrega de entorpecentes para serem distribuídos no interior do estabelecimento prisional. A corré Ana atuava diretamente na entrega das drogas para que fossem introduzidas na cadeia pública.

Nos diálogos constantes de fl. 63 resta confirmada a narrativa dos policiais no sentido de que Ana iria fazer a entrega de entorpecentes a um agente penitenciário, somente não o fazendo porque percebeu a presença do policial Gimenes em uma praça.

No mais, os diálogos de fls. 66/73 confirmam que o acusado Diego conversava sobre meios de inserir drogas no estabelecimento prisional no qual se encontrava, com o fim de distribuí-las, sendo que em um dos diálogos consta que efetivamente recebeu elevada quantia de drogas.

O conteúdo dos diálogos constantes dos autos não deixa dúvida de que Diego e Ana integravam associação criminosa, voltada para a comercialização e distribuição de drogas no interior de estabelecimento penal.

Por fim, ressalto que o fato de os corréus terem sido absolvidos nos autos desmembrados, conforme consta da cópia juntada a fls. 1221/1225, em nada afeta a certeza quanto ao envolvimento dos ora apelantes no delito, até porque consta expressamente da referida sentença que: "*No caso dos autos, realizou-se interceptação telefônica em telefone encontrado no interior da cadeia pública local, tendo sido demonstrado, com exatidão, a divisão de tarefa entre os corréus dos autos desmembrados, Ana Paula e Diego, haja vista que a corré Ana Paula era encarregada de transportar o entorpecente para o interior do estabelecimento prisional, ao passo que o corréu Diego, na condição de preso, era responsável pela comercialização da droga*" (fl. 1224).

Passo, então, à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, as penas do réu Diego foram fixadas no patamar mínimo de 03 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa.

Em relação à ré Ana Paula, suas penas foram majoradas em 1/6, com base em seus maus antecedentes. Contudo, a certidão mencionada na r. sentença (fl. 13 do apenso específico) refere-se a crime praticado em data posterior ao ora apurado e, assim, não se mostra apta a configurar circunstâncias desfavorável, o que implica fixação de sua pena-base no patamar mínimo de 03 anos de reclusão e pagamento de 700 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes, as penas não sofrem

Acesso ao Sumário

alterações.

Na terceira fase, configurada a causa de aumento prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/06 – uma vez que o crime foi praticado nas dependências de estabelecimento prisional –, mantenho a majoração das penas em 1/6, resultando definitivamente em 03 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 816 dias-multa, no piso legal.

Inviável reduzir a pena de multa imposta, uma vez que esta foi aplicada em conformidade com o preceito secundário do tipo penal e de forma proporcional à pena privativa de liberdade.

Por fim, mantenho a fixação do regime inicial fechado, em razão das circunstâncias do caso concreto. Os réus se associaram para introduzir elevadas quantidades de entorpecentes em estabelecimento prisional, associadas à informação de que, para tanto, estariam corrompendo agentes públicos encarregados da fiscalização, vigilância e manutenção da ordem no interior dos referidos estabelecimentos.

Deste modo, é evidente que os regimes mais brandos não seriam suficientes aos fins de prevenção e retribuição da conduta.

Ante o exposto, rejeito as preliminares, **nego provimento** ao recurso do réu Diego e **dou parcial provimento** ao recurso da ré Ana Paula, somente para reduzir sua pena para 03 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 816 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Considerando-se que o Col. STF, na sessão plenária de 05 de outubro de 2016, consolidou o entendimento adotado em fevereiro deste mesmo ano, reeditado no julgamento do HC 135608, Rel. Min. Cármen Lúcia, no sentido de que, exaurida a possibilidade de tramitação de recursos em Segunda Instância, ainda que pendentes recursos especial e extraordinário sem efeito suspensivo, a determinação de início imediato do cumprimento da pena não constitui ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência, tal como assentado no HC 126292, Rel. Min. Teori Zavascki, determino, assim que certificada a não interposição de recurso ordinário contra a presente decisão, seja imediata a expedição de mandados de prisão.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001785-59.2014.8.26.0534, da Comarca de Santa Branca, em que é apelante/apelado E.P.C., é apelado/apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.380)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 5 de junho de 2018.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Apelações ministerial e defensória – Violência doméstica – Lesão corporal – Materialidade e autoria comprovadas – Provas suficientes a ensejarem o édito condenatório – Palavra da vítima que, no âmbito doméstico familiar, assume especial relevâ

ncia – Exame de corpo de delito e testemunho a roborarem sua versão, ademais – Condenação que se sustenta – Pena e regime inalterados – Substituição por restritiva arredada – Exegese do art. 44, I, do CP e Súmula 588 do STJ – Reclamo acusatório provido, negado provimento ao outro.

VOTO

Ação penal em que incurso o réu no art. 129, § 9º, do CP.

A r. sentença é de procedência, imposta a pena de 03 meses de detenção, em regime aberto, com substituição por prestação de serviços à comunidade.

Recorrem as partes.

O "Parquet" quer o afastamento da substituição da corporal, em se cuidando de delito a envolver violência (fls. 344/9).

A defesa, por seu turno, argui prescrição. No mérito, quer a absolvição por insuficiência probatória (fls. 360/4).

Contrariedades às fls. 372/4 (defesa) e 378/82 (MP). A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Eder do Lago Mendes Ferreira, é pelo provimento do reclamo ministerial, desprovido o outro (fls. 399/413).

Recurso bem processado.

É o relatório, adotado, no mais, o de primeiro grau. Por primeiro, tem-se que inocorrente a prescrição, dês que, imposta a pena de 03 meses de detenção e, considerado que o reclamo ministerial abarca somente a questão relativa à substituição da reprimenda, não o seu montante, tem-se que o lapso prescricional

Acesso ao Sumário

é de 3 anos.

Recebida a denúncia aos 19.04.16 (fl. 169) e publicada em cartório a sentença condenatória aos 21.09.17 (fl. 341), tem-se que não transcorrido prazo que tal entre os marcos interruptivos mencionados, tampouco entre a sentença e este acórdão.

Vai ao cerne.

Colhe-se dos autos que E.P.C. e E.V.S. mantiveram relacionamento amoroso por cerca de 06 meses, estando separados ao azo dos acontecimentos.

Na data dos fatos, ele chamou a ofendida para conversar, mas acabaram discutindo, quando o réu a agarrou pelos braços e a jogou ao solo. Na queda, ela feriu os cotovelos.

Daí este processo.

Nas duas vezes em que ouvido, E. negou o delito. Asseverou que mal conhece a vítima e apenas lhe deu carona uma vez. Depois, a moça passou a "persegui-lo", pois queria, a todo custo, manter um relacionamento, ao que ele sempre se negou. Disse, ainda, que E. "vive largada fazendo uso de drogas pela cidade, sem a devida assistência da mãe". É "uma adolescente drogada que nem sabe o que diz". Portanto, sua versão é mentirosa e deve ser desconsiderada (fl. 66 e mídia arquivada na Serventia).

Mas, a escusa não convence.

A vítima, nas duas vezes que ouvida, foi firme ao narrar as agressões tais como descritas na denúncia e sem titubear. Foi categórica ao dizer que ela e o acionado mantiveram relacionamento amoroso por cerca de seis meses, mas que resolveu terminar, com o que ele nunca se conformou, tanto que passou a ameaçá-la e a difamá-la pela cidade. Na data dos fatos, eles acabaram se encontrando na rua, ocasião em que E. a abordou e insistiu para que reatassem. Como ela negou, ele a agarrou pelos braços e a jogou no chão, momento em que feriu os cotovelos (fls. 41 e 166, e mídia respectiva).

O delegado de polícia oficiante, Dr. Luiz Paulo Leite Guadanucci, narrou que o réu já era conhecido não só pela polícia, mas por toda a cidade, por seu suposto envolvimento com menores, drogas e álcool. Tempos atrás, E. figurou como averiguado por estupro contra a ofendida e uma amiga dela, mas, como ditos abusos teriam ocorrido durante uma viagem para Angra dos Reis, eventual investigação transcorreu em outro estado, de modo que desconhece seus resultados. Desde essa época, o acionado manteve namoro com a vítima, quem, de início, tentou defende-lo, mas acabou denunciando a agressão (mídia arquivada na Serventia).

Acesso ao Sumário

E o laudo de corpo de delito de fl. 124 confirma as lesões: *"(...) escoriações nos cotovelos (...) a vítima sofreu lesões corporais de natureza LEVE."*.

Daí ser evidente a agressão.

Aliás, merece crédito a palavra da vítima, considerado que crimes que tais, não raro, não são presenciados por terceiros.

Neste sentido, os seguintes julgados da Instância Especial e desta Casa de Justiça: RHC 77.568/RJ, Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª Turma, Dje 22.11.2016; RHC 51.145/DF, Rel. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, Dje 01.12.2014; Apelação nº 0002058-35.2014.8.26.0244, 12ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Paulo Rossi, j. 19.04.2017, v.u.

Então, ao contrário do que sustenta a defesa, existe prova suficiente para a condenação.

Passa-se ao exame da reprimenda.

A base foi fixada no linde inferior, em 03 meses de detenção, em sendo o réu primário. Ausentes modificadores, tornou-se definitiva.

Fixou-se o regime aberto, substituída a pena por restritiva de direito, nos termos suso relatados.

Entanto, como bem anotado no reclamo ministerial, equivocou-se a nobre sentenciante ao proceder à substituição da corporal por restritiva de direito, porquanto, em se cuidando de crime a envolver violência, dita benesse é expressamente vedada pelo art. 44, I, do Estatuto Repressivo, sem falar que, até então, a extensão da pena nem comportava prestação de serviço.

Nessa linha, aliás, a recente Súmula 588 da Instância Especial: "*A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos*.".

Contudo, **sendo o recorrido primário, viável a suspensão condicional da pena pelo período de dois anos, a teor do art. 77 do Estatuto Repressivo, com as condições que o juízo da execução fixar.**

Destarte, nega-se provimento ao reclamo defensório e dá-se ao da acusação, para, afastada a substituição da corporal por restritiva de direito, conceder "sursis" ao réu, por dois anos e nos termos acima.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005781-33.2016.8.26.0619, da Comarca de Taquaritinga, em que são apelantes PAULO RICARDO DE JESUS GOMES, IGOR HENRIQUE ALVES LUCHI, JULIANA ROSANGELA GONÇALVES DE LIMA e JHONATA ANTONIO SOUZA, 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: "Afastadas as preliminares, NEGARAM PROVIMENTO aos recursos, mantendo-se a r. sentença pelos seus próprios fundamentos. Por força do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292 e, mais recentemente, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43, uma vez encerrado o julgamento e ultrapassados os prazos dos recursos ordinários, providencie-se as comunicações necessárias para que se dê início ao cumprimento das penas, expedindo-se os competentes mandados de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20.152)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente sem voto), OTAVIO ROCHA e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 13 de junho de 2018.

FREITAS FILHO, Relator

Ementa: TRÁFICO DE ENTORPECENTES – Preliminares – Não ocorrência – Absolvição – Impossibilidade autoria e materialidade devidamente comprovadas – Robusto conjunto probatório – Desclassificação para crime de uso – Impossibilidade – Pedidos subsidiários – Incabíveis – Afastadas as preliminares e negado provimento aos recursos

VOTO

Vistos.

Ao relatório da r. sentença, que adoto, acrescento que PAULO RICARDO DE JESUS GOMES e JULIANA ROSANGELA GONÇALVES DE LIMA foram condenados às penas de 05 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 dias multa, no piso, e JHONATA ANTONIO SOUZA e IGOR HENRIQUE ALVES LUCHI foram condenados ao cumprimento de 04 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 416 dias multa, no piso, todos por incursos no artigo 33 da Lei 11.343/06 (fls. 625/628).

Inconformados, apelam as defesas.

A defesa de Jhonata busca, em suma, a absolvição por insuficiência de provas, ou, a desclassificação para o crime de posse de drogas para uso próprio. Subsidiariamente, requer maior redução pelo benefício do §4º do artigo 33 da

Acesso ao Sumário

Lei de Drogas, a diminuição da pena de multa, bem como a concessão da Justiça Gratuita (fls. 650/657).

A defesa do corréu Igor requer, preliminarmente, a nulidade processual por vício na prisão em flagrante, uma vez que não houve mandado de busca e apreensão. No mérito objetiva a absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, maior redução pelo §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, bem como a fixação de regime mais brando (fls. 704/713).

Já a defesa dos acusados Juliana e Paulo pleiteia, preliminarmente, a inépcia da inicial por descrever conduta que não faz parte do núcleo do tipo penal. No mérito, requer a absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, a redução da pena base, a concessão da causa de diminuição da pena prevista no

§4º do artigo 33 da Lei de Drogas e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos (fls. 722/741).

Bem processados os recursos, com a apresentação de contrarrazões (fls. 664/670 e 748/754), opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelos seus desprovimentos (fls. 760/773).

É o relatório.

Primeiramente, com relação às preliminares de nulidade do processo arguidas, estas não merecem acolhimento.

Não se cogita eventual irregularidade pela ausência de mandado de busca e apreensão, porquanto, é cediço, o delito em tela é de natureza permanente, cuja consumação se protrai no tempo, estando, assim autorizado - pela Constituição Federal (art. 5º, XI) - o ingresso na residência do traficante, independentemente de mandado.

Sobre o tema, ressalta ALEXANDRE DE MORAES que *o Supremo Tribunal Federal já decidiu que mesmo sendo a casa o asilo inviolável do indivíduo, não pode ser transformado em garantia de impunidade de crimes, que em seu interior se praticam. Assim, violação de domicílio legal, sem consentimento do morador, é permitida, porém somente nas hipóteses constitucionais* (Direito Constitucional, 20ª edição, Editora Atlas, 2006, p. 50).

No mesmo sentido concluiu o e. Procurador de Justiça JOSÉ CARLOS AMORIM DE VILHENA NUNES, cujo judicioso parecer merece destaque:

Sobre os reclamos quanto a forma de apreensão da droga, já é posição jurisprudencial assente não consistir nulidade a ação policial diante de crime em curso e, no caso, deparando os policiais com usuário portando droga que acabara de obter no local, era seu dever proceder a diligência no sentido de prender o fornecedor do entorpecente. Ademais, eventual vício do flagrante não contamina o processo, desde que produzidas provas suficientes do crime, certo que o apelante inclusive reconheceu que guardava o tóxico no seu apartamento, em consonância com o restante da prova oral e a defesa não apontou o prejuízo

Acesso ao Sumário

alegado.

Além do mais, *in casu*, o efetivo encontro da droga guardada no quarto do apelante para o fornecimento a terceiros fez evidenciar o estado de flagrância.

Melhor sorte não socorre aos recorrentes quanto à aventada nulidade da denúncia.

A petição inicial acusatória, ao contrário do alegado, descreveu minuciosamente a conduta dos acusados, e se, a conduta "ocultar" não está prevista no tipo penal, é certo que as "ter em depósito e guardar" estão, e elas vem explicitamente descritas na pena inicial.

Melhor dizendo, como bem dito pelo d. Procurador de Justiça, os fatos imputados aos acusados, descritos na denúncia, contêm todos os elementos necessários para a caracterização do tipo penal, sendo satisfatória a narrativa da conduta típica, consistente nas ações nucleares "ter em depósito e guardar". Não há que se falar em inépcia da inicial, nesta hipótese, uma vez que a exposição dos fatos se sucedeu de forma objetiva e suficiente para os acusados conhecerem os termos da acusação desde o início da ação penal, conforme preceitua os termos do artigo 41 do Código de Processo Penal, permitindo assim o desempenho da ampla defesa e do contraditório.

Vale consignar que a presente exordial permitiu o exercício da ampla defesa dos recorrentes, se mostrando apta a cumprir seu papel constitucional em dar ciência aos réus dos fatos que contra eles são imputados, como se observa de simples leitura, mostrando-se, por isso, acertada a decisão pelo seu recebimento.

Neste sentido, temos:

"Violação de direito autoral. (art. 184, § 2º, cp). Comercialização de cd's e dvd's 'piratas'. Preliminar afastada. Inépcia da denúncia não caracterizada. Peça preenche os requisitos previstos no art. 41 do cpp. Provas seguras e convincentes da autoria e materialidade. Conjunto probatório apto a ensejar o decreto condenatório. Impossibilidade de absolvição por falta de provas. A ausência de indicação das vítimas do delito em nada altera a configuração do crime. Condenação mantida. Recurso desprovido. Não há como se pleitear a absolvição na hipótese de o conjunto probatório se revelar suficientemente conclusivo quanto à autoria e à materialidade imputadas ao agente. A falta de indicação das vítimas do delito em nada altera a configuração do crime, uma vez que não é necessária a citação dos autores que tiveram os seus direitos violados". (TJ/PR - AC nº 412.135-7 - 3ª C. C. - Rel. Des. Sônia Regina de Castro - DJ de 15.08.08) (6889565 PR 0688956-5, Relator: Miguel Pessoa, Data de Julgamento: 24/03/2011, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 605).

Acesso ao Sumário

Assim sendo, as preliminares arguidas ficam afastadas.

Com relação ao mérito, os apelos não comportam provimento.

Narra a inicial acusatória que, no dia 07 de novembro de 2016, por volta

das 17h45min, na Rua Vicente Troiano, n. 25, Jardim Maria Luiza, cidade e comarca de Taquaritinga, os acusados, em concurso de agentes, tinham em depósito, guardavam e ocultavam para o consumo de terceiros 27 porções de maconha, pesando 102,80g, fazendo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Segundo restou apurado, já há algum tempo a Polícia Militar vinha recebendo denúncias dando conta de que o casal Paulo e Juliana havia montado um "ponto de venda de drogas" defronte à sua residência e que contavam com ajuda de colaboradores, os quais eram responsáveis por atender os usuários e buscar a droga ocultada em um pomar de manga existente próximo da residência.

Como já era de se esperar, na data dos fatos, a Polícia Militar recebeu uma nova denúncia, dando conta da prática do tráfico no local acima mencionado.

Diante dos fatos, Policiais Militares dirigiram-se até o local e realizaram campana, oportunidade que puderam constatar uma movimentação típica do tráfico de drogas. Conforme narrado pelas denúncias anônimas.

Na ocasião, avistaram Igor e Jhonata, defronte ao imóvel do casal, mantendo contato com outras pessoas, que aparentavam serem usuárias. Sendo que após o contato, dirigiram-se até um pé de manda existente próximo ao local, pegavam algo e entregavam para o usuário, logo em seguida, ingressavam no imóvel onde estava o casal Paulo e Juliana. Durante a campana, também puderam observar que Igor e Jhonata constantemente eram orientados pelos acusados Paulo e Juliana, que por sua vez, aparentavam certo nervosismo e preocupação.

Prosseguindo com as diligencias, realizaram, inicialmente a abordagem de Jhonata, que ao notar a presença policial, engoliu uma porção de "maconha".

Em seguida, dirigiram-se até o pé de manga, onde foram localizadas 27 porções de maconha.

Posteriormente, abordaram Paulo e Igor, sendo localizado em poder do último a quantia de R$129,00.

Já na residência do casal Paulo e Juliana localizaram a quantia de R$170,00 em notas variadas e jogadas no interior de uma gaveta.

Assim sendo, foram presos em flagrante delito.

A materialidade do delito restou comprovada diante do auto de prisão em flagrante de fls. 06/65, boletim de ocorrência de fls. 192/195, auto de exibição e apreensão de fls. 196/198, laudo de constatação de fl. 199/200, laudo pericial do entorpecente apreendido de fls. 256/257, bem como das demais provas produzidas durante a instrução criminal.

Em sede policial, o acusado Jhonata não se manifestou (fls. 184).

O acusado Igor negou os fatos.

Acesso ao Sumário

Disse que encontrava-se na casa de seu amigo Paulo, assistindo TV, momento em que a esposa dele, de nome Juliana, disse que Policiais Militares estavam defronte a casa abordando um indivíduo. Logo em seguida, os policiais invadiram a casa e já foram algemando todo mundo, dizendo que estavam presos por tráfico de drogas. Então, os policiais revistaram a casa de Paulo, sendo apreendido o dinheiro que este guardava para o sustento de sua família. Informou que não conhece Jhonata e nada sabe dizer com relação ao envolvimento dele com o tráfico (fls. 185).

O mesmo narrou o acusado Paulo. Afirmou os policiais invadiram sua casa e prenderam todos por tráfico de drogas, porém o interrogando nada sabe a respeito da venda de entorpecentes na frente de sua casa. Disse que não conhece Jhonata, bem como que o dinheiro apreendido em sua casa ganhou trabalhando na "roça". (fls. 186).

A versão acima também foi apresentada pela corré Juliana, a qual informou que estava estendendo a roupa no varal quando a Polícia invadiu sua casa, após abordar um indivíduo na rua. Disse que são inocentes e que não conhece Jhonata (fls. 187).

Já em juízo, Jhonata apresentou seu relato dizendo que não conhece os demais acusados e que estava no local a pedido de seu patrão, já que pretendia cobrar um serviço realizado por André Loseterio, uma vez que exerce a função de funileiro, apesar de não possuir qualquer registro na carteira de trabalho. Disse, porém, que antes mesmo de realizar a cobrança, decidiu parar próximo ao "campinho" para fumar um "baseado", quando foi abordado pelos Policiais Militares (mídia digital).

Igor manteve sua negativa, afirmando que não conhecia Jhonata, apenas seus amigos Paulo e Juliana, sendo que estava na casa deles e trazia consigo apenas uma quantia em dinheiro, proveniente do seu trabalho na eleição (mídia digital).

Paulo, igualmente, não alterou seu depoimento prestado em sede policial, apenas acrescentou que chegou a ser agredido na Delegacia de Polícia e que só passou por atendimento médico no dia seguinte (mídia digital).

Enfim, Juliana informou que estava saindo de sua residência quando se deparou com um Policial Militar apresentando a droga localizada no pomar de manga situado na frente do seu imóvel, Confirmou a localização de certa quantia em dinheiro no interior de sua residência. Disse também que no momento da abordagem policial, estava em sua residência, seu esposo Paulo, juntamente com seus amigos Igor e Wesley (mídia digital).

Ocorre que as versões exculpatórias apresentadas pelos acusados não convence, pois restaram isoladas diante do maciço conjunto de provas carreado aos autos em desfavor deles, senão vejamos.

Acesso ao Sumário

Os policiais militares Elton Eduardo Tresseto e Ronaldo Cogo, em ambas as vezes em que foram ouvidos, narraram os fatos conforme descritos na peça inicial. Disseram que a Polícia Militar vinha recebendo inúmeras denúncias dando conta de que o casal Paulo e Juliana havia montado um ponto de venda de drogas defronte sua residência e que contavam com o auxílio de terceiros. Diante dos fatos, tentaram realizar uma primeira abordagem, porém acabou restando infrutífera. Acontece que, não demorou muito, para receberem uma nova denúncia de que os réus Paulo e Juliana, com a ajuda de terceiros, estavam praticando o tráfico de drogas defronte a residência. Diante da nova denúncia, dirigiram-se até o local e realizaram uma campana, haja vista que o imóvel situa-se defronte a um pomar de manga. Durante a campana, lograram êxito em observar movimentação típica do tráfico de drogas, ou seja, puderam observar em mais de uma oportunidade os réus Jhonata e Igor, defronte a residência do casal Paulo e Juliana, mantendo contato com usuários. Sendo que, após breve contato, ora Jhonata, ora Igor, dirigia-se até o pomar de manga, apanhava algo e entregava para o usuário. Ato contínuo, os acusados Paulo e Juliana saiam da casa e pegavam algo com os adolescentes, além de dar orientações, demonstrando inclusive sinais de nervosismo. Diante dos fatos, Jhonata foi abordado defronte ao imóvel, tanto que ao avistá-lo tentou engolir uma porção de maconha que trazia consigo. Prosseguindo com as diligências, localizaram no local onde os acusados Jhonata e Igor se dirigiam, após manterem contato com usuários, 27 porções de maconha, devidamente embaladas para a venda. Ato contínuo, ingressaram no imóvel e abordaram Juliana, Paulo e Igor. Na posse de Igor localizaram a quantia de R$129,00 e no interior da residência a quantia de mais R$170,00 em notas miúdas jogadas em uma gaveta em diversas notas. Indagados os moradores a respeito da quantia existente na gaveta, não souberam precisar. Ainda, o policial Elton destacou que devido ao seu trabalho na força tática, pode afirmar que as pessoas que mantiveram contato com os acusado Igor e Jhonata eram usuários de droga e que a movimentação era típica de tráfico de drogas. Esclareceu que, poucos meses antes dos fatos, realizou diligencia na residência de Paulo, por já suspeitarem do seu envolvimento com o tráfico e, na ocasião, ele acabou dispensando certa quantidade de droga e empreendeu fuga. Igualmente, o policial Ronaldo, salientou que o próprio genitor de Paulo confirmou o envolvimento do filho com o tráfico, alegando que já sabia que seu filho acabaria sendo preso devido a isso (mídia digital).

Dito isto, observa-se que tais depoimentos não devem ser desqualificados, tão-só pela condição profissional das testemunhas, pois não teriam qualquer motivo para imputar falsamente a conduta criminosa aos recorrentes, pessoas que sequer conheciam. Além disso, nada há de concreto nos autos que pudesse desmerecer essa prova.

Este é o entendimento adotado na jurisprudência do Supremo Tribunal

Acesso ao Sumário

Federal:

"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo sob garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam, com outros elementos probatórios idôneos" (*Habeas Corpus* nº 74.608-0, rel. CELSO DE MELLO, j. 18.2.97).

No mesmo diapasão já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pela demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito" (AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.158.921/SP – Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – 6ª Turma, j. 15.5.2011, DJe 1.6.2011).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. (...) Não há falar em ilicitude das provas produzidas, porquanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório" (HC 136.220/MT – Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA – 5ª Turma, j. 23.2.2010, DJe 22.3.2010).

Também não parece plausível que os agentes se dariam ao capricho de alterar a dinâmica dos fatos apenas para incriminar os apelantes gratuitamente.

Mas não é só.

Ressalta-se que os acusados não lograram produzir qualquer contraprova suficiente para afasta-los da condenação, sendo que a testemunha Heitor Aparecido Teixeira nada sobe dizer sobre os fatos em si.

Dessa forma, a materialidade delitiva e a autoria restaram devidamente incontroversas e comprovadas, para os réus, de forma exaustiva pelos elementos de convicção compilados ao longo da *persecutio criminis.*

Assim, em face da natureza, da quantidade de entorpecentes apreendidos, e também do sugestivo contexto fático em que ocorreu a prisão em flagrante (através de denúncias anônimas), fica patente a destinação comercial da mesma.

Acesso ao Sumário

E, diante do mencionado, também não há que se falar, no presente caso, em desclassificação do crime de tráfico, para posse de entorpecentes para consumo próprio, previsto no artigo 28 da referida Lei, visto que o primeiro tipo penal abrange múltiplas condutas, bastando a prática de apenas uma delas para sua caracterização.

Além disso, o simples fato do acusado Jhonata ser usuário de droga, não impede que este pratique o tráfico desta substância. Ao contrário, geralmente aquele que é viciado em entorpecentes acaba praticando o comércio destes justamente para sustentar o vício.

Superadas estas questões, passam-se às penas.

O artigo 42 da Lei de Drogas e 59 do Código Penal conferem discricionariedade ao magistrado na fixação da pena base, considerando as circunstâncias por eles elencadas, dentro, é claro, dos limites legais e motivadamente.

No presente caso, correto o aumento da pena base, em 1/6, para todos os réus, tendo em vista a quantidade de droga apreendida (mais de 100g de maconha), que atingiria diversos usuários, elevando a potencialidade lesiva da conduta dos acusados. Assim, as básicas são mantidas em 05 anos e 10 meses de reclusão, e o pagamento de 583 dias multa, no piso, para cada réu.

Na segunda etapa, foi reconhecida a aplicada a atenuante da menoridade relativa para os corréus Igor e Jhonata, retornando suas penas ao mínimo legal de 05 anos de reclusão, e o pagamento de 500 dias multa.

Após, considerando presentes os requisitos necessários para a concessão do benefício previsto no §4º do artigo 33 da Lei de Drogas, o juiz *a quo* reduziu as penas dos acusados em 1/6, sendo que tal fração é mantida, não se cogitando maior redução diante das circunstâncias do caso que evidencia maior culpabilidade e dolo por parte dos acusados que agiam em coautoria com organização para a venda espúria.

Desse modo, as penas totalizam em 05 anos de reclusão e 500 dias multa, para os corréus Paulo e Juliana e 04 anos e 02 meses de reclusão, e o pagamento de 416 dias multa, para os corréus Igor e Jhonata, as quais se tornam definitivas pela ausência de outras causas a serem consideradas no cálculo da pena.

Diante da pena alcançada, bem como da ausência de outros requisitos, não se discute a concessão da substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Além disso, é incogitável a alteração do regime inicial imposto, qual seja o fechado. Consigne-se que a concessão de regime inicial diverso desvitaliza a eficácia intimidante da pena, incentivando a prática do tráfico. A prevalecer o entendimento segundo o qual o regime prisional é corolário imperativo do quantum da pena, seria obrigatório, em linha de coerência, premiar o autor

Acesso ao Sumário

com o regime semiaberto (Código Penal, artigo 33, § 2º, b), medida imprópria, inconveniente e inadequada para um crime tão grave.

E mais, conforme o disposto no §3º do artigo 33 do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 do mesmo Código. Ademais, verifica-se, claramente, que a pena aplicada não é único parâmetro a ser utilizado na fixação do regime, sendo que o próprio texto legal afirma que o condenado a pena superior a quatro anos e inferior a oito anos, não reincidente, poderá (grifo meu), desde o princípio, cumprir a pena em regime semiaberto. Desta feita, as circunstâncias do delito, conforme acima já citadas, bem como a gravidade do crime cometido, justificam o regime inicial fechado, sendo que outro não seria suficiente.

Por fim, inviável a redução da pena de multa.

A pena de multa foi fixada tendo como base o piso estipulado pela Lei nº 11.343/06 e, não é lícito ao juiz alterar tal montante sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes.

Não se vislumbra ofensa ao princípio da proporcionalidade no quantum de multa estabelecido pelos tipos incriminadores da Lei nº 11.343/06. Já que, se não bastasse os prejuízos causados na sociedade, é de conhecimento público que o tráfico de drogas gera lucros altíssimos aos seus executores. Assim, mostra-se justa, razoável e até mesmo necessária a imposição de elevada pena de multa aos traficantes, como forma de desencorajar a reiteração do comércio ilícito.

E, como não foram violados princípios constitucionais, porque o legislador ordinário, ao prever os elevados patamares mínimos e máximos para a pena pecuniária, que vão de 500 a 1.500 dias-multa, levou em conta a manifesta gravidade do delito de tráfico, que tanto prejuízo vem trazendo à sociedade, tanto é que equiparado a hediondo também por lei.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, que dispõe que a lei regulará a individualização da pena, e, in casu, a ação delituosa está prevista em uma legislação especial e, assim sendo, exatamente por ser especial, recebe penas distintas, submetendo-se às regras nela previstas, em clara obediência ao princípio da individualização da pena, sem deslembrar, ainda, que é esse mesmo inciso que traz o rol taxativo das penas aplicáveis no País e, dentre elas, está a multa, razão pela qual, de igual modo, não há se falar em ofensa ao princípio da isonomia, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, pois, como mencionado alhures, a Lei nº 11.343/06, por ser especial, atende às peculiaridades dos crimes nela abrangidos.

Acesso ao Sumário

Por derradeiro, inadmissível a concessão do benefício da justiça gratuita, porquanto a mera alegação de que o acusado não possui condições de arcar com as despesas processuais não é suficiente para a concessão da benesse. Aliás,

anoto que eventual isenção poderá ser concedida oportunamente na execução, fase adequada para aferição da situação financeira do recorrente, uma vez que existe sempre a possibilidade de alteração após a data da condenação, ficando refutada, desta feita, eventual alegação de ofensa ao artigo 5º, inciso LXXIV, da Carta Magna.

Diante do exposto, pelo meu voto, afastadas as preliminares, **NEGO PROVIMENTO** aos recursos, mantendo-se a r. sentença pelos seus próprios fundamentos.

Por força do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 126.292 e, mais recentemente, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43, uma vez encerrado o julgamento e ultrapassados os prazos dos recursos ordinários, providencie-se as comunicações necessárias para que se dê início ao cumprimento das penas, expedindo-se os competentes mandados de prisão.

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial nº 2012975-93.2018.8.26.0000, da Comarca de Cubatão, em que é corrigente H. J. DE O. S., é corrigido J. DA C.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.661)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), GRASSI NETO e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 24 de maio de 2018.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL – PLEITO DEFENSIVO DE REVOGAÇÃO DA DECISÃO ATACADA, VISTO QUE INCORREU EM *ERROR IN PROCEDENDO*, CAUSANDO INVERSÃO TUMULTUÁRIA NO PROCESSO, CONSISTENTE

Acesso ao Sumário

NA MANUTENÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS EM FAVOR DA VÍTIMA, A DESPEITO DA ABSOLVIÇÃO DO CORRIGENTE NA AÇÃO PRINCIPAL.

CASO EM QUE A CORREIÇÃO PARCIAL NÃO CONSTITUI VIA ADEQUADA PARA COMBATER A DECISÃO HOSTILIZADA, O QUE INVIABILIZA O CONHECIMENTO DO PRESENTE RECURSO.

Correição parcial não conhecida.

VOTO

1 – Trata-se de correição parcial interposta pela Defesa de H.J.O.S., contra decisão do MM. Juiz de Direito da Segunda Vara de Cubatão, nos autos do processo de conhecimento contra ele movido por infração, em tese, aos ditames do artigo 217-A, c.c. o artigo 226, II, ambos do Código Penal, pela qual o Magistrado entendeu por bem manter as medidas protetivas anteriormente fixadas em prol da vítima, a despeito da sentença absolutória recorrível, prolatada em Primeiro Grau.

Assevera o corrigente que, com tal decisão, o Magistrado incorreu em *error in procedendo*, causando inversão tumultuária do processo, vez que, tendo sido a ação principal extinta, diante da absolvição do acusado, a medida cautelar, que é acessória, deveria seguir o mesmo destino, argumentando que as "medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei 11.340/06 têm natureza cautelar, e, por isso, somente se justificam se houver urgência, preventividade, provisoriedade e instrumentalidade, **não podendo ser atribuído a tais medidas caráter definitivo e desvinculado de ação penal**" (fl. 06), pretendendo, assim, a revogação da decisão em tela, e consequentemente, também dessas medidas (fls. 02/09).

O pedido liminar foi indeferido a fl. 61.

E o parecer da douta Procuradoria de Justiça, da lavra do doutor João Antônio Marchi, foi pelo desprovimento da correição parcial (fls. 66/67).

Este, em síntese, é o relatório.

2 - No caso vertente, não se conhece da presente correição parcial.

Ab initio, insta consignar que a decisão hostilizada, em resposta ao pedido formulado pelo patrono do corrigente quanto a revogação das medidas protetivas deferidas em favor da vítima (fl. 23), restou muito bem fundamentada nos seguintes termos: - **"[...] aqui se trata de crime de estupro de vulnerável cuja persecução criminal teve como principal fundamento a própria palavra da vítima. Considerando que a pretensão punitiva do Estado foi julgada improcedente, porém por falta de provas e ainda esta será submetida à**

Acesso ao Sumário

análise recursal por parte da Instância Superior, entendo por bem manter as medidas protetivas nos exatos termos em que foram fixadas, somente readequando a vedação de contato e aproximação para autorizá-los, desde que sejam em local público, com a presença de outro responsável e contem com o consentimento da adolescente" (fl. 29).

Cumpre salientar, ainda, que a correição parcial, prevista no artigo 93 e seguintes, do Decreto-Lei Complementar nº 3, de 27/08/69, bem como no artigo 211 e seguintes, do Regimento Interno desta Corte, constitui instrumento destinado a corrigir erro ou abuso que possa resultar inversão tumultuária dos atos e fórmulas processuais, nas hipóteses em que não há recurso específico cabível.

Sobre o tema, leciona Guilherme de Souza Nucci: **-"Trata-se de recurso, à disposição das partes, voltado à correção dos erros de procedimento adotados pelo juiz de primeira instância, na condução do processo, quando provocam inversão tumultuária dos atos e fórmulas legais. É um recurso de natureza residual, somente sendo cabível utilizá-lo quando não houver outro recurso especificamente previsto em lei (art. 6º, I, da Lei 5.010/66). (...) Destina-se, portanto, a corrigir o *error in procedendo* e não o *error in judicando***" (Código de Processo Penal Comentado, pág. 1102, 13ª Ed. Editora Forense).

Na mesma seara: - "**A correição parcial é uma providência de natureza processual, vinculada diretamente à administração do processo, destinada a afastar os obstáculos que o impeçam de chegar ao seu fim, postos indevidamente pelo juiz, através de sua omissão ou ação, com erro ou abuso. É remédio subsidiário, somente autorizado para os casos em que não haja recurso previsto em lei, e permitido àqueles que sofrem as consequências da irregularidade ocorrida no procedimento, isto é, às partes e ao Ministério Público, este como fiscal da lei**" (Recurso em Mandado de Segurança n. 5.272-9, do Espírito Santo, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

E contrariamente ao aduzido pela Defesa, no sentido de que "não existe recurso específico previsto em lei contra a decisão que determina prosseguimento de medida acessória em processo crime julgado improcedente" (fl. 04), é de se ressaltar que as assertivas relacionadas às medidas protetivas de urgência, que impliquem em eventual constrangimento ao direito de ir e vir do suposto agressor, como no caso em tela, devem ser impugnadas por via de *habeas corpus*.

Nesse diapasão, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

- "[...] o *habeas corpus* constitui meio idôneo para pleitear a revogação apenas de medidas protetivas previstas do artigo 22 da Lei n. 11.340/2006 que impliquem constrangimento ao direito de ir e vir do paciente, uma vez que representam violação ou ameaça à liberdade de locomoção" (RHC n.

Acesso ao Sumário

42.895/MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 25/08/2015).

No mesmo sentido: - **"CORREIÇÃO PARCIAL (RECLAMAÇÃO). [...] QUESTÃO ATINENTE À REVOGAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS QUE DEVE SER IMPUGNADA VIA HABEAS CORPUS. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA".** (TJ-SC - RCL: 40151744520178240000 Capital 4015174-45.2017.8.24.0000, Relator: Paulo Roberto Sartorato, Data de Julgamento: 31/08/2017, Primeira Câmara Criminal).

E ainda: - **"Correição parcial – Decisão que indeferiu a decretação de medidas protetivas – Via inidônea – Não conhecimento".** (TJ-SP 22330738620168260000 SP 2233073-86.2016.8.26.0000, Relator: Osni Pereira, Data de Julgamento: 10/04/2018, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 13/04/2018).

Demais, a despeito dos argumentos ventilados pela Defesa, a concessão de medidas protetivas não se volta a garantir a tutela da ação criminal principal contra o agressor, mas sim, de modo autônomo, a fazer cessar, ou a prevenir atos de violência, visando proteger a integridade física, psicológica e sexual da vítima, enquanto persistir a situação de risco atual ou eminente, daí porque não pode ser vinculada e, portanto, limitada, à existência de um processo principal, sendo que, no caso concreto, observa- se que, ao contrário do afirmado pelo recorrente, não há que se dizer que "a ação principal foi extinta" (fl. 02), visto que o juízo de culpa definitivo não foi formado ainda, estando pendente de julgamento o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, que busca a reforma da sentença absolutória, com vista à condenação do corrigente.

Dessa forma, tratando-se tais medidas de ações autônomas, que independem de processo principal, e que possuem nítido caráter preventivo, cuja função é justamente incidir antes do evento danoso, e não depois da sua ocorrência, devem, pois, perdurar até que seja comprovado nos autos que a situação de risco, atual ou eminente, não mais persiste, o que não é o caso, notadamente porque a ofendida inclusive asseverou, quando ouvida em audiência, que "ainda é muito difícil encarar o genitor [corrigente]", e que "não falou desde o início que era seu pai [o autor do delito...], pois teve medo, [... visto que ele a] ameaçou, dizendo que se contasse algo para sua mãe, iria apanhar. [...] Tinha medo de ser agredida, pois seu genitor já a agredia antes", conforme informação constante a fl. 24, razão pela qual se mostra legítima a providência judicial ora guerreada.

Nessa linha é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: - **"HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. ÓBICE DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERAÇÃO. MEDIDAS PROTETIVAS. APLICAÇÃO. ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE AMEAÇA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DAS**

Acesso ao Sumário

MEDIDAS. INDEFERIMENTO. [...] 2. "A própria Lei Maria da Penha não dá origem a dúvidas, de que as medidas protetivas não são acessórias de processos principais e nem a eles se vinculam. Assemelham-se aos writs constitucionais que, como o habeas corpus ou o mandado de segurança, não protegem processos, mas direitos fundamentais do indivíduo. São, portanto, medidas cautelares inominadas, que visam garantir direitos fundamentais e "coibir a violência" no âmbito das relações familiares, conforme preconiza a Constituição Federal (art. 226, § 8º)". (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 149). [...]" (HC n. 340.624/SP, Sexta Turma, DJe de 2/3/2016).

Como também: - **"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO. 1. As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. 2. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas" (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012). 3. Recurso especial não provido"** (REsp n. 1.419.421/GO, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 7/4/2014).

Assim sendo, na esteira do r. parecer do douto Procurador de Justiça, constata-se que a decisão atacada não ensejou nenhum erro, nem abuso de poder, do qual decorra inversão da ordem legal do processo, que seja passível de ser sanado por meio do recurso em tela, inexistindo, pois, *error in procedendo*, visto que o Magistrado se utilizou, coerentemente, do juízo de discricionariedade que lhe é conferido, de forma motivada, tratando-se, no mais, de ato judicial de cunho decisório em resposta ao pedido formulado pelo próprio patrono do corrigente.

Portanto, por qualquer ângulo que se analise o presente recurso, observa-se ser manifestamente incabível o conhecimento da presente correição.

Isto posto, não se conhece a presente correição parcial ajuizada em favor

Acesso ao Sumário

de H.J.O.S.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0003446-12.2015.8.26.0058/50000, da Comarca de Agudos, em que é embargante W. R. G., é embargado C. 1 C. C. DO T. DE J.

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 32.424)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 24 de abril de 2018.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Pretendida complementação da decisão para que enfrente expressamente a questão referente à suposta irretroatividade da súmula 593 do C. STJ, editada depois dos fatos tratados nos autos. Consolidação de entendimento jurisprudencial que não se equipara à lei penal posterior prejudicial. Embargos rejeitados, com anotação de prequestionamento.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. W.R.G. foi denunciado e processado pelo crime do artigo 217-A, pois, entre abril e maio de 2015 teria mantido conjunção carnal com a adolescente A.T.S., menor de 14 anos.

Segundo a inicial, teria levado a vítima até sua casa e, mesmo ciente de que contava com apenas 13 anos de idade, manteve com ela relação sexual. Ao final da instrução, foi absolvido pelo Magistrado de primeiro grau por atipicidade material da conduta porque a relação teria sido consentida e que a ofendida já

contaria com experiência sexual posterior (fls. 105/109).

Houve apelo ministerial buscando a condenação nos termos da denúncia argumentando pela irrelevância do consentimento da vítima e da ausência de violência real (fls. 120/128).

Em sessão ordinária de julgamento realizada aos 20 de março de 2018, a C. 16ª Câmara Criminal deu provimento ao apelo ministerial para condenar W. à pena de 8 anos de reclusão em regime inicial semiaberto pelo delito do artigo 217-A do Código Penal.

Agora, por meio de seu Advogado, W. opõe os presentes embargos de declaração afirmando que a condenação proferida em segunda instância teria aplicado súmula do C. Superior Tribunal de Justiça editada em 2017 ao caso em que se apuravam condutas competidas em 2015, violando o princípio da anterioridade (irretroatividade) penal, esperando o prequestionamento para que possa interpor os recursos que entende cabíveis (fls. 1/2 do apenso específico dos embargos declaratórios).

É o relatório.

2. Voto pela rejeição dos embargos, com anotação do prequestionamento solicitado.

Não há verdadeira alegação de contradição, omissão, ambiguidade ou obscuridade na decisão, limitando-se os embargos a arguir suposta violação da "anterioridade penal", por aplicação retroativa da súmula 593 do C. Superior Tribunal de Justiça, editada depois do fato criminoso.

Não há violação do princípio da irretroatividade da lei penal prejudicial pelo simples fato de que a edição de enunciado de súmula de jurisprudência não se equipara à lei, porque simplesmente cumpre o papel de representar a evolução jurisprudencial.

O próprio C. Superior Tribunal de Justiça esclarece que a solução correta é nesse sentido: *"Não há qualquer óbice à aplicação retroativa da orientação jurisprudencial acerca do alcance do enunciado 418 da Súmula deste Sodalício, uma vez que não se está diante de norma penal mais gravosa, mas de consolidação de interpretação judicial, inclusive do Supremo Tribunal Federal, cuja observância é esperada por parte de todos os órgãos do Poder Judiciário. Precedentes"* (AgRg no HC 428076/PB, Min. Rel. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgado em 20/02/2018, v.u.).

Inexistindo contradições ou omissões a sanar, voto pela rejeição dos embargos.

3. Diante do exposto, pelo meu voto, rejeito os embargos, ficando anotado o prequestionamento solicitado.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2006584-25.2018.8.26.0000, da Comarca de Ubatuba, em que é impetrante NICOLLE FERNANDA ALVES DA SILVA e Paciente D.A.S.

ACORDAM, em 6º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam em parte a presente ordem de *habeas corpus* para determinar o processamento da Justificação Criminal, pleiteada pelo paciente D.A.S., perante o juízo de primeiro grau de jurisdição, devendo ser realizada a distribuição livre do feito, providenciado, ainda, o apensamento dos autos do inquérito policial, tal como indicado, na impetração. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto 35.273)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), GUILHERME G. STRENGER, MARIA TEREZA DO AMARAL, XAVIER DE SOUZA, SALLES ABREU, PAIVA COUTINHO, PAULO ROSSI, AMABLE LOPEZ SOTO e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 11 de abril de 2018.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: ***Habeas Corpus. Justificação criminal. Produção de prova nova. Fundamento para Revisão Criminal. Oitiva de testemunhas. Audiência. Juntada de inquérito policial. Indeferimento não fundamentado.-***

Pedido de produção de prova testemunhal e documental. Esclarecimento dos fatos pelos quais o paciente se viu condenado. Necessidade de observância de regras, para introdução de elemento de prova, no processo, em especial, do contraditório. Admissibilidade da revisão criminal. Descoberta de *novas provas* de inocência do condenado (Art. 621, III, CPP). Procedimento cautelar. Produção antecipada da prova. Competência para o processamento do juízo de primeiro grau. Livre distribuição. Ordem concedida em parte para determinar o processamento da Justificação Criminal, perante o juízo de primeiro grau de jurisdição, devendo ser realizada

Acesso ao Sumário

a distribuição livre do feito, providenciado, ainda, o apensamento dos autos do inquérito policial, tal como indicado, na impetração.

VOTO

As ilustres advogadas Nicolle Fernanda Alves da Silva e Daniela S. B. Pereira, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o(ª) MM(ª) Juiz(ª) da 2ª Vara da Comarca de Ubatuba, impetram o presente *habeas corpus*, em favor de D.A.S., visando seja assegurada a realização de audiência, em sede de justificação criminal, para produção de prova nova. Afirmam obtidas novas informações, prestadas pelo corréu à esposa e ao irmão, capazes de modificar a versão dada aos fatos. Asseveram imprescindível a oitiva de tais pessoas, como testemunhas, em audiência de justificação criminal, para constituir prova nova, a fundamentar pedido de Revisão Criminal. Do mesmo modo, necessária a juntada do Inquérito Policial 564/2016, instaurado para apuração do homicídio de J.A.S., relacionado ao processo que resultou na condenação do paciente, e da ação penal correspondente. Alegam que a autoridade impetrada negou o pedido de Justificação Criminal, por decisão, sem a necessária fundamentação, não observadas as circunstâncias do pedido. Sustentam que a autoridade impetrada não pode impedir a produção da prova do alegado, sob pena de cerceamento de defesa, vez que o ônus da prova, na ação revisional, compete àquele que visa desconstituir a coisa julgada. Liminarmente, pleiteiam a imediata expedição de alvará de soltura clausulado (fls. 18/24). Acompanham os documentos de fls. 8/15.

Distribuído o *writ* ao eminente desembargador Juvenal Duarte, a representação, apontado o impedimento dos desembargadores que participaram do julgamento da apelação criminal respectiva, foi acolhida, nos termos do artigo 37, §§ 1º e 2º, do RITJSP e do artigo 624, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Penal, determinada a redistribuição (fls. 29/30).

Distribuídos os autos ao Sexto Grupo de Câmaras de Direito Criminal, esta relatora denegou a liminar (fls. 35/36). A autoridade judicial impetrada prestou informações (fls. 40/41), acompanhadas da documentação de fls. 42/172.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, mantido o decreto prisional, opina pela concessão da ordem (fls. 175/179).

É o relatório.

O paciente D.A.S., por infração ao artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal, foi condenado à pena de dez anos, um mês e vinte e oito dias de reclusão, em regime inicial fechado, e trinta e seis dias-multa, no mínimo legal (fls. 54/95).

Em 14 de agosto de 2014, por votação unânime, a Colenda 3ª Câmara Criminal Extraordinária desta Corte, relator o e. desembargador Zorzi Rocha,

Acesso ao Sumário

rejeitadas as preliminares, negou provimento ao apelo do paciente. Não admitido o Recurso Especial (fls. 129/130) e não conhecido do Agravo em Recurso Especial (fls. 152/153), a condenação transitou em julgado, em 12 de agosto de 2015 (fls. 162). Em 17 de março de 2016, foi determinada a expedição de mandado de prisão (fls. 163).

O paciente D.A.S. interpôs pedido de Justificação Criminal, para que fossem ouvidas as testemunhas B., esposa do corréu J., e D., irmão do corréu, vez que este, falecido, teria confidenciado a ambos versão nova dos fatos. Pleiteou, também, a juntada do inquérito policial 564/2016, instaurado para apurar as circunstâncias da morte do corréu. A decisão, ora impugnada, está consignada nos seguintes termos:

> *"Vistos.*
>
> *Fls. 466/469, INDEFIRO. Na lição do Ilustre Professor Guilherme Nucci, em comentários ao artigo 621 do Código de Processo Penal: "Conceito de revisão criminal e natureza jurídica: é uma ação penal de natureza constitutiva e sui generis, de competência originária dos tribunais, destinada a rever decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário." (NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 11ª Edição, Editora Revista dos Tribunais)."Destarte, a produção antecipada de provas deve ser postulada perante o Tribunal de Justiça competente para conhecer da Revisão Criminal.*
>
> *Intime-se."* (fls. 171)

Busca o paciente produzir prova testemunhal e documental, que possam esclarecer os fatos pelos quais se viu condenado.

A palavra prova não tem um único significado, quer na linguagem cotidiana, quer no campo do direito processual penal.

Usa-se o termo prova, e o nosso Código de Processo Penal daí não escapa, ora com o sentido de fonte de prova, ora como elemento de prova, ora como meio de prova, ou ainda, como meio de obtenção da prova.

Acesso ao Sumário

Os meios de prova, entendidos *como "instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos probatórios) são utilizados e fixados no processo (produção de prova) (...) referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo".* (Antonio Magalhães Gomes Filho *[Notas sobre a terminologia de prova (reflexos no processo penal brasileiro)] Estudos em Homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.* Editora DPJ, p. 308/309).

Em outras palavras, o elemento de prova ao ser introduzido, no processo, deve observar certas regras, especialmente, a participação das partes, em

contraditório, realizada na presença do juiz.

A revisão criminal é admissível – artigo 621, inciso III, do Código de Processo Penal – *se descobrirem novas provas* de inocência do condenado.

A prova deve se submeter ao contraditório. Deve ser introduzida e fixada no processo de modo a possibilitar a efetiva intervenção das partes, na produção da prova.

Na Revisão Criminal, para ser considerado meio de prova idôneo, deve ser pré-constituído, produzido perante o juízo de primeiro grau de jurisdição, sob o crivo do contraditório, com a participação do Ministério Público.

Há que ter aplicação analógica, observado o disposto no artigo 3º, do Código de Processo Penal, o disposto no artigo 381, § 5º, do Código de Processo Civil.

Tratando-se de procedimento cautelar, voltado à produção antecipada da prova, visando dar fundamento à ação de Revisão Criminal, a competência para o processamento recai sobre o juízo de primeiro grau.

Como observam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *"a justificação tramitará perante o juízo penal de primeiro grau, em contraditório pleno, regendo-se pelo art. 861 CPC e tendo natureza de medida cautelar preparatória. A competência não é do juízo que proferiu a sentença revidenda, porquanto a revisão é nova ação, instauradora de outra relação jurídica processual. A regra é, portanto, da livre distribuição"* (*Recursos no Processo Penal: Teoria Geral dos Recursos, Recursos em espécie, ações de impugnação* - SP:RT, 2009, 6ª ed. p. 252).

Assim, em que pese entendimento diverso, que defende a distribuição ao juiz da condenação, adota-se a livre distribuição, a ser realizada entre os juízos do local em que delito foi praticado: *"(...) a justificação deve ser promovida na área territorial em que o fato criminoso aconteceu, mas não, obrigatoriamente, perante o mesmo juiz da causa, de ver-se que, concluída a ação penal, o magistrado que a julgou já exauriu sua jurisdição, completou a prestação jurisdicional e, salvo as excepcionais hipóteses de preservação da competência, e exatamente em razão dessa excepcionalidade, ostensivamente impostas pela lei processual (como no caso de julgamento de pedido de reabilitação, p. ex.) não tem mais vinculação obrigatória com o feito"* (RSE 285.875-3/3 – Auriflama – TJSP – 2ª Câmara Criminal, rel. des. Canguçu de Almeida – j. 20/9/1999).

Por conseguinte, configurado o constrangimento ilegal a exigir a concessão parcial da ordem para que o processamento da Justificação Criminal se dê perante o juízo de primeiro grau, devendo ser realizada a distribuição livre do feito, providenciado, ainda, o apensamento dos autos do inquérito policial 564/2016, instaurado para apuração do homicídio de J.A.S., e da ação penal correspondente.

Acesso ao Sumário

De outra parte, o decreto de prisão decorre de sentença condenatória alcançada pelo trânsito em julgado. Não se verifica hipótese de suspensão ou revogação da medida.

Diante do exposto, por votação unânime, concederam em parte a presente ordem de *habeas corpus* para determinar o processamento da Justificação Criminal, pleiteada pelo paciente D.A.S., perante o juízo de primeiro grau de jurisdição, devendo ser realizada a distribuição livre do feito, providenciado, ainda, o apensamento dos autos do inquérito policial, tal como indicado, na impetração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2013768-32.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes A. C. B. A., D. V. e T. L. P. e Paciente D. D., é impetrado M. J. DE D. DA V. F. C. DE V. D. C. A M.

ACORDAM, em 11ª 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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.181)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GUILHERME G. STRENGER (Presidente sem voto), XAVIER DE SOUZA e SALLES ABREU.

São Paulo, 25 de abril de 2018.

MARIA TEREZA DO AMARAL, Relatora

Ementa: HABEAS CORPUS – REVOGAÇÃO DA DECISÃO QUE DETERMINOU A EXPEDIÇÃO DE GUIA DE RECOLHIMENTO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – HIPÓTESE EM QUE A DECISÃO ATACADA FOI PROFERIDA EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ORDEM DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Os advogados Anne Cristine Bonassi Alves, Damian Vilutis e Tarija Louzada Pozo impetram o presente *habeas corpus*, alegando que D.D. sofre constrangimento ilegal por parte do Meritíssimo Juiz da Vara Central de

Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher que, nos autos da Ação Penal nº 0036763-59.2014.8.26.0050, condenou o paciente à pena de 25 (vinte e cinco) dias de prisão simples, em regime aberto, com a concessão de *sursis* pelo prazo de dois anos, observadas as condições do artigo 78, § 2º, alíneas "b" e "c", do Código Penal.

Afirmam os impetrantes que a condenação do paciente foi mantida por esta Corte, motivo pelo qual foram interpostos recursos especial e extraordinário.

Afirmam, ainda, que o Juízo de primeiro grau, ao receber o processo, determinou a expedição de guia de recolhimento provisória e a remessa à Vara de Execuções Criminais, sem aguardar a ocorrência do trânsito em julgado.

Sustentam que o artigo 160 da Lei de Execução Penal estabelece expressamente que o início da execução da suspensão condicional da pena fica limitado à certificação do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Postulam a concessão de liminar para que a execução provisória seja suspensa até o julgamento desta impetração e, ao final, pleiteiam que a decisão atacada seja revogada.

A liminar foi indeferida.

A autoridade apontada como coatora prestou informações e a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Segundo informações prestadas pela autoridade apontada como coatora: *"(...) A exordial foi recebida em 03 de dezembro de 2014, determinando-se a citação do paciente, nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal, o que efetivamente ocorreu em 20 de janeiro de 2015.*

A Defensora constituída apresentou resposta à acusação e, em 03 de março de 2015, este juízo manteve o recebimento da denúncia e designou audiência de instrução, debates e julgamento.

Na fase instrutória foram inquiridas a vítima, quatro testemunhas de acusação, duas testemunhas de defesa em, ao final, interrogado o réu. Encerrada a instrução criminal, este juízo julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o paciente à pena privativa de liberdade de 25 (vinte e cinco) dias de prisão simples, a ser cumprida em regime aberto, como incurso no artigo 65 do Dec-Lei 3.688/41, por diversas vezes, c.c. artigo 61, II, "f", na forma do artigo 71, ambos do Código Penal. A pena foi suspensa por dois anos, com as condições do artigo 78, § 2º, "b" e "c", do Código Penal.

O recurso de apelação interposto pela defesa foi devidamente recebido e em 10 de maio de 2017 a 11ª Câmara de Direito Criminal, em votação unânime, negou provimento ao recurso, mantendo-se a sentença proferida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

Em decisão datada de 23 de janeiro de 2018, este juízo determinou o início da execução, em virtude da jurisprudência consolidada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus 126.292/SP, cujo Relator o Ministro Teori Zavaski, em seu voto, ressaltou que o princípio da não culpabilidade se exaure com a confirmação em segundo grau da sentença pena condenatória, inclusive, porque os recursos interpostos aos tribunais superiores não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. Na mesma decisão foi determinada a expedição de guia de recolhimento provisória (...).''

Examinando-se a decisão atacada, não se observa a alegada ilegalidade, já que proferida em consonância com entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

"CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado (HC nº 126.292/SP – Relator Ministro Teori Zavascki).

Observa-se, ainda, que os recursos aos Tribunais Superiores não têm efeito suspensivo sendo possível a execução imediata da pena privativa de liberdade.

Diante do exposto, denega-se a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2068900-74.2018.8.26.0000, da Comarca de Franca, em que é impetrante ANDRÉ LUIS EVANGELISTA e Paciente ROGERIO DANIEL BORGES.

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 22.884)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente), LEME GARCIA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 10 de maio de 2018.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. Paciente denunciado pela prática do delito tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Custódia cautelar devidamente fundamentada. Juízo de valor acerca da conveniência da medida que se revela pela sensibilidade do julgador diante da conduta delitiva e os seus consectários no meio social. Inteligência dos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal. Caso concreto que não recomenda a aplicação de medida cautelar diversa da prisão. Constrangimento ilegal não configurado. ORDEM DENEGADA.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo ilustre advogado *André Luis Evangelista*, em favor de ROGÉRIO DANIEL BORGES, contra ato do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Franca, consubstanciado na manutenção da prisão preventiva do paciente, acusado da prática do delito tipificado no artigo 33, *caput*, do Código Penal.

Pleiteia, em resumo, a concessão da ordem para que a prisão preventiva seja revogada, expedindo-se o competente alvará de soltura (fls. 01/30).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 37/38).

Dispensadas informações, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 42/44).

É o relatório.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante delito, pois, no dia 20 de janeiro de 2018, às 1h30min, na Avenida Ivete Vargas, número 1460, Parque Vicente Leporace III, na cidade e comarca de Franca, trazia consigo e guardava, juntamente com *Gabriel Teixeira Borges*, para fins de tráfico, 181,22g (cento e oitenta e um gramas e vinte e dois decigramas) de *maconha* e 4,84g (quatro gramas e oitenta e quatro decigramas) de *cocaína*, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

No atual estágio do Estado Democrático de Direito consolidado pela Constituição da República de 1988 e diante da insólita crise pela qual passa o sistema carcerário do país, a prisão – mormente a cautelar – deve ser evitada tanto quanto possível, reservada aos crimes graves que objetivamente atinjam profundamente os bens jurídicos mais relevantes tutelados pela norma penal, notadamente os cometidos com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa e, no campo subjetivo, àqueles agentes que, postas em liberdade, representem efetivo e elevado risco à sociedade em razão de comprovadas condições e

Acesso ao Sumário

circunstâncias pessoais desfavoráveis.

O fato incontroverso do tráfico de drogas abstratamente considerado representar um grave problema que atinge diretamente a saúde pública e indiretamente outros bens jurídicos, não justifica a imputação aos acusados desse crime de responsáveis únicos ou absolutos pelos danos sociais causados pela complexa máquina de mercancia ilícita de drogas que opera no Brasil e no mundo – esse raciocínio, por vezes adotado de forma simplista ou irrefletidas, tornaram os "traficantes" cerca de 28% da população carcerária do Brasil, segundo dados fornecidos pelo *INFOPEN* no ano de 2014[1], número já defasado.

Por outro lado, embora limitado pela sumária cognição a que sujeita o *writ*, entendo que o caso concreto, em tese, revela não apenas a materialidade de considerável mercancia ilícita de drogas, notadamente em razão da significativa quantidade e diversidade de substâncias apreendidas, como também demonstra a periculosidade social do agente, que, conforme se verifica da folha de antecedentes acostada às fls. 92/93 dos autos principais, ostenta condenação pela prática de crime de furto qualificado.

E é pacífico o entendimento que, malgrado não sirva fundamentos genéricos (do dano social gerado por tráfico, crime hediondo, ou da necessidade de resposta judicial) para a prisão, podem a periculosidade e riscos sociais justificar a custódia cautelar no caso de tráfico, assim se compreendendo a especialmente gravosa natureza ou quantidade da droga, bem como o histórico criminal do agente.

Neste sentido a orientação perfilhada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.*
>
> *2. No caso dos autos, o recorrente foi preso na posse de 24.165,1 gramas de maconha, o que justifica seu encarceramento cautelar, para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte, no sentido de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de*

Acesso ao Sumário

1 Disponível em (endereço eletrônico constante do texto original).

prisão preventiva.

3. Ademais, o recorrente, apesar de tecnicamente primário, encontrava-se em liberdade provisória quando fora novamente preso, o que também autoriza sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, como forma de evitar a reiteração delitiva.

4. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC 88.881/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017).

Ademais, como bem detalhou a MMª. Juíza da audiência de custódia, *em prol da ordem pública, deve-se verificar que os autuados estariam na posse de razoável quantidade de droga (...), além de apetrechos ligados à traficância, como balança de precisão, tesouras, facas e sacos plásticos transparentes, a recomendar sua custódia com o fim de estancamento da atividade criminosa.*

Desta forma, a manutenção da prisão cautelar, encontra- se legitimada, com vistas à garantia da ordem pública, mormente porque em concreto a r. decisão não se apresenta teratológica, mas suficientemente fundamentada, apontando a autoridade de forma clara os motivos ensejadores da prisão preventiva.

Anoto, por oportuno, o juízo de valor acerca da conveniência da medida se revela pela sensibilidade do julgador diante da conduta delitiva e os seus consectários no meio social, salientando que a custódia cautelar é medida assecuratória adotada após a demonstração concreta de *periculum libertatis* – em nada se assemelha à prisão por pena, a única capaz de retirar do acusado seu estado de inocência.

Ademais, a prisão cautelar só tem o condão de violar a regra de tratamento tirada dessa presunção quando a providência é adotada de maneira obrigatória ou automática, dissimulando a antecipação da pena e violando o *status quo* do acusado, o que definitivamente não é o caso dos autos.

Também não se cogita de aplicação de medida cautelar diversa da prisão. A Lei n. 12.403/11, ainda que em caráter excepcional, admite o decreto da prisão preventiva para os crimes dolosos apenados com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; hipótese deste *writ*, cuja situação processual do paciente revela a insuficiência e a inadequação das medidas cautelares diversas da prisão, na medida em que a conversão instigaria na sociedade o odioso sentimento de impunidade.

Nesse sentido: *HC* nº 291125/BA, 5ª T., v. unânime, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 3/6/2014; AgRg no RHC nº 45009/MS, 6ª T., v. unânime, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJe 27/5/2014; *HC* nº 287055/SP, 5ª T., v. unânime, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, DJe 23/5/2014; e RHC nº 42935/MG, 6ª T., v. unânime, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 28/5/2014.

Finalmente e embora se cuide de crime equiparado a hediondo (artigo

Acesso ao Sumário

5º, inciso XLIII, da Constituição Federal), na hipótese do *writ*, não se está considerando a gravidade abstrata do delito, mas do perigo concreto que ele impõe à sociedade.

A r. decisão, portanto, não é teratológica nem manifestamente ilegal não havendo, em consequência, constrangimento ilegal a ser afastado.

Ante o exposto, **DENEGO** a ordem de *Habeas Corpus.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2057984-78.2018.8.26.0000, da Comarca de Itapevi, em que é impetrante M. C. B. e Paciente D. DA C. DE S., é impetrado M. J. DE D. DA V. P. 5 C. DA C. DE I. DA S.

ACORDAM, em 9ª 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 39.323)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 10 de maio de 2018.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Tráfico de entorpecentes. Apreensão de 81 porções de maconha, 131 pedras de crack e 226 porções de cocaína, além da quantia de R$ 155,00, em dinheiro. Alegação de suposta tortura e violação à proibição de produção de prova contra si mesmo. Inquérito policial que representa apenas elementos de informação, não sendo suficiente para eventual condenação sem a confirmação das provas sob o crivo do contraditório. MM. Juiz que, na origem adotou as providências cabíveis para a apuração da suposta prática de tortura pelos policiais. Questão que demanda ampla dilação probatória, impossível de avaliação nesta estreita via. Paciente que aparentemente já teria sido condenado por idêntico delito, ainda sem trânsito em julgado. Suposta ausência de fundamentação. Descabimento. Indicadores de materialidade e autoria. Decisão suficientemente

Acesso ao Sumário

escorada em dados objetivos contidos nos autos, não se há falar em constrangimento ilegal, descabida cautelar alternativa em razão de indicadores de ocorrência que deixa perplexa a população ordeira. Manutenção da r. deliberação. Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente D. da C. de S., apontando-se como autoridade coatora o MM. Juiz da Vara Criminal da Comarca de Itapevi.

Em resumo, alega a impetrante que o paciente padece de constrangimento ilegal, porquanto violada a *proibição de produção de prova contra si mesmo*, na medida em que os agentes policiais teriam dito que o increpado, no momento da abordagem, acabou por confessar a mercancia proscrita. Sustenta que o paciente teria sido vítima de tortura pelos policiais responsáveis por sua prisão, minudência que, no seu modo de ver, ensejaria o relaxamento da custódia.

Aduz, ainda, que não estariam presentes os requisitos da prisão preventiva, decretada sem fundamentação e quando admissíveis as cautelares alternativas, eis que não se pode converter a prisão preventiva em antecipação de pena.

Requer, nestes termos, o relaxamento da prisão preventiva por ter sido ela feita com utilização de provas ilícitas (confissão pessoal e tortura) ou, subsidiariamente, a revogação da custódia com a imposição de cautelares alternativas ao cárcere.

Indeferida a liminar (fls. 83/90) e prestadas informações (fls. 98/99), o r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é no sentido da denegação da ordem (fls. 123/128).

É o relatório.

Voto n. 39.323

Respeitosamente, denego a ordem postulada e justifico.

Destaco, inicialmente, que aqui não cabe exame do fato. Acolher qualquer tese defensiva sustentada em sede de *habeas corpus* demandaria minucioso exame do conjunto fático e probatório, o qual há de ser feito pelo Juízo ordinário, durante a instrução processual contraditória.

Faço uso do voto do Min. Jorge Mussi, do E. Superior Tribunal de Justiça, publicado dias atrás no DJe de 1º.2.2018, confira-se no RHC 89.702/SP:

"(...) 1. Sabe-se que para a decretação da prisão preventiva não se exige prova concludente da materialidade, reservada à condenação criminal, mas apenas demonstração da existência do crime, que, pelo cotejo analítico, se faz presente, tanto que a denúncia já foi recebida.

Acesso ao Sumário

2. A análise sobre a existência de prova da materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria é questão que não pode ser dirimida em recurso de habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado das provas, vedado na via recursal eleita (...)" *(verbis)*.

E não é só: a mesma Corte, em publicação no DJe da mesma data, RHC 90.561/MG, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, repetiu mais uma vez não ser admissível o enfrentamento da alegação da ausência de indícios da autoria na estreita via do habeas corpus, "ante a necessária incursão probatória, que deverá ser realizada pelo Juízo competente para instrução e julgamento da causa" *(verbis)*.

Sem pretensão de ser repetitivo, na mesma data o mesmo DJe, pelo mesmo relator, repete a mesma lição, agora no AgRg no HC 415.996/RJ, quando, então, afirmou-se que, "para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus" *(verbis)*.

Nem é deste subscritor a lição pela qual "não é a estreita via do habeas corpus a sede para incursões aprofundadas relativas ao conjunto probatório da ação penal, sobretudo quando apenas iniciada a instrução (...) o que se verifica, em verdade, é a nítida intenção do embargante, inconformado com o resultado do julgamento, em rediscutir a matéria apreciada e já decidida (...)" (EDcl na PET no RHC 75.532/SP, DJe 15.12.2017, rel. Min. Joel Ilan Paciornik).

Vê-se, portanto, que não se trata de má vontade da Turma recursal. O desafio da Defesa para subtração de instância não pode ser aceito e a Advogada sabe disso, culta e operosa que é.

Ademais, eventuais vícios ocorridos no inquérito policial não maculam a ação penal, pois aquele é procedimento informativo, sendo superadas possíveis irregularidades com a conversão da prisão em flagrante em preventiva, como no caso dos autos, entendimento que está em consonância com o E. Superior Tribunal de Justiça, confira-se: "(...) O inquérito policial é peça meramente informativa, na qual não imperam os princípios do contraditório e da ampla defesa, motivo pelo qual eventuais vícios ou irregularidades ocorridos no seu curso não têm o condão de macular a ação penal. Precedente. (...)" (RHC 68.592/MG, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 4.5.2016).

Todavia, pendem, ainda, gravíssimas acusações de que o paciente teria sido vítima de tortura praticada pelos agentes policiais responsáveis por sua prisão, tendo sido "agredido violentamente, tendo levado tijoladas no rosto e na costela" (*verbis* – fl. 8).

Contudo, tais questões deverão ser devidamente analisadas na origem, ao longo da instrução processual e sob o crivo do contraditório, destacando-se que o MM. Juiz, durante a audiência de custódia, deliberou nos seguintes

Acesso ao Sumário

termos: "O preso informou que os agentes policiais o agrediram no momento do flagrante e a perícia realizada pouco tempo após a prisão em flagrante e antes desta audiência de custódia constatou lesões físicas ao encarcerado. Sem fazer nenhum juízo prévio sobre a atuação da autoridade policial, mas por cautela, em observância ao inciso VI do art.8º da Resolução nº 213/15 do Colendo Conselho Nacional de Justiça, e o Protocolo II, item 6, incisos VIII e IX, da mesma resolução, determino o encaminhamento dos presentes autos ao Juízo de conhecimento do processo penal para implemento das medidas que entender cabíveis. Indefiro, por ora, a instauração de inquérito policial. Isto porque este juízo não é autoridade competente para instaurar inquérito, sob pena de se ofender a imparcialidade e a inércia da jurisdição" (fl. 106).

Verifica-se, portanto, que as providências necessárias para a apuração do pretenso excesso na atuação policial foram devidamente tomadas.

Nem nos é dado olvidar que a confissão do paciente, externada na fase policial, não poderá servir como única prova a embasar eventual r. sentença condenatória em seu desfavor, devendo haver, em Juízo, a reconstrução dos fatos, servindo o inquérito policial apenas como elemento de informação.

Sem prejuízo, a despeito dos argumentos expendidos na impetração, as circunstâncias de fato e de direito, até aqui evidenciadas com base empírica idônea, cf. jurisprudência do Col. Pretório Excelso (HC 129.472/RJ; RHC 128.070/RJ; RHC 128.241/SC; HC 126.663/MG HC 125296/PR), não autorizam a concessão da ordem.

Ademais, cf. posto pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 338.560/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, "(...) Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de habeas corpus se nele a parte objetiva a 'mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei' (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015)".

Nem se exige fundamentação exaustiva, suficiente a presença de indicadores concretos baseados na real necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal (STJ, HC 289.618/PA, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, DJe 10.8.2015), lição que cabe nos presentes autos.

Com efeito, discorrendo sobre a necessidade de fundamentação nas decisões judiciais, que "constitui uma conquista da nossa civilidade jurídica", explica Paolo Tonini, professor de Florença, como deve ser entendida a exigência da motivação: "Isso não significa que o juiz deve argumentar sobre todo e

Acesso ao Sumário

qualquer detalhe, o que acarretaria motivações redundantes e substancialmente inúteis. É necessário que o juiz exponha a motivação de tudo que é relevante, vale dizer, de todas as escolhas que influenciem o êxito final da controvérsia e de todas as premissas de seu raciocínio que foram racionalmente colocadas em questão" (La prova penale, tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz, 1ª ed., RT, 2002, pág. 104).

Nem se incorra no equívoco de afirmar ter o magistrado decidido com base na gravidade abstrata do delito. A abstração, a hipótese, a conjectura são apanágio do doutrinador, do teórico, do cientista, do jurisconsulto. Nenhum Juiz delibera sobre prisão a partir de situações hipotéticas, mas diante de um caso real, concreto, verdadeiro, que será objeto de discussão sob o pálio do contraditório, de molde que aqui não se viola verbete algum de qualquer das Cortes superiores. O flagrante, o inquérito reportam circunstâncias históricas postas no mundo tridimensional, inadequado cogitar-se estarmos aqui realizando perseguição em relação a esta ou aquela modalidade criminosa.

Assim "(...) terá o prolator da sentença justificado a sua convicção, que é o que a lei deseja. Não necessitará, ao fazê-lo, preocupar-se em dar resposta a todas as questões emergentes no processo. Muitas serão de improcedência manifesta, e seria levar longe demais o cumprimento do dever de motivação o pretender-se que o juiz tenha de demonstrar as mais resplandecentes evidências" (Basileu Garcia, Comentários ao Código de Processo Penal, 1ª ed., Forense, 1945, vol. III, nº 435, pág. 476, grifei; RJTACrim, 42/254).

Ademais, se cogitável a reiteração, se em risco a ordem pública – direito fundamental de todos os cidadãos (STF, HC 104.877/RJ, rel. Min. Ayres Britto), *prima facie* se revela justificado obstar-se qualquer cautelar alternativa, insuficientes as só condições pessoais favoráveis, quando é recomendável a prisão por outros elementos (STF, HC 124.994 e AgRg no HC 115.318; STJ, RHC 52.577/MG, RHC 54.734/MG, RHC 56.438/RS e RHC 58.545/MG).

Sobre a interpretação do contexto o Des. Jarbas Mazzoni teve oportunidade de predicar: o meio social não pode e nem deve servir de 'laboratório', onde se vá testar a aparente 'recuperação' de perigosos delinquentes (TJSP - Agravo de Execução Penal Execução nº 243.772-3/6 - Presidente Prudente).

Feitas estas observações, aqui estamos tratando de paciente acusado da pretensa prática do delito de tráfico de estupefacientes, tendo sido surpreendido, na companhia de um corréu e um adolescente, em posse de 81 (oitenta e uma) porções de maconha, 131 (cento e trinta e uma) de crack e 226 (duzentas e vinte e seis) de cocaína, além da quantia de R$ 155,00 (cento e cinquenta e cinco reais) em dinheiro.

Qualquer discussão sobre a tipicidade, a esta altura, seria açodado, prematuro, impossível na via estreita do *writ* o revolvimento da matéria fático-

Acesso ao Sumário

probatória, somente não havendo óbice ao manejo do *habeas corpus* quando a análise da legalidade do ato coator prescindisse do exame aprofundado de provas (STJ RHC 29.180/SP – 5ª Turma – rel. Min. Laurita Vaz – J. 7.4.2011), o que não é o caso.

E a r. deliberação impugnada destaca, como fundamento para a custódia, a garantia da ordem pública, além de impedir a reiteração delitiva, pois o increpado já teria sido condenado por idêntico delito, ainda sem trânsito em julgado da r. sentença (fl. 73).

Como já se decidiu no Col. STF, "a garantia da ordem pública (...) visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos" (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar "pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação" (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007)".

Isso quer dizer que nem de longe a d. Autoridade Judiciária deixou de explicar as razões do caso concreto, remetendo, ainda que suscintamente – pena de pré-julgamento – a peculiaridades do fato, que, em regra, deixam perplexa a sociedade pacífica e ordeira, de sorte a justificar a medida mais gravosa.

Ora, cf. precedentes, "(...) Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar para garantia da ordem pública, especialmente em elemento extraído da conduta perpetrada pelo acusado, qual seja, a reiteração delitiva, evidenciada por sua reincidência (...)" (STJ, HC 296950/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 23.10.2014).

Em sintonia com o teor do despacho impugnado está a jurisprudência praticada pelo Col. STF, que afirma e reafirma que "A custódia preventiva visando à garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, legitima-se quando presente a necessidade de acautelar-se o meio social ante a concreta possibilidade de reiteração criminosa e as evidências de que, em liberdade, o agente empreenderá esforços para escapar da aplicação da lei penal" (HC 109.723, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 27.0612). No mesmo sentido: HC 119.645/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 28.3.2014; HC 106.816, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 20/06/2011; HC 104.608, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 1º/09/2011; HC 106.702, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 27/05/2011.

Em suma, insatisfeitas as condições para liberdade provisória.

Resumindo, então, a custódia provisória apresentou-se devidamente informada pelos pressupostos da prisão preventiva, tais como o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, em perfeita conformidade com os preceitos dos

Acesso ao Sumário

arts. 312 e 315, ambos do CPP e 93, inciso IX da CF de 1988, afigurando-se irrelevantes a primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, atributos que se espera de todo e qualquer cidadão.

E, reafirmo, pelos mesmos motivos acima destacados, aqui também não há lugar na espécie para qualquer das medidas cautelares pessoais elencadas no art. 319 do CPP, com a redação que lhe deu a Lei n. 12.403/2011.

Ante tais circunstâncias e aquilo que é tratado nestes autos, ao menos para esta fase, **DENEGO** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2064891-69.2018.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que são impetrantes MAURO OTAVIO NACIF e ELEONORA RANGEL NACIF e Paciente WILTON CARDOSO DE SOUZA, é impetrado MM(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do *Habeas corpus* como Mandado de Segurança, sendo determinadas as anotações necessárias, e concederam o *mandamus*, para cassar a determinação cautelar de suspensão do exercício do cargo público até esgotamento dos recursos ordinários contra a r. sentença, convalidada a medida liminar. Comunique-se ao Juízo de origem e à Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.935)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 17 de maio de 2018.

GRASSI NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas corpus* – Impetração que visa cassar tópico de r. sentença relativo à suspensão cautelar do exercício de cargo ou função pública – Réu condenado em Primeira Instância por corrupção passiva – Inexistência de risco ao direito de liberdade de locomoção – Incidência do princípio da fungibilidade – Conhecimento como Mandado de Segurança. Em que pese os Tribunais Superiores venham atribuindo maior amplitude ao objeto de conhecimento do

***writ*, essa Colenda 8ª Câmara Criminal adota a interpretação literal do dispositivo que prevê o *habeas corpus* na CF/88, uma vez que o legislador originário previu, expressamente, meios outros de assegurar direitos individuais diversos daquele de ir e vir. Não se cuidando, contudo, de erro grosseiro, cabe conhecer do pedido enquanto Mandado de Segurança.**

Mandado de Segurança – Suspensão cautelar do exercício de cargo ou função decretada em sentença penal na qual se impôs a perda de cargo público como efeito da condenação – Sentenciado que permaneceu durante toda a instrução no exercício do cargo público sem que tenha surgido fato novo justificativo da necessidade da medida – Direito líquido e certo e *periculum in mora* comprovados – Ilegalidade manifesta.

A suspensão cautelar do exercício de cargo ou função que tenha sido decretada em sentença penal na qual se impôs a perda de cargo público como efeito da condenação consiste em medida que deve ser adotada, apenas excepcionalmente, não se justificando se o sentenciado respondeu à instrução criminal em pleno exercício do cargo e da função pública de Oficial de Justiça, sem que houvesse qualquer notícia da suposta prática de novo crime contra a Administração Pública.

VOTO

Vistos.

Os Advogados Eleonora Rangel Nacif e Mauro Otávio Nacif impetram o presente *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de WILTON CARDOSO DE SOUZA, alegando que este estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santo André, nos autos do processo-crime n. 0000350-53.2015.8.26.0554, porque na r. sentença que o condenou por crime contra a Administração Pública previsto no art. 317 do CP, determinou, cautelarmente, o imediato afastamento do cargo público de Oficial de Justiça, até o trânsito em julgado da decisão de Primeira Instância, considerada a declaração do efeito da condenação relativo à perda do cargo público.

Alega-se ter sido interposto apelo em favor do paciente, ainda em fase de

Acesso ao Sumário

processamento, e que inexistem motivos concretos para o afastamento cautelar do cargo público. Salienta-se, ademais, ter sido decretada a absolvição na esfera administrativa.

Busca-se, assim, a concessão da ordem, para afastar a mencionada suspensão cautelar até o eventual trânsito em julgado da sentença condenatória.

A liminar foi inicialmente indeferida (fls. 64/65).

Foram prestadas as informações pela autoridade tida como coatora (fls. 69/71). Juntados novos documentos, reconsiderou-se parcialmente decisão anterior, para que suspendesse, até o julgamento desse *writ*, a medida acautelatória decretada na r. sentença, relativa ao imediato afastamento do cargo e da função pública pelo paciente (fls. 103/106).

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento da ordem ou, subsidiariamente, pela sua denegação.

É o Relatório.

Inicialmente, convém consignar que o *Habeas corpus*, por previsão constitucional (art. 5º, LXVIII), é o meio destinado à proteção do direito de ir e vir.

Em que pese os Tribunais Superiores venham, em muitos casos, atribuindo maior amplitude ao objeto de conhecimento do *writ*, esta Colenda 8ª Câmara Criminal tem entendido ser mais adequada uma interpretação mais literal de mencionado dispositivo da CF, uma vez que o legislador originário previu, expressamente, outros meios de assegurar direitos individuais, a exemplo do Mandado de Segurança

> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "*habeas-corpus*" ou "*habeas-data*", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Dessa forma, em se tratando o objeto da impetração a suspensão cautelar do direito de exercício de cargo público, determinada por sentença não transitada em julgado, a ação constitucional cabível é o Mandado de Segurança.

Cumpre ressaltar que incide, no caso em apreço, o princípio da fungibilidade, aplicável também às ações constitucionais, visto inexistir erro crasso nem tampouco má-fé por parte do impetrante.

Nesses termos, deve ser conhecida a impetração como Mandado de Segurança.

WILTON CARDOSO DE SOUZA foi condenado nos autos da ação penal n. 0000350-53.2015.8.26.0554, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santo André, como incurso no art. 317 do CP, às penas de 03 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e de 15 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário-mínimo vigente à época dos fatos. Na ocasião foi ainda declarada a perda do

Acesso ao Sumário

cargo público, nos termos do art. 92, I, "a", do CP, tendo sido ainda determinado, cautelarmente, o imediato afastamento do cargo até o trânsito em julgado da sentença (fls. 54/62).

Aduz-se, em síntese, ilegalidade da determinação da suspensão cautelar do exercício do cargo público do sentenciado.

Os requisitos necessários à concessão do Mandado de Segurança fazem-se, de fato, presentes.

Inexistem dúvidas de que, com a prolação de julgado condenatório de Primeira Instância, que declarou a perda do cargo público do sentenciado como efeito da condenação, teria surgido um novo fundamento jurídico para a suspensão cautelar do exercício do cargo público de Oficial de Justiça, que foi decretada de forma fundamentada

> [...] Considerando que a conduta foi grave, que o réu reconheceu que conversou com o marido da vítima e ainda defendeu ser normal aceitar valores de jurisdicionados, evidente que não pode ele permanecer no cargo, sob pena de risco à ordem. Portanto, determino seu imediato afastamento do cargo até o trânsito em julgado da sentença.

Poder-se-ia, inclusive, argumentar que, após a prolação da sentença, a continuidade do exercício do cargo público seria fundamental, até mesmo para resguardar-se a própria credibilidade da Justiça.

Não se pode, contudo, olvidar que o sentenciado permaneceu no exercício do cargo e da função pública de Oficial de Justiça não apenas durante toda a tramitação do inquérito policial, instaurado por Portaria datada de 19 de setembro 2014, como do próprio processo-crime, cuja denúncia pela prática de corrupção passiva em 10 de junho de 2014, acabou sendo recebida em 12 de janeiro de 2016. Restou o réu finalmente condenado em Primeira Instância (fls. 05/07 e 216 dos autos da ação penal).

Verifica-se, por outro lado, a inocorrência, até o presente momento, de qualquer alteração da conjuntura fática que pudesse ensejar a decretação da suspensão cautelar do cargo e da função pública, principalmente porque já se passaram praticamente 04 anos do evento imputado ao funcionário, sem que haja notícia de qualquer envolvimento outro de sua parte em eventuais ilícitos naquela Comarca.

A medida aqui impugnada, embora não viole o princípio da presunção de inocência, deve ser adotada, de fato, apenas excepcionalmente, não se justificando, evidentemente, se o sentenciado respondeu à instrução criminal em pleno exercício do cargo de Oficial de Justiça, sem tenha havido qualquer notícia da suposta prática de novo crime contra a Administração Pública.

Não há, portanto, para o fim de ensejar a medida decretada com base no poder geral de cautela do Juiz, fato novo revelador de que o sentenciado tornará

Acesso ao Sumário

a delinquir, de modo a frustrar a ordem pública antes do julgamento definitivo da ação penal.

No mais, não se pode olvidar que a medida cautelar impõe ao paciente, no caso concreto, restrição patrimonial relacionada ao não recebimento de proventos antes de se tornarem definitivos a condenação e seu efeito declarado, consistente na perda do cargo e da função.

Há ilegalidade manifesta, de forma a impor-se a concessão do mandado de segurança.

Ante o exposto, conhece-se do *Habeas corpus* como Mandado de Segurança, sendo determinadas as anotações necessárias, e se concede o *mandam*us, para cassar a determinação cautelar de suspensão do exercício do cargo público até esgotamento dos recursos ordinários contra a r. sentença, convalidada a medida liminar. Comunique-se ao Juízo de origem e à Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2049774-38.2018.8.26.0000, da Comarca de Valinhos, em que é impetrante ANA PAULA OLIVEIRA DA COSTA e Paciente FERNANDO AUGUSTO PANÃO FERNANDES, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DO FORO DE VALINHOS.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U. Sustentou oralmente o I. Defensor, Dr. Paulo César da Silva Braga, e usou da palavra o Exmo. Procurador de Justiça, Dr. Carlos Roberto Marangoni Talarico", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.820)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), EDISON BRANDÃO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 5 de junho de 2018.

CAMILO LÉLLIS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Homicídio – Paciente condenado à pena de 06 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto – Impetração objetivando a substituição do cárcere por prisão domiciliar – Impossibilidade – Determinação de cumprimento

da pena, ante o trânsito em julgado da sentença condenatória – Ausência de apreciação desse pleito pelo MM. Juízo da Execução – Análise correspondente que consubstanciaria inaceitável supressão de instância – Ademais, embora se trate de pessoa que aparentemente padece de doenças psiquiátricas, ao menos nesta estreita via de cognição, inviável se concluir pela gravidade extrema, capaz de autorizar eventual deferimento de pleito da espécie – Ausência de constrangimento ilegal, portanto – Ordem denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela advogada **Ana Paula Oliveira da Costa**, em favor de **Fernando Augusto Panão Fernandes**, condenado à pena de 06 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, por infração ao art. 121, *caput*, do Código Penal, apontando como autoridade coatora o **MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Valinhos**, pleiteando a concessão da prisão domiciliar em favor do paciente.

Alega a impetrante, em síntese, que o paciente faz jus ao benefício disposto nos arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal, pois padece de doença grave consistente em transtorno mental e comportamental devido ao uso de álcool, destacando, ainda, a necessidade de atendimento psiquiátrico regular, além de uso diário de medicamentos.

Sustenta, outrossim, que o estabelecimento em que cumprirá pena não possui condições para tratar desse sentenciado, devido às péssimas condições.

Indeferida a liminar (fls. 160/161), foram prestadas as informações de estilo (fls. 167/168); tendo a douta Procuradoria de Justiça opinado pelo não conhecimento ou denegação da ordem (fls. 171/173).

É o relatório.

Segundo informação da digna autoridade apontada como coatora (fls. 167/168), o ora paciente fora denunciado e, posteriormente, condenado pelo Tribunal do Júri, à pena de 06 anos de reclusão, regime inicial semiaberto, haja vista a prática do crime previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal.

Ainda segundo esse expediente, houve interposição de recurso de apelação, ao qual negado provimento, com subsequente oferecimento de recurso especial, também não provido, de modo que a sentença condenatória transitou em julgado em 30.05.2017.

Pois bem.

Acesso ao Sumário

É caso de denegação da ordem.

Com efeito, de início, destaca-se não haver ilegalidade da autoridade apontada como coatora, pois, conforme os informes prestados (fls. 167/168), tão-somente fora determinado o cumprimento do v. Acórdão, com a respectiva expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente, o qual, ao que se depreende, ainda não cumprido.

Além disso, destaca-se que a análise de eventuais pleitos relativos ao cumprimento da pena caberá ao MM. Juízo da Execução, nos termos do art. 66 da Lei 7.210/1984.

Por sinal, não se olvida a possibilidade de cumprimento de pena em regime domiciliar nas hipóteses previstas no artigo 117 da Lei de Execução Penal, dentre elas, pelo acometido por doença grave que estiver sob regime aberto (inciso II).

Também não se deslembra a flexibilização dessa previsão legal pelo Superior Tribunal de Justiça que, mediante recentes decisões, admite o benefício a condenados que estejam sob regime intermediário ou fechado[1].

Entretanto, ao menos à primeira vista, extrai-se dos documentos apresentados, relativos à saúde do ora paciente (folhas 42/158) que, embora, à primeira vista, padeça de doenças psiquiátricas, o seu quadro, ao menos na estreita via de cognição deste *writ*, não é grave a ponto de autorizar o deferimento de cumprimento da pena em regime domiciliar.

Nesse sentido, aliás, destaca-se o seguinte trecho do bem-lançado parecer da douta Procuradoria de Justiça (folhas 171/173):

> *"Por fim, apenas alega a impetrante que o paciente faz jus ao benefício da prisão domiciliar pois padece de doença grave consistente em transtorno mental e comportamental devido ao uso de álcool e que necessita de atendimento psiquiátrico regular e uso diário de medicamentos.*
>
> *Todavia, verifica-se que os documentos anexados não comprovam claramente a situação justificadora da concessão da prisão domiciliar"*

Derradeiramente, também não se deslembra que, nos termos do artigo 14 da Lei de Execução Penal, é assegurada assistência à saúde do preso.

1 Nesse sentido, é de destaque, *mutatis mutandis*, acórdão do Superior Tribunal de Justiça cuja ementa, em parte, tem seguinte conformidade: *"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PRISÃO DOMICILIAR. REGIMES FECHADOS E SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. DIREITO À AMAMENTAÇÃO. ART. 83, § 2º, DA LEP. ESTABELECIMENTO PRISIONAL. EXISTÊNCIA DE LOCAL RESERVADO AOS CUIDADOS DO RECÉM-NASCIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
(...)
2. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível a concessão de prisão domiciliar ao sentenciado, em cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, quando comprovada sua debilidade extrema por doença grave e a impossibilidade de recebimento do tratamento adequado no estabelecimento prisional. (Precedentes.)" (*Habeas corpus* 365.633, relator o ministro Ribeiro Dantas, julgamento em 18 de maio de 2017.

Portanto, ao menos nesta feita, e estreita via de cognição, inexistente manifesto constrangimento ilegal a ser sanado mediante este remédio constitucional.

Assim, não se vislumbra qualquer ilegalidade na determinação de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, que justifique a concessão do remédio heroico.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego a ordem de *habeas corpus.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2071997-82.2018.8.26.0000, da Comarca de Cananéia, em que é paciente CESARE BATTISTI e Impetrante OTAVIO RIBEIRO LIMA MAZIEIRO, é impetrado MM JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE CANANÉIA.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "concederam a ordem para determinar o trancamento da ação penal nº 0001364-22.2015.8.26.0118, em trâmite junto à Vara Única da Comarca de Cananéia, ante a atipicidade de conduta imputada ao paciente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.070)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PAULO ROSSI (Presidente), AMABLE LOPEZ SOTO e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 16 de maio de 2018.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Falsidade ideológica – Utilização de declaração de endereço falso em procedimento de habilitação para casamento. Pleiteia o trancamento da ação penal, ante a falta de justa causa para a persecução penal. Sustenta inépcia da denúncia; ausência de dolo específico; relevância relativa do ato, com possibilidade de sua dispensa e sujeito à verificação. Subsidiariamente, pugna pela revogação das medidas cautelares alternativas ao cárcere, previstas nos artigos 319 e 320 do CPP, estabelecidas de ofício pela autoridade judiciária, de forma desproporcional e carente de fundamentação

Acesso ao Sumário

idônea – ADMISSIBILIDADE – Atipicidade da conduta – Inexistindo justa causa para prosseguimento do feito, impondo-se o seu trancamento. Pedido subsidiária prejudicado.

Ordem concedida.

VOTO

Vistos.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de Cesare Battisti, com pedido liminar, com pedido liminar, apontando o MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Cananéia como autoridade coatora, nos autos da ação penal nº 0001364-22.2015.8.26.0118.

Aduzem os impetrantes que o paciente declarou em procedimento de habilitação de casamento a existência de residência e domicílio na cidade de Cananéia, sendo que no bojo do mesmo procedimento, houve a indicação de existência de residência e domicílio também na cidade de Embu das Artes.

Diante de tal fato, o representante do Ministério Público impugnou o referido procedimento, remetendo cópias para a instauração de inquérito policial, a fim de apurar eventual crime de falsidade ideológica.

Após a tramitação do inquérito, o paciente foi denunciado como incurso no artigo 299 do Código Penal, ocasião em que foi requerida a aplicação de medida cautelar alternativa, consistente na proibição de se ausentar do país, com entrega de passaporte.

No ponto, asseveram que: "Assim, sobreveio a r. decisão coatora, recebendo a denúncia oferecida e, *ex officio* e *extra petita*, aplicando medidas cautelares de forma evidentemente desproporcional, sem fundamentação idônea e sem requerimento do Ministério Público" (fls. 03).

De outro lado, sustentam que a denúncia é inepta e a falta de justa causa para a persecução penal, em face da atipicidade da imputação, "considerando que não houve relevância jurídica na suposta declaração falsa, seja pelo intuito da publicidade ter sido alcançada, seja pelo fato de que o Paciente não formalizou seu matrimônio perante o Registro Civil da Cananéia, e, por este lado, a declaração de residência nesta Cidade não gerou qualquer efeito jurídico"; além disso, "o mero formulário preenchido não é considerado documento para fins penais, sobretudo por ser submetido à verificação de agentes públicos, por expressa determinação legal".

Enfatizam a ausência de dolo específico de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante e que "o mero formulário preenchido não é considerado documento para fins penais, sobretudo por ser submetido à verificação de agentes públicos, por expressa determinação legal".

Acesso ao Sumário

Requerem a concessão da ordem para que seja determinado o trancamento da ação penal movida contra o paciente. Subsidiariamente, pugnam pela revogação das medidas cautelares alternativas impostas (fls. 01/22).

A medida liminar foi indeferida (fls. 236/237).

Prestadas informações pela digna autoridade dita coatora (fls. 242/244).

Os impetrantes ingressaram com petição requerendo a juntada de documentos (fls. 247/248).

Pronunciou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra da Doutora Vivian Cristiane Moretto Wohlers Silveira, pela denegação da ordem (fls. 506/510).

Os impetrantes ingressaram com petição informando que foram apresentadas duas exceções de suspeição em face da autoridade impetrada, apresentando documentos (fls. 511).

Este, em síntese, é o relatório.

Verte das informações prestadas pela autoridade judiciária em 18 de abril de 2018, *in verbis:*

"O paciente CESARE BATTISTI está sendo processado por infração, em tese, ao disposto na norma do art. 299, do Código Penal (crime de falsidade ideológica), porque no dia 26 de maio de 2015, no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais da Comarca de Cananéia (SP), declarou e fez inserir em documento público, falsamente, que residia neste município, à rua Francisco Chaves, 203, Centro, quando na realidade, residia no município de Embu das Artes (SP), com o intuito de dar início a procedimento de habilitação para casamento em cidade diversa de seu domicílio, em detrimento da legislação de regência.

"Do mesmo modo, a corré brasileira Joice Passos do Santos, em tese, também declarou falsamente residir no município de Belford Roxo (RJ), quando na realidade, residia no município de Embu das Artes (SP), local em que exercia função pública, inclusive.

"A denúncia foi recebida em 10 de abril de 2018, por este juízo entender presentes os requisitos do ato (prova da materialidade e indícios suficientes de autoria), sendo em decorrência, impostas medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, do CPP), para garantia do processo e aplicação da lei penal, eis que o réu Cesare Battisti também é processado perante a Justiça Federal do Mato Grosso do Sul, pelo crime de evasão de divisas, processo no qual foi preso em flagrante, supostamente tentando sair do Brasil em direção à Bolívia transportando considerável quantidade de dólares e euros não declarados, e é parte em notório processo de extradição decorrente de condenações criminais transitadas em julgado proferidas pela justiça italiana.

Acesso ao Sumário

"No processo que tramita perante a Justiça Federal também foram aplicadas medidas cautelares diversas da prisão, cujos atos de fiscalização foram deprecados para este juízo de Cananéia.

"Portanto, neste novo processo criminal ajuizado, com o fim de impedir fuga e cometimento de novos delitos, garantir a aplicação da lei penal, e, principalmente, facilitar a fiscalização do paradeiro/atividades dos réus, foi deferido o requerimento do Ministério Público do Estado de São Paulo e impostas as seguintes medidas cautelares, por este juízo entender serem adequadas e necessárias no momento:

"a) proibição de ambos os réus se ausentarem da Comarca de Cananéia (SP), e, consequentemente, do Brasil, sem prévia autorização judicial, devendo entregar os seus passaportes no prazo de 24h (vinte e quatro horas). De acordo com o art. 320 do Código de Processo Penal, comunique-se a Polícia Federal do Brasil.

"b) comparecimento dos réus Cesare Battisti e Joice Passos dos Santos ao Fórum da Comarca de Cananéia, até o dia 10 (dez) de cada mês, a partir de maio de 2018, para informarem/justificarem suas atividades;

"c) recolhimento domiciliar no período noturno dos réus, devendo permanecer em sua residência das 22h (vinte e duas horas) até o amanhecer;

"d) proibição de acesso ou frequência dos réus Joice Passos dos Santos e Cesare Battisti, a bares, boates e congêneres, para evitar o cometimento de novos crimes e facilitação da fiscalização do seu paradeiro/atividades.

"Por fim, o próprio réu/impetrante Cesare Battisti outorgou procuração para os advogados no dia 16 de junho de 2015 (fl. 32 dos autos da ação penal nº 1364-22.2018), declarando expressamente no instrumento de mandato como sendo seu domicílio, o município de Embu das Artes (SP).

"Os autos encontram-se aguardando resposta à acusação, nos termos do art. 396 do CPP" (fls. 242/244).

Segundo se depreende da denúncia, *in verbis*:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 26 de maio de 2015, em horário incerto, na Av. Independência, n. 1.121, Centro, nesta cidade e comarca de Cananéia, CESARE BATTISTI e JOICE PASSOS DOS SANTOS, qualificados nos autos respectivamente às fls. 04 e 125, previamente ajustados e com unidade de propósitos, fizeram inserir em documento público declaração falsa, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

"Segundo o apurado, nas circunstâncias acima descritas, os ora denunciados dirigiram-se ao Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas da comarca de Cananéia, com o fim de dar início a procedimento de habilitação para casamento.

Acesso ao Sumário

"Na oportunidade, Cesare declarou falsamente que residia neste Município, mais especificamente na Rua Francisco Chaves, 203, Centro.

"Ocorre que, conforme se depreende dos documentos acostados às fls. 28, 34 e 53/57, Cesare residia, em verdade, no Município de Embu das Artes.

"Também por ocasião do início do procedimento de habilitação para casamento, Joice Passos dos Santos declarou residir na Estrada Dr. Plínio Casado, n. 4.170, casa 1, Bairro Santo Antonio da Prata, Belford Roxo - RJ. Todavia, Joice atuava, à época, como servidora pública municipal na Secretaria de Educação de Embu das Artes, cumprindo jornada semanal de 40 horas, o que tornaria impossível a residência no Estado do Rio de Janeiro ou neste Município (documento de fls. 38/39).

"As declarações falsas prestadas pelos imputados se revestem de relevância jurídica, haja vista que o local de residência dos cônjuges determina não apenas o cartório perante o qual se conduzirá o procedimento de habilitação para casamento, mas também o local de publicação do edital de proclamas. Com isso, pretende-se evitar a construção de vínculos matrimoniais acometidos por causas impeditivas" (fls. 53/54).

Esta é a síntese dos fatos.

Inicialmente, cumpre ressaltar que somente se justifica a concessão de *habeas corpus* por falta de justa causa para a persecução penal, quando ela é evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação.

O Superior Tribunal de Justiça, por suas Turmas, vem decidindo que:

"A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação, ou, ainda, a extinção da punibilidade" (HC 23714/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, STJ, 5ª Turma).

"O trancamento da ação penal, medida de exceção que é, somente cabe, consoante entendimento sufragado no âmbito desta Corte Superior de Justiça, nas hipóteses em que se demonstrar, na luz da evidência, 'primus ictu oculi', a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade" (HC 20121/MS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, STJ).

"O trancamento da ação penal por falta de justa causa, postulada na via estreita do habeas corpus, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexiste qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente" (RHC 11852/MG, Rel. Ministro Vicente Leal, STJ, 6ª Turma).

Dessa forma, analisando o caso em tela, entendo que há motivo para

Acesso ao Sumário

concessão da ordem.

Com efeito, a conduta imputada ao paciente é atípica, pois a declaração de endereço em procedimento de habilitação de casamento, nos moldes do artigo 68 e seguintes da Lei 6.015/1973, contém presunção relativa, pois comporta impugnação pelo oficial do Cartório de Registro Civil, pelo representante do Ministério Público, como ocorreu *in casu*, ou ainda por terceiro, hipótese em que o procedimento será submetido à apreciação do magistrado, conforme dispõe o artigo 1526 do Código Civil, propiciando-se, portanto, a verificação de sua veracidade.

No presente caso, a declaração prestada pelo paciente não prejudicou direito, criou obrigação ou alterou a verdade sobre algum fato, sendo, por isso, fato juridicamente irrelevante.

Neste sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. FALSA DECLARAÇÃO DE ENDEREÇO CONSTANTE DE PETIÇÃO INICIAL DE AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO: IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 33, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FALSIDADE DA INFORMAÇÃO CONSTANTE NA PETIÇÃO INICIAL: FATO JURIDICAMENTE IRRELEVANTE. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1. Habeas Corpus impetrado originariamente contra ato do Delegado de Polícia Federal nos autos do inquérito policial, instaurado para apurar crime tipificado no artigo 299 e 304 do Código Penal. 2. O inquérito policial foi instaurado com base em requisição do Juizado Especial Federal Cível de Avaré, que encaminhou por ofício cópia dos autos de ação que por lá tramitava. Assim, é de se considerar que é o próprio Juiz a autoridade coatora, e não o Delegado de Polícia. Precedentes. 3. A teor do artigo 3º, § 3º da Lei nº 10.251/2001, no foro, a competência do Juizado Especial Federal é absoluta em relação à Vara Federal, e relativa entre os diversos foros. Em se tratando de competência territorial, não pode ser deslocada de ofício, por ser relativa, aplicando-se o entendimento consagrado na Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 4. A afirmação constante na petição inicial de que o domicílio do paciente implica na competência do Juizado Especial Federal de Avaré/SP não é juridicamente relevante. Ainda que a DD. Autoridade impetrada viesse a saber que o paciente, em verdade, residia em outra comarca, não poderia declinar de ofício da competência, porque não se tratava de hipótese de incompetência absoluta, mas sim relativa. 5. Para a caracterização do delito de falsidade ideológica, é necessário que o agente vise prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre algum fato, e, ainda, que esse fato seja juridicamente relevante, pois tais fatores são elementares do tipo. 6. A falsa informação constante na petição inicial não configura fato juridicamente relevante, pois a competência

Acesso ao Sumário

poderia ser prorrogada por simples requerimento da parte. A falsa declaração de endereço na petição inicial constitui fato penalmente atípico. Precedentes. 7. Ordem concedida. (TRF-3 - HC: 2745 SP 0002745-20.2012.4.03.6108, Relator: JUIZ CONVOCADO MÁRCIO MESQUITA, Data de Julgamento: 02/10/2012, PRIMEIRA TURMA).

Dessa forma, não guarda tipicidade penal a conduta imputada ao paciente.

De outro lado, dispõe o artigo 299 do Código Penal que: "*Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*".

No caso vertente, embora o paciente tenha declarado na petição de habilitação, domicílio na cidade de Cananéia, visando contrair núpcias com Joice Passos dos Santos, não há se falar em conduta típica, porquanto a petição, ainda que contenha informações inverídicas, não configura o tipo penal do artigo 299 do Estatuto repressivo, pois não é considerado documento para fins penais, até porque necessita de comprovação e, tanto isso é verdade, que foi constatado pelo órgão ministerial em uma simples análise.

Nesse sentido, oportuno o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

"*Ressalte-se que havendo necessidade de comprovação – objetiva e concomitante –, pela autoridade, da autenticidade da declaração, não se configura o crime, caso ela seja falsa ou, de algum modo, dissociada da realidade. Ex.: declaração falsa de endereço, quando se exige o acompanhamento de documento comprobatório, como conta de luz ou água. Nessa hipótese, de maneira objetiva e imediata, pode o funcionário conferir o endereço antes de providenciar a expedição do documento que interessa ao agente. Nessa ótica: STJ: "O documento para fins de falsidade ideológica deve ser uma peça que tenha possibilidade de produzir prova de um determinado fato, sem necessidade de outras verificações, valendo como tal por si mesma. Simples correspondência enviada a um órgão, visando obtenção de endereço da parte adversária, ainda que sem autorização do juízo, mesmo de modo a parecer ter sido expedida judicialmente, não configura o delito de falsidade ideológica, se nenhum dos especiais fins de agir foi objetivado. Recurso provido para trancar a ação penal" (RHC 19.710-SP, 6ª T., rel. Jane Silva, 28.08.2008, v.u.)"* (Código Penal Comentado – Editora Revista dos Tribunais – 10ª edição – pág. 1071).

Nesse diapasão, ainda citando o comentário do referido autor em relação ao artigo 299 do Código Penal: *"Elemento subjetivo do tipo: é o dolo, mas exige-se o elemento subjetivo específico, consistente na vontade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Dessa forma, a falsificação que não conduza a qualquer desses três resultados*

Acesso ao Sumário

deve ser considerada penalmente indiferente. Não se pune a forma culposa" (Obra citada, pág. 1073).

No mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial:

"HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. "A declaração prestada por particulares deve valer, por si mesma, para a formação do documento, a fim de configurar-se a falsidade mediata. Se o 'oficial ou o funcionário público que a recebe está adstrito a averiguar, propiis sensibus, a fidelidade da declaração, o declarante, ainda quanto falta à verdade, não comete ilícito penal" (RT 483/263, 541/341, 564/309-10, 691/342, 731/560, JTJ 183/294). 2. In casu, em que pese os judiciosos fundamentos expostos na decisão vergastada, a qual apenas admite o cabimento do apontado remédio constitucional para o trancamento de inquérito policial quando evidenciado, de plano, a atipicidade da conduta, a par do entendimento doutrinário e jurisprudencial, verifica-se constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão do habeas corpus, tendo em vista que constitui a representação no Órgão Corregedor instrumento de tutela de direito constitucionalmente assegurado – ampla defesa e liberdade de locomoção, elementos imprescindíveis para a dignidade da pessoa humana. 3. Ordem concedida para determinar o trancamento do Inquérito Policial nº 071/2008, instaurado na Delegacia Circunscricional de Itapetinga/BA" (STJ – HC nº 127.376 (2009/0017290-7) – Rel. Min. Jorge Mussi – 5ª Turma – julg. 04/08/2011 – Dje 29/08/2011).

Ainda.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 299, CP. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM CONCEDIDA. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. 1. O inquérito policial é peça de natureza administrativa, destinada tão- somente a investigar os fatos noticiados, sendo o seu trancamento medida excepcional, autorizada apenas quando há certeza da inexistência do fato-crime ou da sua atipicidade. 2. No caso em tela, o delito investigado consiste em falsidade ideológica que teria sido praticada ao se declinar endereço fraudulento, visando ludibriar o juízo para fixar a competência na Subseção Judiciária de Marília/SP, para o atendimento de uma mera conveniência pessoal do impetrante/paciente. 3. Embora o exame superficial dos fatos que ensejaram a investigação questionada evidenciem aparente má-fé do causídico no exercício da atividade forense, não se visualiza na declaração falsa apontada potencialidade para prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. 4. Conquanto tal conduta mereça censura na esfera ético- profissional, em face das conseqüências processuais danosas

Acesso ao Sumário

aos interesses do seu representado, cumpre reconhecer a manifesta atipicidade da conduta descrita. 5. Ordem concedida. Trancamento do inquérito policial instaurado contra o impetrante/paciente. (TRF-3 - HC: 6336 SP 0006336-44.2013.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, Data de Julgamento: 14/05/2013, SEGUNDA TURMA).

Em que pese o entendimento esposado pelo douto magistrado *a quo*, não se vislumbra configurado, na hipótese dos autos, o dolo específico do ora paciente, necessário para tipificar o delito em questão.

Conforme ressaltado pelos impetrantes, o paciente possuía domicílio e residência na cidade de Cananéia, conforme depoimentos prestados no bojo do inquérito policial, e também em Embu das Artes, durante certo período de sua vida, compreendendo o ano de 2015.

Dessa forma, observa a inexistência de justa causa para prosseguimento da ação penal, pois a declaração de endereço fornecida em procedimento de habilitação de casamento goza de presunção relativa, necessitando de comprovação, assim, constata-se que a conduta do paciente foi atípica.

Por fim, restou prejudicado o pedido subsidiário pugnando pela revogação das medidas cautelares alternativas estabelecidas pelo juízo monocrático, com fulcro nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, concede-se a ordem para determinar o trancamento da ação penal nº 0001364-22.2015.8.26.0118, em trâmite junto à Vara Única da Comarca de Cananéia, ante a atipicidade de conduta imputada ao paciente.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2240048- 90.2017.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS.

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 segurança. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que

Acesso ao Sumário

integra este acórdão. **(Voto nº 16.257)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente) e LEME GARCIA.

São Paulo, 8 de junho de 2018.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Mandado de Segurança. Lei Maria da Penha. Estupro de Vulnerável. Pleito objetivando a declaração da incompetência absoluta da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro da Comarca de São José dos Campos e o encaminhamento dos autos à vara comum competente. Não cabimento. Lei 11.340/06 tem por finalidade a proteção da mulher, no âmbito doméstico, independente da idade da vítima. Inteligência das Súmulas 144 e 156 deste E. Tribunal. Competência da Vara de Violência Doméstica. Segurança denegada.

VOTO

Trata-se de **MANDADO DE SEGURANÇA**, com pedido liminar, impetrado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra ato do MM. Juiz de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro da Comarca de São José dos Campos, sob o argumento de violação ao direito líquido e certo ao devido processo legal, consistente no impedimento ao trâmite do processo perante o juízo competente.

Sustenta o impetrante a ilegalidade da decisão coatora, que rejeitou a exceção de incompetência absoluta por ele interposta, determinando o prosseguimento do feito perante aquela Vara Especializada.

Aduz, outrossim, a existência de incompetência absoluta, uma vez que a vulnerabilidade do crime de estupro reside na idade e não no gênero, podendo o sujeito passivo ser tanto homem, quanto mulher, desde que menor de 14 anos.

Postula, destarte, o deferimento da medida liminar, para suspender a ação penal até o julgamento do presente *mandamus*. No mérito, requer a concessão da segurança, para que seja reconhecida a incompetência absoluta da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, com a consequente remessa dos autos para a Vara Criminal Comum da Comarca de São José dos Campos.

A liminar foi indeferida (fls. 169/172).

Por intermédio de ofício datado de 14 de dezembro de 2017, a autoridade coatora prestou as informações (fls. 175/180), esclarecendo as circunstâncias

Acesso ao Sumário

fáticas do suposto crime praticado pelo paciente. Aguardava-se, à época, a citação do réu por meio de carta precatória, expedida em 31 de outubro de 2017.

Em seu parecer, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (fls. 183/186).

É o relatório.

Devidamente processada, a ordem não merece concessão.

Exsurge dos autos que, em respeito à decisão da Procuradoria Geral de Justiça, no Conflito Negativo de Atribuição nº 105.576/2017 (fls. 106/113), o impetrante denunciou C.F. pela suposta prática de crimes de estupro de vulnerável, como incurso no artigo 217-A, *caput*, por cinco vezes, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal, porquanto teria praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a neta de sua namorada, C.Y.B.N., criança menor de 14 anos à época dos fatos (fls. 122/124).

Ao oferecer denúncia, o impetrante arguiu a incompetência absoluta do Juízo da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher para processar o feito, requerendo a remessa dos autos para a Justiça Criminal Comum (fls. 120/122).

Entretanto, a autoridade impetrada rejeitou a exceção de incompetência interposta pelo impetrante, adotando as razões expostas pela Procuradoria Geral de Justiça, porquanto, *in casu*, é de se reconhecer que as atitudes do réu traduzem postura de superioridade fundada em sua condição de pessoa do sexo masculino (fls. 125).

Insta salientar que o mandado de segurança é destinado a proteger direito **líquido e certo** não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Nas palavras de Luís Roberto Barroso: *Líquido e certo é o direito resultante inequivocamente de um fato independente de prova ou cuja prova já esteja pré-constituída. Para reconhecer o direito alegado, a atividade jurisdicional consiste, tão-somente, em pronunciar a consequência jurídica de um fato incontroverso. Desde que provados os fatos, caberá mandado de segurança, independentemente da complexidade jurídica das questões envolvidas*.[1]

De rigor consignar que para a configuração da violência doméstica não basta a ação ou omissão no âmbito doméstico ou familiar, necessária a circunstância especial de a vítima ser mulher. É a autêntica proteção em razão do gênero. A lei tem por escopo a proteção da mulher em situação de fragilidade diante do agressor, desde que haja algum vínculo mínimo de convivência entre eles, conforme dispõe o art. 5º da Lei 11.340/06:

> *"Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe causa morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou*

1 BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro : Renovar. 2006 (pp. 183-185).

patrimonial:

I – no âmbito de unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

*III – **em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação**.*

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

Sobre o tema, as Súmulas 114 e 156 deste E. Tribunal de Justiça:

Súmula 114: Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, **sempre que fique caracterizado o vínculo** de relação doméstica, familiar ou **de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação**, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor".

Súmula 156: A existência de relação de subordinação entre agressor e vítima, decorrentes da tenra idade, imaturidade física ou psicológica da vítima não afasta a competência da Vara da Violência Doméstica".

Portanto, *in casu*, como a prática delituosa ocorreu no cenário familiar, entre duas pessoas que possuíam uma relação íntima de afeto, aplica-se a Lei n° 11.340/06, de modo que a matéria afeta a Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São José dos Campos.

Em face do quanto exposto, **denego a segurança.**

Acesso ao Sumário

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0004369-95.2011.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MARCOS ALEXANDRE MARTINS e Recorrente/A.M.P. RAFAEL BALTRESCA, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO

PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, considerando-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores. Outrossim, decretaram a prisão preventiva do réu, Marcos Alexandre Martins. Expeça-se e cumpra-se, desde logo, o necessário mandado de prisão. Comunique-se incontinenti.V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.289)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CARDOSO PERPÉTUO (Presidente sem voto), DE PAULA SANTOS e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 26 de abril de 2018.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Recurso em sentido estrito – Júri – Decisão de pronúncia – Homicídios duplamente qualificados – Recurso que impossibilitou a defesa das vítimas e emprego de meio que resultou perigo comum – Recorrido que, embriagado e conduzindo automóvel em alta velocidade, ingressou na calçada e atropelou mãe e filha, pelas costas, enquanto caminhavam em local movimentado, próximo a *shopping center* – Pretendida a desclassificação para o crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, previsto no artigo 302 da Lei 9.503/97 – Alegada ausência de dolo eventual – Inadmissibilidade – Existência de prova da materialidade e de indícios suficientes acerca da autoria dos crimes descritos na denúncia, assim como do dolo eventual – Dúvidas porventura existentes haverão de ser dirimidas pelo Tribunal do Júri. Recurso defensivo improvido.

VOTO

1. Ao relatório da r. decisão monocrática, da lavra da MMª. Juíza de Direito, Drª. Lizandra Maria Lapenna, acrescenta-se que **Marcos Alexandre Martins** foi pronunciado como incurso no artigo 121, parágrafo 2º, incisos III e IV, do Código Penal (por duas vezes).

Inconformado, recorre buscando a reforma do julgado *a quo*, pugnando pela desclassificação dos crimes dolosos contra a vida para homicídios culposos

praticados na direção de veículo automotor, nos termos do artigo 302 da Lei 9.503/1997. Alega, em síntese, que não há se falar em dolo eventual no caso vertente, pois, quando dos fatos, não estava alcoolizado e nem imprimia alta velocidade ao automóvel.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a MMª. Juíza *a quo* manteve a r. decisão impugnada, manifestando-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

2. O recurso não comporta provimento.

Vale observar, de início, que para a proclamação da pronúncia, que é a declaração de que o processo encontra-se preparado, por admissível a acusação, para ser julgado pelo juiz natural, o Júri Popular[1], basta que o magistrado se convença da existência do crime (portanto, haja prova da materialidade) e de indícios suficientes da autoria atribuída ao réu, consoante o preceito do artigo 413 do Código de Processo Penal.

Júlio Fabbrini Mirabete preleciona que a "***sentença de pronúncia, portanto, como juízo sobre a admissibilidade da acusação, constitui juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que se exige para a condenação***".[2]

No caso em exame, tais requisitos encontram-se presentes, como decorre dos elementos probatórios amealhados nos autos, não apenas na etapa pré-processual, senão também sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, com inteira observância do devido processo legal.

Com efeito, a materialidade dos delitos apresenta-se consubstanciada, não apenas nos laudos de exame necroscópicos (fls. 194/197) e de verificação de embriaguez (fls. 199) e no exame pericial do local dos fatos (fls. 130/159), senão também na prova oral colhida na etapa pré-processual e, posteriormente, confirmada sob o pálio do contraditório e da ampla defesa.

Os indícios da autoria atribuída ao recorrente, por igual, apresentam-se positivados nos autos.

Silente na peça flagrancial (fls. 10), como lhe assegura a Carta Constitucional de 1988, Marcos Alexandre negou, em Pretório, estar embriagado no momento do acidente, afirmando ter ingerido uma "*latinha*" (sic) de cerveja, cerca de 40 minutos antes de sair de casa. Disse que trafegava pela pista local da Marginal Pinheiros, a 90 km/h, quando o carro virou e se acidentou. Não se lembrou de mais detalhes do momento do ocorrido, apenas de uma pessoa batendo no vidro do veículo, do lado de fora, e, depois, sendo socorrido no local (fls. 541/553).

Acesso ao Sumário

1 - José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Campinas, Ed. Bookseller, 1ª ed./2ª tiragem, 1998, vol. III, p. 181.

2 - Processo Penal, São Paulo, Ed. Atlas, 2ª edição, 1992, p. 466.

A perita criminal Eliane, responsável pela elaboração do laudo do local do acidente, quando ouvida em Juízo, informou que o asfalto não apresentava sinais de frenagem, apenas derrapagem. Explicou que isso geralmente ocorre quando o condutor perde o controle da direção do veículo, que fica "*à deriva*" (sic). Não necessariamente indica que, antes da colisão, houve tentativa de brecá-lo. Constatou, ainda, que o carro do réu estava a pouco menos de cem quilômetros por hora e seu velocímetro ficou travado nessa velocidade - o que só ocorre quando o impacto é muito grande -, sendo certo que, naquela pista, o limite era de 70 quilômetros por hora. Acrescentou que o local era sinalizado, iluminado e não estava chovendo no momento do acidente, tampouco havia qualquer obstáculo, buraco ou óleo, que pudesse justificar a derivação do veículo. Esclareceu, ainda, que os ruídos advindos de uma frenagem ou derrapagem ouvidos pelas testemunhas são idênticos e que, antes da colisão, não houve nenhuma falha mecânica, pois, caso tivesse havido, ficaria marcada na pista (fls. 497/514).

Já a testemunha Lucas contou que tinha acabado de sair do trabalho, em uma loja do *Shopping Vilas Lobos*, e caminhava pela calçada, estando as vítimas alguns metros à frente, quando ouviu da sua gerente, Claudia, um pouco atrás dele, gritar "*corre*". Naquele instante, pode observar um veículo, "*vindo em alta velocidade, ouviu a freada, mas não viu quando o carro girou ou capotou*" (sic). Revelou, ainda, que "*não havia outros veículos nas pistas, não viu ninguém atravessar na frente do carro ou mesmo algum animal entrar na frente do veículo. Foi o único carro que viu naquele momento*". Completou que, no local do acidente, havia várias pessoas, que saíam do trabalho (fls. 443/444).

Aline, por sua vez, falou que deixava o *shopping*, quando viu um veículo passar em alta velocidade - o que chamou a sua atenção - e depois atingir as duas vítimas. Pode observar que uma delas já estava morta e outra ainda estava com vida. Aproximou-se do carro do réu, para ver se ele estava consciente ou não, ficando a cerca de um metro dele, e pode verificar que ele "*estava aparentemente alcoolizado*" (sic), pois exalava odor etílico e estava com a voz trêmula (mídia audiovisual de fls. 468).

A funcionária do *shopping* Dayane, por seu turno, narrou que caminhava na calçada do local dos fatos, estando as duas vítimas um pouco à sua frente, quando escutou um barulho de freada e viu um carro, já girando na pista, vindo em sentido contrário. A gerente Claudia, que também estava com ela, gritou "*corre*" e ela assim o fez. Todavia, as duas ofendidas não conseguiram escapar e foram atingidas pelo automóvel. Acrescentou que, apesar de "*não possuir habilitação, eu percebi que o carro estava vindo em alta velocidade*" (sic). Revelou, ainda, que havia várias pessoas no local, quando do ocorrido (fls. 395/396).

O policial militar Fábio, condutor da ocorrência, asseverou que chegou

Acesso ao Sumário

ao local logo após o acidente e o réu estava sendo socorrido por uma equipe de bombeiros, que fizeram menção ao fato dele haver consumido bebidas alcoólicas. Aproximou-se do acusado, sentiu um odor etílico e perguntou-lhe "*O senhor bebeu*?" (sic) e ele respondeu que 'sim' com a cabeça, mas se recusou a fazer o teste do bafômetro. O recorrente depois lhe revelou que tomara "*um latão*" (sic) de cerveja. Assinalou que o veículo do agente "*estava totalmente destruído*" (sic). Observou que o velocímetro ficou travado com a marca de 100 km/h, ao passo que a velocidade permitida naquela via era de 70 km/h. Destacou que a vítima Bruna foi socorrida, enquanto a outra, Mirian, já estava morta, "*ela estava separada pela metade, a parte do tronco separada e a parte da perna*" (sic). Elas, segundo anotou, foram atropeladas na calçada. Revelou, ainda, que no horário do acidente era grande o movimento de pessoas, porque as lojas do shopping fechavam às 22h00min, com a saída dos funcionários do estabelecimento (fls. 397/410).

O miliciano Reginaldo relatou que, quando chegou ao local dos fatos, uma vítima já estava morta e outra dentro de uma ambulância. O réu estava sendo socorrido e os bombeiros perceberam que ele exalava odor etílico. Sentiu que o acusado, quando falava, liberava "*hálito alcoólico*" (sic). Disse, ainda, que a colisão foi forte, porque o motor tinha "*saído*" do veículo, peças deste ficaram espalhadas pela pista e o seu velocímetro marcava 100 km/h. Salientou que a velocidade permitida naquela via era de 70 km/h, havendo farta sinalização nesse sentido (fls. 411/423).

A testemunha Cintia declarou apenas que passou de carro, pelo local dos fatos, pouco após o acidente e viu uma das vítimas no chão e a outra sendo socorrida (fls. 515/520).

Já as testemunhas de defesa Alessandra (fls. 521/524), Patrícia (fls. 525/529), João (fls. 530/535), João (fls. 530/535) e Hélio (fls. 536/540) não presenciaram os fatos e nada puderam esclarecer sobre estes.

Demais disso, insta observar que o laudo de verificação de embriaguez, realizado depois de decorridas mais de 6 horas do acidente, concluiu que o réu estava embriagado, embora com dosagem alcóolica de 0,4 g/l, mas apresentando atenção e concentração dispersiva, memória com dificuldade para fixar e desorientado no tempo, apesar de lúcido (fls. 199).

Outrossim, os bombeiros responsáveis por prestarem os primeiros socorros ao acusado no local do acidente, bem como os médicos incumbidos de realizarem o seu atendimento no hospital, logo após o ocorrido, salientaram que ele apresentava nítidos sinais de intoxicação alcoólica.

Os cabos do corpo de bombeiros Elisa e Ricardo, ouvidos em solo policial, disseram terem sido acionados para atender o acidente e, ao chegarem ao local dos fatos, surpreenderam o recorrente visivelmente embriagado,

Acesso ao Sumário

apresentando olhos vermelhos, fala embargada e odor etílico. Indagado, ele lhes admitiu informalmente ter consumido cerveja. Em seguida, encaminharam-no ao hospital *São Luiz* para pronto atendimento médico (fls. 7/8).

Os médicos Henrique e Ana Maria relataram, ainda, que o acusado ingressou no pronto-socorro apresentando "*exame físico: alcoolizado, Glasgow 14, dores em perna esquerda e mão esquerda, hálito alcoólico, sinal índex-naso positivo, dor à palpitação de hemitórax esquerdo, escoriações em hemitórax esquerdo e em membro inferior esquerdo*" (fls. 311/312).

Os policiais e a testemunha Aline, inquiridos em sede judicial, também afirmaram ter visto o acusado em estado de ebriez.

Outra questão relevante para a dinâmica dos fatos consiste na velocidade desenvolvida pelo veículo do acusado no momento do acidente. Conforme o apurado pela perícia, além de a via estar devidamente iluminada e sinalizada, o asfalto apresentar bom estado de conservação, bem como não estar chovendo na ocasião, o réu conduzia o automóvel a 100 quilômetros por hora e perdeu o controle de direção enquanto trafegava na última pista da esquerda, alterando a sua trajetória em direção à calçada, colhendo as vítimas pelas costas.

A velocidade máxima da via era de 70 km/h e com a colisão a ofendida Mirian teve uma das pernas decepada (fl. 153), vindo o laudo pericial a constatar a dilaceração do cadáver desta vítima e a presença de gordura e substâncias hematóides no muro atingido pelo carro do recorrido (fls. 131/135). A lataria deste, por sua vez, ficou destruída, tendo o motor sido arrancado do interior do capô e os demais componentes espalhados pelo local do acidente (fls. 140/151). Além disso, o velocímetro foi encontrado marcando a velocidade de 100 km/h, superior à permitida para o tráfego na via, e, provavelmente, aquela que o réu imprimia ao automóvel no instante em que atropelou as vítimas.

De outro vértice, a perícia apontou a existência de vestígios de derrapagem na pista, iniciando-se na faixa de rolamento interna esquerda, desenvolvendo-se em curva para a direita, até a calçada e o local de atropelamento. Como visto alhures, durante o depoimento judicial da perita responsável pelo referido exame, num primeiro momento, tais indícios evidenciam que o agente perdeu o controle do automóvel e não fez nenhum esforço para pará-lo, pois, do contrário, haveria marcas de frenagem na via, que se diferenciam, na prática, daquelas encontradas no local dos fatos.

Ainda, as testemunhas oculares disseram, durante suas oitivas, que se viram impressionadas pela aproximação repentina do veículo do acusado ao sítio dos fatos, quando ouviram o som da frenagem – algumas tendo confundido com o da derrapagem –, seguido pelo estrondoso barulho ocasionado pela colisão e atropelamento das vítimas, indicando que a velocidade no momento do acidente estava acima dos limites tolerados na via.

Acesso ao Sumário

Entretanto, a Defesa contesta o resultado do exame pericial, alegando que, na data do ocorrido, cerca de um quilômetro do lugar do acidente, o carro do acusado foi flagrado por um radar eletrônico trafegando a 78km/h, oportunidade em que houve autuação por excesso de velocidade, conforme cópia da sanção administrativa juntada aos autos (fls. 574).

Como se vê, no caso *sub examine*, os adminículos probantes constituem indícios da possibilidade de ter o recorrente agido com o dolo eventual, na medida em que, como narrado na peça exordial, pôs-se a conduzir veículo automotor em velocidade excessiva e incompatível com o local dos fatos e em estado de embriaguez alcoólica, de modo a atropelar as duas vítimas que caminhavam sobre a calçada destinada aos pedestres, justificando, pois, perfeitamente, o encaminhamento dos autos ao seu Juiz natural, o Tribunal do Júri.

Oportuno recordar, nesse mesmo sentido, orientação emanada do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> ***"(...) 5. Tratando-se de crime contra a vida, presentes indícios da autoria e materialidade, deve o acusado ser pronunciado, em homenagem ao princípio do in dubio pro societate, cabendo ao Tribunal do Júri respectivo proferir o juízo de mérito aplicável ao caso. Precedente recente do Supremo Tribunal Federal.***
>
> ***6. Deve o agravante ser pronunciado - em razão da sua embriaguez, verificada por diversas testemunhas, e da alta velocidade de seu automóvel no momento dos fatos, comprovada em laudo pericial -, em atenção ao princípio do in dubio pro societate, cabendo ao Tribunal do Júri respectivo proferir o juízo de mérito aplicável ao caso. (...)".***[3]

Aliás, convém observar que eventuais dúvidas acerca do elemento subjetivo do tipo, ou, ainda, da exata velocidade do veículo automotor ao tempo dos fatos, se existentes, não exsurgem em benefício do recorrente, máxime porque, nesta etapa do procedimento, vigora o princípio *in dubio pro societate*.[4]

Vale registrar, nesse passo, como se extrai do superior escólio de Júlio Fabbrini Mirabete, que: "***A sentença de pronúncia, portanto, como decisão sobre a admissibilidade da acusação, constitui juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que se exige para a condenação. Daí a incompatibilidade do provérbio in dubio pro reo com ela. É a favor da sociedade que nela se resolvem as eventuais incertezas propiciadas pela prova. Há inversão da regra in dubio pro reo para in dubio pro societate***".[5]

É bem de ver, ainda, no tocante à intenção ou não de matar – na espécie, com a assunção do risco do resultado –, que compete ao Conselho de Sentença

Acesso ao Sumário

3 - STJ – AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 739.762/PR, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, j. em 04.02.2016, vu.

4 - v. Luís Paulo Sirvinskas, Introdução ao Estudo do Direito Penal, São Paulo, Ed. Saraiva, 2003, p. 151.

5 - Processo Penal cit., p. 466.

decidir a respeito, como este Augusto Tribunal de Justiça tem proclamado:

> ***"PRONÚNCIA - Homicídio tentado - Admissibilidade - Prova da ocorrência do crime e indícios suficientes de que o recorrente fosse o autor - Conselho de sentença, que ademais, deve verificar a intenção ou não de matar, do autor - Absolvição sumária afastada - Recurso não provido".***[6]
>
> ***"JÚRI - Fase de conhecimento - Desclassificação - Inadmissibilidade - Somente se deve conceder a desclassificação quando as provas forem de tal modo cristalinas que se perceba a desnecessidade de levar o caso ao julgamento do Tribunal do Júri - Recurso não provido, mantendo-se a sentença de pronúncia".***[7]

Saliente-se, ainda, que o quadro probatório desenhado neste caderno processual, do qual emergem elementos acerca da materialidade e indícios da autoria atribuída ao recorrente, não permite afirmar seguramente e estreme de dúvidas, ao menos nesta etapa procedimental, a mera ocorrência da figura de homicídio culposo, insculpida no artigo 302 da Lei nº 9.503/97, a inviabilizar a pretensão desclassificatória, razão pela qual, afigurando-se presentes os requisitos necessários à edição da r. decisão de pronúncia, o conhecimento e julgamento do caso não devem ser subtraídos ao juiz natural, o Tribunal do Júri, como escorreitamente determinado pela eminente Magistrada a quo, em consonância com preceito do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "d", da Constituição Federal.

Cabe registrar, nesse ponto, que, em sede de delitos de trânsito, muito se tem discutido acerca da caracterização do elemento volitivo nos casos em que se analisam homicídios praticados na direção de veículos automotores por motoristas embriagados, tal como ocorre no caso em apreço.

O dolo eventual, diferenciando-se da culpa consciente, presente no tipo acima mencionado, caracteriza-se quando o agente assume o risco de produzir o resultado lesivo, o qual lhe é indiferente, isto é, tolera a produção do resultado, pouco se importando se este ocorrerá ou não, na prática. Já na culpa consciente, ao revés, o sujeito não deseja que o resultado seja produzido, tampouco assume o risco para produzi-lo. Ele prevê a possibilidade que este aconteça, mas confia em que não ocorrerá no caso concreto.

As circunstâncias de cada caso é que permitirão analisar a incidência de um ou de outro, especialmente o modo de condução do veículo pelo agente no momento dos fatos. Se for anormal, como ocorre nos casos de ultrapassagens perigosas, "costurar o trânsito", contramão de direção, rachas, passagens em sinal vermelho, ziguezague, velocidade excessiva, banguela, embriaguez ao volante etc., poderá sinalizar, a princípio, que o indivíduo tenha assumido o

6 - Recurso em Sentido Estrito n. 139.271-3 - Relator: Des. Andrade Cavalcanti - Marília - 13.06.94.

7 - Relator: Djalma Lofrano - Recurso em Sentido Estrito n. 141.617-3 - Presidente Bernardes - 23.06.94.

Acesso ao Sumário

risco para a produção do resultado e, portanto, agido com dolo eventual.

Na hipótese dos autos, ao que tudo indica, o recorrente, ao dirigir veículo em velocidade excessiva e embriagado, matando duas vítimas que caminhavam na calçada, uma delas morrendo na hora, em razão da força do impacto, possivelmente, agiu com dolo eventual, o que deverá ser efetivamente decidido pelos Senhores Jurados.

A propósito, nesse sentido já se pronunciou o Pretório Excelso:

"Não cabe a pronúncia analisar e valorar profundamente as provas, pena inclusive de influenciar de forma indevida os jurados, de todo suficiente a indicação, fundamentada, da existência de provas da materialidade e autoria de crime de competência do Tribunal do Júri. 3. Mesmo em crimes de trânsito, definir se os fatos, as provas e as circunstâncias do caso autorizam a condenação do paciente por homicídio doloso ou se, em realidade, trata-se de hipótese de homicídio culposo ou mesmo de inocorrência de crime é questão que cabe os Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. 4. Habeas Corpus extinto sem resolução do mérito".[8]

De outra banda, de acordo com o já tangencialmente analisado conjunto probatório, pode-se observar que, como a prova colhida não exclui as qualificadoras descritas na incoativa – recurso que impossibilitou a defesa das vítimas, que caminhavam naturalmente pela calçada e não poderiam prever o atropelamento e perigo comum, uma vez que centenas de pessoas transitavam pela calçada, após o fechamento do *shopping* e poderiam também ser atropeladas –, o que evidencia não serem manifestamente improcedentes, devem ser mantidas para que os membros do Conselho de Sentença decidam a respeito.

Assim já proclamou este Colendo Tribunal de Justiça:

"PRONÚNCIA - Qualificadora - Afastamento - Inadmissibilidade - Ausência de descabimento manifesto - Oportuna a relegação da matéria ao Tribunal do Júri - Recurso não provido. As qualificadoras só devem ser afastadas na pronúncia quando manifestamente impertinentes ou descabidas, sendo necessária sua manutenção para que sobre elas manifeste-se o Tribunal do Júri".[9]

Destarte, havendo provas da materialidade delitiva e indícios suficientes da autoria atribuída ao recorrente, e não sendo o caso de acolher-se, ao menos nesta etapa procedimental, a pretensão desclassificatória, afiguram-se presentes os requisitos necessários à edição da r. decisão de pronúncia, não restando mesmo

alternativa à d. Magistrada de Primeiro Grau, senão decidir pelo

Acesso ao Sumário

8 - HC 109.210, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 21.08.2012.

9 - Recurso em Sentido Estrito n. 165.772-3 - Cruzeiro - Relator: Devienne Ferraz - CCrim 2 - v.u - 22.05.95.

encaminhamento do caso a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Por derradeiro, confirmada a r. decisão de pronúncia, nesta instância superior e, ainda, considerada a veiculação de notícia televisiva de que o recorrente estaria descumprindo as condições fixadas pelo juiz de piso, quando da concessão de liberdade provisória (fls. 820/821), consoante mídia encartada aos autos, necessário o acolhimento do pedido de prisão preventiva formulado pelo assistente de acusação (fls. 816/819) e ratificado pelo representante ministerial (fl. 839).

Com efeito, não bastasse a gravidade concreta dos fatos, decorrente da conduta do acusado, que, numa só ação, ceifou as vidas de mãe e filha, e quase atingiu, fatalmente, outros transeuntes que caminhavam no local dos fatos, nota-se que, mesmo com o fatídico evento, ele continua a frequentar bares e consumir bebidas alcoólicas, desrespeitando as medidas cautelares alternativas a ele impostas pelo juiz, a revelar nítido descaso para com a Justiça, sem demonstração de nenhum grau de intimidação e com a possibilidade de afronta à incolumidade pública, tudo denotando não a sua periculosidade mercê do patente comprometimento da ordem pública.

Assim sendo, imperiosa a decretação da custódia cautelar do recorrente, nos termos dos artigos 312, *caput*, e 413, parágrafo 3º, ambos do Código Penal.

3. Pelo exposto, **nega-se provimento** ao recurso, considerando-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores. Outrossim, **decreta-se a prisão preventiva** do réu, Marcos Alexandre Martins. Expeça-se e cumpra-se, desde logo, o necessário mandado de prisão. Comunique-se *incontinenti.*

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0067334-95.2016.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é peticionário S. C. C.

ACORDAM, em 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram o pedido revisional. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.149)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), CARLOS BUENO, FÁBIO GOUVÊA, FRANCISCO BRUNO, RACHID VAZ DE ALMEIDA, COSTABILE E SOLIMENE, AMARO THOMÉ, SILMAR FERNANDES e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 10 de maio de 2018.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ART. 240, DA LEI 8.069/90 – SOLUÇÃO CONDENATÓRIA NÃO É CONTRÁRIA A TEXTO EXPRESSO DE LEI OU À EVIDÊNCIA DOS AUTOS – LEGALIDADE DA DOSIMETRIA PENAL – PEDIDO INDEFERIDO.

VOTO

Vistos.

S.C.C. foi processado perante o R. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Itapetininga (Proc. Crime 0003791-92.2013.8.26.0269) e, em 21/01/2014, condenado a cumprir 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A, § 1º, combinado com o art. 226, I, ambos do Cód. Penal, e, em concurso material, a 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e a 10 (dez) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, como incurso no art. 240, da Lei 8.069/90, concedido o direito de recorrer em liberdade (fls. 448/461, do proc. crime).

O corréu B.V.R.S. foi condenado, como incurso no art. 240, da Lei 8.069/90, a 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e a 10 (dez) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade, e 10 (dez) dias-multa.

O corréu D.M.M.B. foi condenado, como incurso no art. 217-A, § 1º, combinado com o art. 226, I, ambos do Cód. Penal, a 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Inconformado, o peticionário e os demais corréus apelaram (fls. 481/499, 500/506 e 525/635, do proc. crime).

A Colenda 4ª Câmara Criminal deste Eg. Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em 27/01/2015, por votação unânime, negou provimento aos recursos (fls. 682/711, do proc. crime).

O peticionário opôs, então, embargos de declaração (fls. 721/762, do proc. crime), rejeitados, também, por votação unânime (fls. 764/768, do proc. crime).

Acesso ao Sumário

O peticionário e o corréu D. interpuseram recursos especial e extraordinário (fls. 771/776, 783/789, 798/963 e 965/1.025, do proc. crime), que não foram admitidos (fls. 1.072/1.074, 1.075/1.078, 1.079/1.081 e 1.082/1.084, do proc. crime).

O corréu D. opôs, então, embargos de declaração (fls. 1.085/1.090 e 1.091/1.098, do proc. crime), que não foram conhecidos (fl. 1.150, do proc. crime).

Foi interposto, pelo peticionário, agravo em recursos especial e extraordinário (fls. 1.099/1.108 e 1.109/1.129, do proc. crime), os quais, em 22/03/2016, foram remetidos ao Col. Superior Tribunal de Justiça e ao Col. Supremo Tribunal Federal (fl. 1.152, do proc. crime).

Em 17/06/2016, o Col. Superior Tribunal de Justiça conheceu do agravo para não conhecer o recurso especial (fls. 1.383/1.397, do proc. crime), e, em 18/08/2016, o Col. Supremo Tribunal Federal negou seguimento ao recurso (fls. 1.405/1.408, do proc. crime).

O V. Acórdão transitou em julgado para a acusação, em 26/05/2015 (fl. 1.026, do proc. crime).

Houve o trânsito em julgado para o peticionário (fls. 1.403 e 1.411, do proc. crime).

Pugna a defesa, pela via revisional, sem novas provas, pela absolvição, sob o fundamento de que a r. decisão condenatória é contrária à evidência dos autos (fls. 2/19).

Pleiteia, subsidiariamente, a redução das penas.

Apensados os autos do processo crime, manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça no sentido do indeferimento do pedido (fls. 387/389).

É, em síntese, o relatório.

Conhece-se da presente impetração.

O presente pedido revisional, no entanto, deve ser indeferido.

Importa anotar, de início, que, em sede de revisão criminal, na ausência de fato novo ou teratologia flagrante, como no caso em tela, incabível alteração do julgamento do feito por nova análise do conjunto probatório.

Não se vislumbra qualquer ilegalidade ou contrariedade à evidência dos autos.

Ficou demonstrado, estreme de dúvidas, que, nas condições de tempo e lugar referidas na inicial, o peticionário manteve conjunção carnal com a vítima A.C.R., à época menor de dezesseis anos, que, em razão de estar alcoolizada e entorpecida, não pode oferecer resistência.

Ficou demonstrado, estreme de dúvidas, também, que, nas condições de tempo e lugar referidas na inicial, o peticionário contracenou em filmagem de

Acesso ao Sumário

cena de sexo explícito, realizada pelo corréu B.V.R.S. e pelo menor R.A.L., com a vítima A.C.R., à época menor com quinze anos de idade.

Em uma festa organizada pelo peticionário e demais corréus, o peticionário preparou uma bebida alcoólica e acrescentou substância, que lhe havia sido entregue pelo acusado D., e, na sequência, ofereceu à vítima, que após ingerir a bebida, perdeu a capacidade de discernimento e de oferecer resistência.

O peticionário, então, manteve conjunção carnal com a ofendida, sendo que o ato foi filmado pelo corréu B. e pelo adolescente R.A.L., sendo que, ao notar estar sendo filmado, o peticionário consentiu e, inclusive, passou a se posicionar com o fim de proporcionar melhor ângulo de gravação.

A vítima foi deixada em local próximo à sua residência, sendo posteriormente localizada, estando parcialmente nua, com odor etílico e sem conseguir controlar ou coordenar seus movimentos corpóreos.

Foram tomadas providências policiais cabíveis.

Nesse sentido, é a coesa e insuspeita prova oral da acusação, constituída pelas declarações da ofendida A.C.R. (fls. 14/15, 71/72 e 266/275, do proc. crime), pelos depoimentos de R.A.L. (fls. 6/7, 69/70, 82 e 276/287, do proc. crime), S.P.R., genitor da vítima (fls.16 e 288/292, do proc. crime), H.S.B. (fl. 73, do proc. crime) e V.A.A. (fls. 83 e 293/295, do proc. crime), bem como pelos testemunhos das policiais militares Vânia da Costa Alves (fls. 3 e 296/299, do proc. crime) e Simone Aparecida Bressan Antunes. (fl. 5, do proc. crime), esta ouvida somente na fase extrajudicial.

Nada há nos autos a indicar que a ofendida e as testemunhas tivessem algum motivo para, indevidamente, prejudicar o peticionário.

Quanto à versão exculpatória deduzida pelo peticionário ao longo da persecução penal (fls. 19/20 e 345/351, do proc. crime), no sentido de negar a prática delitiva e sustentar que teria mantido relação sexual com o consentimento da ofendida, bem como não ter visto que era filmado, porque isolada e afastada, com segurança, pela prova oral da acusação, não merece credibilidade.

Acesso ao Sumário

A prova oral da defesa não se presta a alterar o panorama do conjunto probatório (fls. 300/303, 304/308, 309/311, 312/315, 316/318, 319/320, 321/322, 323/324, 325/326, 327/328, 329/330 e 331/332, do proc. crime).

No âmbito da materialidade delitiva, a prova é complementada pelo auto de exibição e apreensão (fls. 29/30, do proc. crime), laudo de lesão corporal (fls. 53/62, do proc. crime), cópia de filha de atendimento médico (fl. 64, do proc. crime), imagens (fl. 81/DVD, do proc. crime), pelo laudo de exame em celular (fls. 110/118, do proc. crime), bem como, a teor do art. 167, do Cód. de Proc. Penal, pela suficiente prova oral.

Importa considerar, a propósito, que o resultado negativo relativo à pesquisa de espermatozoides (fl. 210, do proc. crime), considerados os demais

elementos probatórios, à evidência, não se presta a alterar o panorama do conjunto probatório.

Ademais, o laudo de exame toxicológico, de fl. 208, do proc. crime, não se presta a favorecer o peticionário, pois foi realizado cerca de 20 (vinte) dias após o fato gerador do presente feito, conforme, também, esclarecido à fl. 354, do proc. crime.

Como se vê, a condenação do peticionário, nos moldes em que se deu, era de rigor, razão pela qual não há que se falar em atipicidade da conduta do peticionário.

Assim, não há como se reconhecer que a r. solução condenatória foi manifestamente contrária à texto expresso de lei ou à evidência dos autos.

No que se refere à dosimetria penal, não restou demonstrada qualquer ilegalidade.

As penas-base foram fixadas em seus patamares mínimos.

Quanto ao crime de estupro de vulnerável, a incidência do aumento previsto no art. 226, I, de quarta parte, era de rigor, pois, como já analisado, não há dúvida a respeito do concurso de agentes.

O cúmulo material das penas relativas aos crimes de estupro de vulnerável e do delito previsto no art. 240, da Lei 8.069/90 era de rigor, em vista da diversidade das espécies delitivas e dos momentos consumativos.

Inviável, ainda, a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, em vista do *quantum* da pena imposta e das circunstâncias do caso concreto, que indicam sua insuficiência para promover a prevenção penal.

Pelos mesmos motivos, deve prevalecer o regime prisional fechado como inicial para o cumprimento das penas privativas de liberdade.

Face ao exposto, meu voto indefere o pedido revisional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0054881-68.2016.8.26.0000, da Comarca de Boituva, em que é peticionário VAGNER APARECIDO VIEIRA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 5º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar e indeferiram o pedido revisional. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.741)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO

COELHO (Presidente), RACHID VAZ DE ALMEIDA, CARLOS BUENO, FÁBIO GOUVÊA, COSTABILE E SOLIMENE, AMARO THOMÉ, SILMAR FERNANDES e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 24 de maio de 2018.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Revisão Criminal. Roubo simples. Preliminar de nulidade afastada. Pretendida desconstituição do v. Acórdão e absolvição do peticionário por falta de provas. Impossibilidade. Conjunto probatório robusto, suficiente para embasar a condenação, nos moldes em que proferida. Pena e regime inicial fechado que não comportam alteração. Pedido revisional indeferido.

VOTO

Trata-se de pedido de revisão criminal interposto por **VAGNER APARECIDO VIEIRA DOS SANTOS**, arrazoado tecnicamente pelo representante da Defensoria Pública, Dr. João Henrique Imperia Martini, pretendendo a desconstituição do v. Acórdão da Colenda 3ª Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, Relatado pelo eminente Desembargador Ruy Alberto Leme Cavalheiro (fls. 117/122 dos autos originários em apenso), já transitado em julgado (fl. 124), que, por votação unânime, negou provimento ao recurso defensivo, mantendo, na íntegra, a r. sentença monocrática, que condenou o réu à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa, no piso mínimo, como incurso no artigo 157, "caput", do Código Penal.

Em síntese, busca a defesa técnica, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade do julgamento em segunda instância e, no mérito, a desconstituição da decisão condenatória e a consequente absolvição do revisionando por insuficiência de provas. Subsidiariamente, almeja a redução da pena-base ao mínimo legal e a fixação do regime inicial aberto ou semiaberto (fls. 10/24).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela improcedência do pedido revisional (fls. 26/32).

É, no essencial, o relatório.

Conheço do pedido revisional, em homenagem à amplitude de defesa, para, contudo, indeferi-lo.

Inicialmente, cumpre rejeitar a preliminar de nulidade do julgamento em razão da ausência de intimação pessoal da advogada dativa da pauta de

Acesso ao Sumário

julgamento em segunda instância.

Com efeito, não obstante o defensor dativo (fl. 46) não tenha sido intimado pessoalmente da data da sessão de julgamento da apelação, foi o douto defensor intimado dos termos do v. Acórdão, conforme certidão de publicação (fl. 123) e, na ocasião, nada requereu em prol do acusado, deixando transcorrer *in albis* o prazo para recorrer da decisão colegiada (fl. 124).

Logo, operou-se a preclusão, não sendo possível que, decorridos quase 02 (dois) anos, venha a ilustrada Defensoria Pública, agora, arguir preliminar de nulidade fundada na falta de intimação da defesa para a sessão de julgamento da apelação.

A propósito, em caso similar, o C. Supremo Tribunal Federal deixou assentado que "*A falta de intimação do defensor dativo da pauta de julgamento da apelação causa a nulidade da decisão, consoante já vem professando esta Corte em um sem-número de casos. Contudo, a promoção e a indicação da nulidade não podem ficar à mercê da vontade indefinida do interessado, tampouco podem contrariar a regra da razoabilidade que diz que o defensor apresente em tempo hábil a proposição anulatória. In casu, a Procuradoria de Assistência Judiciária tomou ciência do acórdão proferido no recurso de apelação e, em seguida, nada opôs ao procedimento intimatório, aliás, deixou transcorrer in albis o prazo para recorrer da decisão colegiada, sendo que somente agora, após nove anos, pretende a nulidade do julgado. Ordem denegada*" (cf. 2ª T., RHC nº 85.847-3/SP, rel. Min. GILMAR MENDES, DJU de 11.11.05, pág. 450, Ementa, 2213-3/450).

Anoto, ainda, que o peticionário não comprovou o dano que lhe adveio do ato supostamente viciado, valendo observar, nesse ponto, que a lei processual penal adota o princípio de que sem prejuízo não se anula ato processual. Registre-se, nesse passo, que o Pretório Excelso vem entendendo que a demonstração de prejuízo, "*a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, (...) 'o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – pas de nullité san grief – compreende as nulidades absolutas*" (HC 85.155/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE). No mesmo sentido: HC 95.434-1/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Quanto ao mais, insiste o peticionário em repetir as mesmas alegações já refutadas na r. sentença e no v. Acórdão, pretendendo a reavaliação das provas produzidas no processo, as quais serviram como elementos de convicção para as decisões que o reconheceram como autor do crime de roubo simples descrito na denúncia.

No entanto, em que pese o esforço e a combatividade do nobre representante da Defensoria Pública, não há como acolher a pretensão absolutória, uma vez que o acervo probatório é suficiente para embasar o édito condenatório, inexistindo

Acesso ao Sumário

desconformidade entre as provas colhidas e a verdade real.

Isso porque, compulsados os autos, restou seguramente assaz comprovado que, no dia 22 de setembro de 2014, por volta das 13:40 horas, na Estrada Municipal Francisco da Silva, bairro Santa Adélia, na Cidade e Comarca de Boituva, o peticionário Vagner Aparecido Vieira dos Santos subtraiu, para si, mediante grave ameaça consistente em simulação de porte de arma de fogo, um veículo GM/Montana Sport, placas EBK-2218, ano 2008, avaliado em R$ 24.307,00 (vinte e quatro mil e trezentos e sete reais), pertencente a João Soares Gissi.

Segundo o apurado, o réu aproximou-se da vítima no momento em que ela retirava água de uma bica e anunciou o roubo. Na sequência, o acusado determinou ao ofendido a entrega de todo o dinheiro dele, afirmando que portava uma arma de fogo. Ato contínuo, a vítima esclareceu que não possuía qualquer quantia em dinheiro, ocasião em que o réu se apoderou do veículo estacionado no local dos fatos e evadiu-se, tomando rumo ignorado. Ocorre que policiais militares realizavam patrulhamento ostensivo de rotina, oportunidade em que o acusado, que estava em uma motocicleta acompanhado de outro indivíduo, tentou fugir. Realizada a abordagem e revista pessoal, os policiais constataram que os increpados não possuíam documentos de identificação e tampouco da motocicleta que conduziam, pelo que foram levados até a delegacia de polícia, onde o réu foi reconhecido pessoalmente e sem qualquer dúvida como sendo o autor do delito.

Assim resumidos os fatos, compulsados os autos anoto que a condenação realmente se impunha. As provas são cabais e não deixam dúvida de que o ora peticionário foi o autor do crime mencionado na denúncia, conforme exaustivamente pontuado no v. Acórdão (fls. 120/121 dos autos principais), do qual pedimos vênia para colacionar o seguinte trecho:

(...)

"Ao contrário do que afirma a defesa, o caso não comporta absolvição.

Em que pese a negativa do réu acerca da prática delitiva, é certo que a versão exculpatória restou isolada, sem respaldo em provas.

Por outro lado, a vítima João Soares Gissi, além de descrever como se deu o crime ressaltando ter sido muito ameaçado pelo réu, que se dizia armado, reconheceu, em juízo, o acusado como o autor do delito, reiterando o reconhecimento da fase inquisitiva a fls. 10.

Inexistem indícios de que a vítima vise incriminar inocente, com quem não guarda qualquer vínculo, não havendo provas produzidas pela defesa a esse respeito. Tem-se ainda que a palavra da vítima demonstra convicção e certeza, merecendo acolhimento.

(...)

Acesso ao Sumário

No mais, o policial civil Rodolfo, apesar de não presenciar os fatos, afirmou que estava ocorrendo investigação ante a incidência de vários roubos junto à bica e, em posse das características do criminoso passadas pelas vítimas, informou a polícia militar. O réu foi abordado pelos militares e conduzido à delegacia, onde foi reconhecido pelo ofendido.

Portanto, o acervo probatório é robusto e nada há nos autos a afastar as provas colhidas. Mantenho a condenação".

No mais, a r. sentença monocrática (fls. 81/82 dos autos principais), após analisar as provas orais produzidas nos autos, em especial das declarações do ofendido, pontuou que "*A vítima reconheceu o réu ao observar as fotografias a ela oferecidas em sede policial e apontou à época, sem sombra de dúvidas, Vagner como sendo o autor do fato criminoso (fl. 10). Em Juízo confirmou o reconhecimento com convicção, ressaltando que o réu estava de "cara limpa" na prática do delito. Certo é que as evidências colhidas durante o contraditório e o reconhecimento praticado em ambas as fases dão como certa a autoria delitiva da prática do crime de roubo que recai sobre o réu Vagner*".

Logo, infere-se do caderno processual que os relatos da vítima são firmes e plenamente convincentes, estando em perfeita harmonia com o restante do conjunto probatório.

Nessa quadra de considerações, é indubitável a responsabilidade do peticionário pelo crime pelo qual se viu condenado, não havendo que se falar em condenação contrária à evidência dos autos. Além disso, mas não menos importante, importa considerar que, em sede revisional, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao peticionário demonstrar, incontestavelmente, a injustiça da decisão revidenda, de nada lhe valendo, para a desconstituição da coisa julgada, invocar a existência de mera dúvida probatória, que, é bom que se frise, inexiste no caso em tela.

A pena foi devidamente individualizada e justificada, não comportando reparo. A básica foi fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal mediante sucinta e escorreita fundamentação, que, ante a ausência de outras causas modificadoras, resultou na sanção definitiva de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no piso mínimo. De igual forma, descabe modificação do regime inicial fechado para início de cumprimento da sanção corporal imposta.

Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar e indefiro o pedido revisional.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0011453-02.2017.8.26.0000, da Comarca de Andradina, em que é peticionário RANGEL DIAS DOS SANTOS.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, julgaram procedente em parte os pedidos da revisão criminal, nos termos da fundamentação delineada, a fim de afastar a regra do concurso material de crimes, reconhecendo a existência de concurso formal impróprio (art. 70, parte final, do CP), sem qualquer reflexo na pena final, vencido o E. 3º Juiz, Exmo. Sr. Des. Marco Antônio Cogan que julgava improcedente.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 7.242)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FREITAS FILHO (Presidente), SÉRGIO RIBAS, MARCO ANTÔNIO COGAN, GRASSI NETO, ALCIDES MALOSSI JUNIOR, FERNANDO SIMÃO, ALBERTO ANDERSON FILHO e OTAVIO ROCHA.

São Paulo, 7 de junho de 2018.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Revisão Criminal. Homicídios duplamente qualificados e homicídio duplamente qualificado tentado. Art. 121, §2º, I e IV, por duas vezes, e art. 121, §2º, I e IV, c.c. art. 14, II, do CP. Pedido de reconhecimento de crime continuado. Impossibilidade. Contexto fático que evidencia desígnios autônomos. Concurso formal impróprio. Revisão criminal procedente em parte, sem reflexos na pena.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de revisão criminal (fls. 27/30vº) interposta por **RANGEL DIAS DOS SANTOS** em face de v. acórdão de fls. 551/558 dos autos em apenso, já transitado em julgado, proferido pela C. 2ª Câmara de Direito Criminal deste E. Tribunal, que negou provimento a seu recurso, mantendo a condenação por dois homicídios duplamente qualificados e um homicídio duplamente qualificado tentado, bem como mantendo a pena de 40 (quarenta) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Insatisfeito, o requerente aduz que de rigor o reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71 do CP) entre os crimes.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do pedido revisional (fls. 32/42), e os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

Consta da inicial acusatória que em 18 de março de 2010, **RANGEL DIAS DOS SANTOS, na companhia de WANDERSON JÚNIOR DA SILVA, SÉRGIO LOPES SACCO DE CARVALHO** e **WILLIAN RODRIGO PIO**, agindo em concurso de agentes, impelidos por motivo torpe e com o uso de recurso que dificultou a defesa das vítimas, efetuou disparos de arma de fogo contra **FABIANO RODRIGUES DO NASCIMENTO** e **RAINER LUCAS CARVALHO**, causando a morte de ambos.

Narra-se que, no mesmo dia, mas em outro local, atentou, com os mesmos comparsas, também contra a vida de **LEANDRO HENRIQUE SALES DE OLIVEIRA**, não consumando o intento morte por circunstâncias alheias à sua vontade.

Afirma-se que a motivação dos assassinos era torpe, visto que desejavam a morte das vítimas em razão do fato de estas pertencerem a gangue rival, e que nas empreitadas criminosas, utilizaram um veículo Volkswagen Golf, atirando de dentro do carro.

Ante tal quadro fático, **RANGE**L e seus comparsas foram denunciados pela prática de dois homicídios duplamente qualificados consumados, e um homicídio duplamente qualificado tentado, sendo certo que, ao cabo de regular instrução processual penal, **RANGEL** foi condenado, sendo a ele imposta a pena total de 40 (quarenta) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, reprimenda esta mantida em sede de apelação.

Transitado em julgado o v. acórdão confirmatório da condenação, insurge-se agora **RANGEL** por meio da revisão criminal, mas sem razão em seu inconformismo.

Antes de qualquer enfoque meritório, cumpre ressaltar que o escopo da revisão criminal é o reexame de decisão condenatória cujo trânsito em julgado tenha se verificado. Assim, por meio desta ação autônoma de impugnação, excepciona-se a coisa julgada, o que pode implicar na alteração da classificação da infração, absolvição do réu, modificação da pena ou anulação do processo.

Nos termos do art. 621, do CPP, a revisão criminal é cabível nos seguintes casos:

> ***I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;***
>
> ***II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;***
>
> ***III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de***

Acesso ao Sumário

inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

O seu pressuposto lógico de cabimento é a ocorrência do trânsito em julgado, salientando-se, por oportuno, que não se trata de uma via ampla, pois necessária se faz a presença dos requisitos específicos de admissibilidade, nos estritos casos autorizados pela lei. Não se trata, pois, de nova ação.

Tecidas tais considerações, cumpre salientar que, a rigor, atendo-se ao texto do Diploma Processual, seria o caso de não se conhecer do recurso.

Todavia, em respeito à jurisprudência deste E. Tribunal, pautada no amplo exercício do direito de defesa (v. ***RC nº 0034109-55.2014.8.26.0000, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 8.1.2016***), conhece-se do pleito revisional que, contudo, não comporta provimento.

Observo que, quanto à autoria e materialidade delitivas, nada é questionado, e de fato há elementos que apontam em desfavor do réu, não havendo o que se ponderar a respeito do veredicto do Tribunal do Júri.

Limita-se a insurgência a pleitear o reconhecimento da continuidade delitiva entre os três crimes, o que não se revela viável.

A bem da verdade se está diante de nítido caso de concurso formal impróprio. Os agentes atuaram movidos por desígnios diversos, autônomos, de causar a morte das três vítimas, não podendo ser aplicado o benefício da continuidade delitiva unicamente em razão do fato de terem agido de forma orquestrada, previamente programada, no intuito de causar a morte de três pessoas.

Sobre o concurso formal improprio de crimes, vale trazer à tona a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI:

> *"**A expressão 'desígnios autônomos' significa ter agido o agente com dolo direto no tocante aos vários crimes praticados com uma única ação. Nesse sentido: 'Entendeu o legislador que, havendo desígnios autônomos, ou seja, vontade deliberadamente dirigida aos diversos fins, não se justifica a diminuição da pena, porque subsiste na íntegra a culpabilidade pelos fatos diversos**"* (Curso de Direito Penal – Parte Geral, Vol. 1, Forense, 2017, p. 845, citando Heleno Fragoso, Lições de Direito Penal, 4ª Ed., p. 349).

Os crimes subsequentes não podem ser tidos como continuação do primeiro, não havendo provas de unidade de plano criminoso, de modo que não se aplica o disposto no art. 71 do CP.

Atento que, em que pese o Código Penal tenha adotado a Teoria Objetiva, quanto ao crime continuado, há muito os Tribunais Superiores entendem que se faz necessária a existência de unidade de desígnios. Confira-se:

> ***"Ao interpretar o art. 71 do Código Penal, adotou esta Corte a***

Acesso ao Sumário

teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual, caracteriza-se a ficção jurídica do crime continuado quando preenchidos tanto os requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito –, quanto o de ordem subjetiva – a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos, a exigir a demonstração do entrelaçamento entre as condutas delituosas, ou seja, evidências no sentido de que a ação posterior é um desdobramento da anterior" (STJ, REsp 1.454.566/DF, C. 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 06/06/2017).

Sendo assim, conclui-se que correto o somatório das penas, em razão do concurso formal impróprio (art. 70, *in fine*, do CP).

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** os pedidos da presente revisão criminal, nos termos da fundamentação delineada, a fim de afastar a regra do concurso material de crimes, reconhecendo a existência de concurso formal impróprio (art. 70, parte final, do CP), sem qualquer reflexo na pena final.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0083776-73.2015.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é peticionário MANOEL MESSIAS DE ABREU.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a presente revisão criminal, pela impossibilidade jurídica do pedido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.024)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FREITAS FILHO (Presidente), OTAVIO ROCHA, REINALDO CINTRA, SÉRGIO RIBAS, MARCO ANTÔNIO COGAN, GRASSI NETO, ALCIDES MALOSSI JUNIOR e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 7 de junho de 2018.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ARTIGO 33, "*CAPUT*", DA LEI Nº 11.343/06 – USO DE DOCUMENTO FALSO – ARTIGO 304 DO

Acesso ao Sumário

CÓDIGO PENAL – APELAÇÕES – ABSOLVIÇÃO – RECURSO IMPROVIDO – MAJORAÇÃO DAS PENAS – RECURSO PROVIDO – TRÂNSITO EM JULGADO – COGNOSCIBILIDADE DA AÇÃO – ADSTRIÇÃO AOS TERMOS DA AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO – ABSOLVIÇÕES – IMPOSSIBILIDADE – PRETENDIDA REANÁLISE – PLEITO REVISIONAL COM MESMAS CAUSAS DE PEDIR E PEDIDOS DA APELAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – REVISÃO INDEFERIDA.

VOTO

Manoel Messias de Abreu foi condenado, em Primeira Instância, às penas de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e de 670 (seiscentos e setenta) dias-multa, no mínimo legal, por infringência do artigo 33, "***caput***", da Lei nº 11.343/06, e também às penas de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 11 (onze) dias-multa, no piso legal, por violação do artigo 304, "***caput***", c.c. o artigo 297, "***caput***", ambos do Código Penal (fls. 223/229, vol. 2). Foi-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, em razão de ter respondido custodiado à instrução processual.

Apelaram o Representante do Ministério Público (fls. 239/243, vol. 2) e o increpado Manoel (fls. 274/304, vol. 2), tendo a Colenda 4ª Câmara Criminal Extraordinária do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, negado provimento ao recurso do condenado Manoel e dado provimento ao recurso interposto pela Justiça Pública, exasperando as sanções estabelecidas para 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão e de 875 (oito centos e setenta e cinco) dias- multa, no mínimo legal, por violação do artigo 33, "***caput***", da Lei nº 11.343/06 (fls. 352/369, vol. 2).

O v. acórdão transitou em julgado, em 16 de maio de 2016, para o recorrente Manoel (certidão – fls. 385vº, vol. 2).

Busca o ora peticionário, por meio da presente revisão criminal, em resumo, a reforma do v. acórdão, com suas absolvições, pelo que pode ser depreendido, por caracterização de insuficiência e fragilidade do acervo probatório para a manutenção das condenações (fls. 03/10; ***sic*** razões fls. 19/22).

A i. Procuradoria Geral de Justiça, pelo parecer de fls. 24/28, opinou no sentido do indeferimento do pedido revisional.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Nos exatos termos em que se fundamenta a razão da presente revisão, ou seja, no artigo 621, inciso I, do Código de Processo Penal (fls. 22), deve ser ressaltado que, em vista da sua natureza de "*ação autônoma de impugnação*" ("***apud*" Eugênio Pacelli** e **Douglas Fischer, *"in"*** "*Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*", 7ª edição, 2015, Editora Atlas, São Paulo, pág. 1.312; no mesmo sentido: STF, HC nº 114.164/SP, Relator Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, v.u., j. 03.11.2015, DJe 232), "*A revisão criminal, apesar de não ter a amplitude da apelação, quando ajuizada com fundamento no artigo 621, I do Código de Processo Penal, requer se proceda à reavaliação, e não ao reexame, do contexto fático-probatório. Não fosse assim, seria impossível chegar-se à conclusão de que a condenação fora, ou não, proferida contrariamente 'à evidência dos autos'.*" (STF, HC nº 92.341-1/SP, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, v.u., j. 0910.2007, *Ementário* 2308-4/832), *pois, "Diversamente da apelação da defesa, a qual, salvo limitação explícita no ato de sua interposição, devolve ao Tribunal todas as questões relevantes do processo, o âmbito de devolutividade da revisão criminal restringe-se às questões especificamente argüidas e que se enquadrem nas hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal*." (STF, HC nº 92.956-7/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, v.u., j. 01.04.2008, LEXSTF vol. 30, nº 358, 2008, págs. 439/449).

Ressalte-se que "*O que não se pode admitir, contudo, em sede revisional – não obstante ampla a possibilidade de análise, discussão e valoração da prova, especialmente a de natureza testemunhal – é a exoneração, daquele que requer a revisão criminal, do ônus probatório que lhe incumbe satisfazer com absoluta exclusividade*." "[…] *inverte-se, na ação de revisão criminal, o* ***onus probandi****, que passa a incidir sobre o peticionário que a ajuíza.*" (STF, HC nº 68.437-8/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, v.u., *RTJ* 135/698).

Nos termos acima delimitados, deve ser destacado que as teses expostas na presente revisão já foram rebatidas no v. acórdão:

"Cuidam os autos de apelações interpostas pelo representante do Ministério Público em exercício perante o juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos e por Manoel Messias de Abreu contra a r. sentença de fls. 223/229 que condenou o réu, por infração ao art. 304, do Código Penal e art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, ao cumprimento da pena de 9 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 681 dias-multa, de valor unitário mínimo.

E, na análise da pretensão recursal, de se concluir que a condenação do acusado, em que pese o esforço da combativa Defensora Pública, era mesmo inafastável diante de prova tão firme e segura.

Acesso ao Sumário

De fato, o acusado foi preso em flagrante depois que policiais civis montaram campana e o viram saindo da residência dirigindo um veículo. Como tinham informação sobre a ocorrência de crime no local envolvendo fraude na aquisição de automóveis, o réu acabou abordado e apresentou uma carteira de habilitação, que o laudo pericial de fls. 62/64 constatou que era falsificada, pois tinha nome de outra pessoa.

Continuando as diligências, os policiais encontraram na casa do réu quase 50 quilos de droga embaladas em tabletes (fls. 37/38), que o laudo de exame químico toxicológico de fls. 87/90 constatou ser maconha, entorpecente capaz de causar dependência física ou psíquica.

Por ocasião de seu interrogatório na delegacia, aliás, o réu admitiu que usava o documento porque era procurado pela justiça e embora não tivesse negado o encontro da droga, disse que desconhecia sua existência (fls. 8/9).

Entretanto, como os policiais civis Eduvaldo Bidinoto (fls. 3/4) e Sérgio Ricardo Souza Pinto (fls. 6/7) atestaram que o réu se apresentou como sendo João Gonçalves de Araújo, exibindo a carteira de habilitação depois vista como falsa e que encontraram debaixo da escada da residência - por indicação do próprio réu - 37 tabletes de maconha, de sorte que somente por esses elementos já se tinha razoável certeza a propósito da procedência da ação penal.

Mas não é só, pois em juízo, agora sob as garantias do contraditório, os indícios trazidos com o inquérito tornaram definitiva a responsabilidade do réu pelos dois crimes.

Na verdade, o acusado reconheceu em juízo que tinha a carteira de habilitação falsificada, apenas procurando fazer crer que não exibiu aos policiais, pois estava na casa, onde reconheceu, de igual forma, que os policiais apreenderam o entorpecente. Admitiu, aliás, que sabia da existência da droga, mas que não era sua e pertencia a um tal João Carlos da Silva, que trabalhava com Van e morava com ele (mídia de fls. 164).

Essa tentativa do acusado desvirtuar a realidade dos fatos, procurando fazer crer que a droga não era sua e que não portava o documento, acabaram definitivamente desmentidas pelos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão.

Afinal, tanto o policial Euvaldo, como Sérgio Ricardo foram unânimes em contar que estavam investigando crimes envolvendo carros de origem ilícita e como tinham notícia de que um veículo Celta nessas condições estava no local, foram até lá e no momento em que o réu saiu com o veículo foi abordado. Na ocasião, ele se identificou mostrando uma carteira de habilitação em nome de João Gonçalves de Araújo e tinha consigo uma porção de maconha, mas depois contou que havia mais droga em sua casa, para onde os policiais foram e apreenderam grande quantidade de maconha (mídia de fls. 164).

Acesso ao Sumário

Ora, ao contrário do que sustenta a Defesa, a lei não tira a validade do depoimento do policial, que é testemunha como outra qualquer.

Assim, o que cumpre normalmente – mais ainda nos casos de tráfico de drogas, onde o testemunho civil é quase sempre impossível – é conferir às declarações do policial o merecido valor em confronto com os demais elementos de convicção trazidos aos autos.

Nessa esteira já decidiu o Col. Supremo Tribunal Federal, dando relevância ao testemunho de policiais em circunstâncias que outras pessoas não presenciaram o fato: 'o valor do depoimento testemunhal de servidores público – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal' (*HC nº 74.608-0/SP, rel. Min. Celso de Mello*).

E também o Col. Superior Tribunal de Justiça:

'Embora existam críticas acerca do valor das declarações prestadas pelo ofendido – no caso os policiais, representado o Estado Administrador/sujeito passivo do crime –, é certo que tal elemento de prova é admitido para embasar o édito condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade, desde que sopesada a credibilidade do depoimento. 4. Nesse contexto, e com maior razão, esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo.' (*HC 177.980/BA, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011*);

'Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes' (*HC 255.212/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/06/2013, DJe 06/08/2013*);

'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.' (*HC 209.549/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 11/09/2013*);

'Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido.' (*HC 236.105/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado*

Acesso ao Sumário

em 05/06/2014, DJe 12/06/2014);

'É válido como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido.' (*AgRg no AREsp 234.674/ES, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/05/2014, DJe 06/06/2014*).

No caso dos autos, repita-se, os depoimentos dos policiais que participaram da diligência não mereceram contrariedade de qualquer outra prova, ao contrário, o próprio acusado reconheceu não só a existência da habilitação falsa (negou apenas a exibição), mas também que sabia da existência do entorpecente encontrado em sua casa e concordou em deixá-lo lá.

Portanto, inclusive porque não há razão concreta para exigir a presença de testemunhas civis se nada sugere que os policiais tivessem motivos para prejudicar o réu, impossível negar valor à única prova direta da autoria.

Vale dizer, ainda que a droga não pertencesse ao acusado, a denúncia imputa a ele a conduta de 'guardar' entorpecente para fornecimento a terceiros, o que, por si só, já tipifica o crime de tráfico, razão pela qual impossível falar em falta de provas.

Da mesma forma, o uso de documento falso também restou demonstrado, seja porque os policiais confirmaram que ele se apresentou com o documento em nome de terceiro, mas com sua fotografia, seja porque o simples fato ter consigo o documento já tipifica o crime e sua exibição não passa de exteriorização conduta, que já estava aperfeiçoada quando o agente tinha consigo o documento para exibi-lo sempre que instado a fazê-lo.

Confira-se, a propósito: 'Uso de documento falso (C. Pen., art. 304): não o descaracterizam nem o fato de a exibição de cédula de identidade e de carteira de habilitação terem sido exibidas ao policial por exigência deste e não por iniciativa do agente – pois essa é a forma normal de utilização de tais documentos –, nem a de, com a exibição, pretender-se inculcar falsa identidade, dado o art. 307 C. Pen. é um tipo subsidiário.' (HC 70.179/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 24/06/1994)' (*RHC 22.663/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 01/04/2008, DJe 02/06/2008*).

O E. Tribunal de Justiça de São Paulo não se aparta desse posicionamento:

'Uso de documento falso. Acusado que adquire cédula de identidade e CNH em nome de terceiro e, posteriormente, a entrega a policial, quando solicitada a identificação. Autoria e materialidade comprovadas. Admissão dos fatos na polícia. Palavra dos policiais coerentes e seguras. Ausência de prejuízo. Irrelevância. A exigência de apresentação do documento pelo policial não torna o fato atípico. Impossibilidade de reconhecimento de crime impossível. Condenação bem aplicada. Penas bem dosadas. Substituição inviável, em face

da reincidência. Regime semiaberto igualmente adequado. Apelo improvido, afastada a matéria preliminar.' (*TJSP, Apelação criminal nº 0021680-76.2007.8.26.0590, 5ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Pinheiro Franco, julgado em 10/11/2011*).

Tampouco a falsificação era grosseira e incapaz de enganar o homem médio, como quis sugerir o réu no seu interrogatório judicial.

Ao contrário, a falsificação grosseira e que afasta o crime em questão, é aquela evidente, perceptível a olho nu, por qualquer pessoa, ainda que mais desavisada. Vale dizer, é a falsificação incapaz de enganar ao mais humilde dos homens, pois, nestas condições, desaparece a ofensa ao bem jurídico tutelado.

Já se decidiu que: 'Adulteração com tal característica ocorre, apenas, se a qualquer um é dado conhecer a falsificação, à vista de singelo exame ocular do documento. Falsificação grosseira, a que alude a construção pretoriana que exclui o delito, é aquela evidente, clara, que a todos se faz sentir de pronto. É a perceptível pelo leigo, é a feita sem nenhum cuidado, com rasuras descuidadas e alterações visíveis.' (Apelação criminal nº 290.120-3/0, 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, rel. Des. Canguçu de Almeida, v.u., julgado em 26/12/2002).

No mesmo sentido: 'Falsificação de documento público. Art. 297 do CP. Conduta de adulterar cédula de identidade de terceiro. Inserção da própria fotografia no lugar da original com subsequente replastificação. Configuração. Dolo evidenciado. Materialidade e autoria demonstradas. Prova pericial conclusiva. Confissão judicial confirmada pela prova testemunhal. Crime impossível não caracterizado. Adulteração não considerada de natureza grosseira. Suspeita só levantada pelo comportamento do acusado diante da autoridade policial. Condenação mantida. Apelo desprovido.' (*Apelação criminal nº 990.08.122062-8, 16ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Almeida Toledo, julgado em 18/10/2011*).

É esta a hipótese dos autos, onde a análise superficial do documento juntado a fls. 62/63 não revela que a adulteração fosse de fácil percepção, ao contrário, indica que era apto a enganar as pessoas mais desavisadas, que não conhecem a natureza do material e os detalhes impressos no espelho verdadeiro utilizado para o documento.

Portanto, não há como reconhecer a atipicidade da conduta, inclusive porque a alegação de que o réu só agiu assim porque pretendia evitar a descoberta de sua condição de procurado não descaracteriza o crime ou indica que a conduta se enquadra no art. 307, do Código Penal.

Confira-se, a propósito, orientação do próprio Supremo Tribunal Federal:

'HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. O fato de o paciente ter apresentado à polícia identidade com sua foto e assinatura, porém com impressão digital de

Acesso ao Sumário

outrem, configura o crime do art. 304 do Código Penal. Havendo adequação entre a conduta e a figura típica concernente ao uso de documento falso, não cabe cogitar de que a atribuição de identidade falsa para esconder antecedentes criminais consubstancia autodefesa. Ordem denegada.' (*HC 92763, Relator(a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 divulg 24-04-2008 public 25-04-2008 ement vol-02316-06 PP-01186*).

O Col. Superior Tribunal de Justiça também entende dessa forma:

'A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que tanto a conduta de utilizar documento falso como a de atribuir-se falsa identidade, para ocultar a condição de foragido, caracterizam, respectivamente, o crime do art. 304 e do art. 307 do Código Penal, sendo inaplicável a tese de autodefesa. 3. No caso, conforme depreende-se do acórdão atacado, o paciente utilizou-se de carteira de identidade falsa, com o propósito de ocultar que era foragido do sistema penitenciário, estando, portanto, caracterizada a tipicidade da conduta. 4. A teor do art. 304 do Código Penal, aquele que faz uso de qualquer dos papéis falsificados e alterados, a que se referem os arts. 297 e 302, comete o crime de uso de documento falso.' *(HC 287.350/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 03/12/2014).*

Portanto, o que se tem, na verdade, é que a condenação pelos dois delitos era mesmo inafastável, restando analisar as penas impostas, anotando-se que tanto o Ministério Público quanto a Defesa questionam a sentença nesse ponto."

(fls. 355/364, vol. 2).

Nos termos do julgamento colegiado acima delineados, deve ser observado o teor do artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal:

"Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidencia dos autos;

[…]

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena"

Da atenta leitura dos 02 (dois) volumes dos presentes autos, constata-se que as questões colocadas na inicial já foram analisadas pelo v. acórdão, por ocasião do julgamento do recurso de apelação criminal também interposto pelo peticionário.

Nas razões da presente revisão criminal (fls. 19/22), não foram apontados quaisquer fatos novos que justificassem o ajuizamento da ação, assim como não foi trazida prova nova alguma sobre os fatos que pudesse inocentar o condenado

Acesso ao Sumário

ou para mitigar suas penas. Em outras palavras, é evidente que a intenção do ora peticionário é o reexame do conjunto de provas, pretensão já realizada pelo v. acórdão (fls. 352/369, vol. 2), portanto, impossibilitado o exame pretendido, nos termos em que foi formalizado, em razão da ausência de expressa previsão em quaisquer dos três incisos do artigo 621 do Código de Processo Penal.

Ressalte-se que, submetido a julgamento pelo d. Magistrado de 1º Grau, foi decidido por meio da r. sentença (fls. 223/229, vol. 2) que o ora revisionando praticou as condutas delituosas contra ele imputadas.

E, finalmente, em sede de apelação do Representante do Ministério Público e de apelação do ora revisionando Manoel, após novo exame dos elementos do conjunto fático-probatório, a Colenda 3ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, reformou a r. sentença, majorando as penas do peticionário Manoel por infringência do artigo 33, "***caput***", da Lei nº 11.343/06, e negou provimento ao recurso defensivo, mantendo as condenações.

Dessa forma, por mais que seja a primeira revisão criminal proposta pelo peticionário, verifica-se que se trata dos mesmos pedidos e causas de pedir da apelação (absolvições: fls. 274/304, vol. 2).

Deve ser ressaltado que o artigo 622, parágrafo único, do Código de Processo Penal, enuncia que a revisão criminal só pode ser reiterada se fundada em novas provas.

Portanto, ilógico simplesmente se reanalisar o conjunto fático-probatório e atribuir entendimento diverso do quanto já examinado por este Tribunal, sem que provas novas tenham sido produzidas, quando o próprio Código de Processo Penal disciplina que não se pode reiterar pedido.

Não obstante a legislação não seja expressa neste sentido, é a solução mais adequada ao caso, sob pena de tratar a revisão criminal como uma segunda apelação ou, o equivalente, a primeira apelação como uma revisão criminal (decisão contrária à evidência dos autos).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem sua jurisprudência pacificada sobre a impossibilidade do presente pleito:

> *"HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL COAÇÃO ILEGAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. VIABILIDADE. REVISÃO CRIMINAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E DE ANÁLISE DE TODAS AS ALEGAÇÕES FORMULADAS PELA DEFESA. PRONUNCIAMENTO SATISFATÓRIO A RESPEITO DA TESE QUE SE AMOLDA À HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 621, I, DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.*

Acesso ao Sumário

DISPENSABILIDADE DE MANIFESTAÇÃO A RESPEITO DAS ALEGAÇÕES QUE NÃO SE AMOLDAM A NENHUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 621 DO CPP. AÇÃO QUE NÃO SE CONFUNDE COM O RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL.

1. É inadmissível o emprego do habeas corpus em substituição a recurso ordinariamente previsto na legislação processual penal ou, especialmente, no texto constitucional.

2. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso cabível, o Superior Tribunal de Justiça analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.

3. De todas as alegações formuladas pela defesa, a única que se amolda a uma das hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal é a que afirma estar a condenação do paciente contrária à evidência dos autos, afirmação que foi devidamente rebatida pelo Tribunal de origem.

4. O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido que o pedido de revisão criminal deve estar em consonância com alguma das hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, sob pena de configurar novo recurso de apelação criminal. Precedentes.

5. Não configura constrangimento ilegal a ausência de debate satisfatório pelo Tribunal de origem a respeito das alegações que não se amoldam a nenhuma das hipóteses de revisão criminal, previstas no art. 621 do Código de Processo Penal.

6. Habeas corpus não conhecido."

(STJ, HC nº 272.777/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, v.u., j. 02.10.2014, DJe 13.10.2014).

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. ART. 621, INCISO I DO CPP. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. PROVA INSUFICIENTE. RECURSO PROVIDO.

1. Não há previsão legal para a decisão rescidenda que absolve por insuficiência de provas. Violação do art. 621 do CPP.

2. 'A expressão 'contra a evidência dos autos' não autoriza a absolvição por insuficiência ou precariedade da prova' (REsp 699773/SP).

3. Recurso provido para cassar o acórdão recorrido e restaurar a sentença condenatória." (STJ, REsp nº 730.313/SP, Relator Ministro Arnaldo

Acesso ao Sumário

Esteves Lima, Quinta Turma, v.u., j. 29.09.2009, *DJe* 03.11.2009).

No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp nº 1.380.897/SC, Relator Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, v.u., j. 08.10.2013, *DJe* 14.10.2013; STJ, AgRg no AREsp nº 14.228/MS, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, v.u., j. 28.05.2013, *DJe* 11.06.2013; STJ, REsp nº 1.173.329/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, v.u., j. 13.03.2012, *DJe* 20.03.2012.

O Supremo Tribunal Federal também não admite a pretensão recursal do peticionário, nos termos em que formulada:

"EMENTA – Revisão Criminal.

- Só há decisão contrária à evidência dos autos quando não se apoia ela em nenhuma prova existente no processo, não bastando, pois, para o deferimento da revisão criminal, que os julgadores desta considerem que o conjunto probatório não é convincente para a condenação (Precedentes do S.T.F.).

Recurso extraordinário conhecido e provido."

(STF, RE nº 113.269-8/SP, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, v.u., Ementário 1468-4/832).

"O art. 621, I, do Código de Processo Penal, reproduzido no art. 263, I, do RISTF, dispõe que a ação revisional será admitida 'quando a decisão condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos'. Diante da excepcionalidade desta espécie de ação, que afasta 'a intangibilidade da coisa julgada, em favor da justiça material das decisões judiciais' (HC 92435, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 25/03/2008, DJe de 17/10/2008), não se admite a mera reiteração de teses já vencidas pelo acórdão revisando, seja quanto à matéria de direito, seja quanto à prova dos autos. A procedência da ação, nas hipóteses indicadas, tem por pressuposto necessário e indispensável, quanto à matéria de direito, a constatação de ofensa 'ao texto expresso da lei penal', ou, quanto à matéria de fato, o desprezo 'à evidência dos autos'"

(STF, RvC nº 5.437/RO, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 17.12.2014, *DJe* 52).

No mesmo sentido: STF, HC nº 92.956-7/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, v.u., j. 01.04.2008, *LEXSTF* vol. 30, nº 358, 2008, págs. 439/449.

Não obstante, no intuito do exaurimento da prestação jurisdicional, ressalte-se a conduta descrita no artigo 304 do Código Penal, quanto ao uso do documento falsificado para a finalidade definida em Lei, não se confunde a conduta supracitada com a posse ou a simples detenção do papel falsificado,

Acesso ao Sumário

conforme ensinamento de **Nelson Hungria**:

"Fazer uso de um documento falso é fazê-lo ou tentar fazê-lo passar como autêntico ou verídico. Por outras palavras: é o emprego ou tentativa de emprego de tal documento como atestado ou meio probatório (aparentemente informado de coação jurídica) do fato juridicamente relevante a que se refere. E preciso que o documento saia da esfera pessoal do agente, iniciando-se uma relação qualquer com outra pessoa, de modo a determinar efeitos jurídicos (Manzini).

[…]

[…] *O crime consuma-se com o primeiro ato de utilização do documento, ainda que o agente não obtenha a vantagem colimada, ou não ocorra o detrimento de outrem. Não é juridicamente admissível a tentativa: qualquer começo de uso já é o uso."* (*"**in**" "Comentários ao Código Penal",* 2ª edição, vol. IX, 1959, Editora Forense, Rio de Janeiro, fls. 297/298).

A simples posse do documento falsificado não basta à caracterização do delito previsto no artigo 304 do Código Penal, sendo necessária sua utilização, visando a atingir efeitos jurídicos. Ou seja, ter consigo documento falso não é o mesmo que fazer uso dele. Nesse sentido, é o entendimento de **Heleno Cláudio Fragoso**: "Nesse sentido é a perfeita lição de Kohlrausch-Lange (l'Strafgesetzbuch, Berlim, 1950, 338): *'Basta que o documento seja apresentado como meio de prova, e que seja levado à esfera de domínio da pessoa a ser iludida, de modo a que se torne certa para esta a possibilidade de tomar conhecimento, por si só, do conteúdo do mesmo.' Deve tratar-se assim, de uso efetivo e não apenas de simples ameaça ou exibição **ad pompam**, não havendo crime na simples referência oral ao documento falso.*

*Pode o uso ser de qualquer natureza (judicial ou extra-judicial) e deve consistir em ação, ou seja, num **agere**, sendo incabível o uso por omissão. Não haverá crime sem a existência de conduta positiva por parte do agente, na utilização do escrito." ("**in**" "Lições de Direito Penal",* 6ª edição, vol. II. 1988, Editora Forense, Rio de Janeiro, fls. 382).

Acesso ao Sumário

O Supremo Tribunal Federal e o Colendo Superior Tribunal de Justiça respaldam o posicionamento acima exposto:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA.

O fato de o paciente ter apresentado à polícia identidade com sua foto e assinatura, porém com impressão digital de outrem, configura o crime do art. 304 do Código Penal.

Havendo adequação entre a conduta e a figura típica concernente ao uso de documento falso, não cabe cogitar de que a atribuição de identidade falsa para esconder antecedentes criminais consubstancia autodefesa.

Ordem denegada."

(STF, HC nº 92.763-7/MS, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, v.u., j. 12.02.2008, *Ementário* 2316-6/1186).

"EMENTA: I. Sentença: fundamentação: não é omissa a sentença que explicita as premissas de fato e de direito da decisão e, ao fazê-lo, afirma tese jurídica contrária à aventada pela parte, ainda que não o mencione.

II. Uso de documento falso (C.Pen., art. 304): não o descaracterizam nem o fato de a exibição de cédula de identidade e de carteira de habilitação terem sido exibidas ao policial por exigência deste e não por iniciativa do agente pois essa é a forma normal de utilização de tais documentos , nem a de, com a exibição, pretender-se inculcar falsa identidade, dado o art. 307 C. Pen. é um tipo subsidiário."

(STF, HC nº 70.179-5/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, v.u., j. 1º.03.1994, *Ementário* 1750-1/142).

No mesmo sentido: STF, Inq nº 1.695-1/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, v.u., *RT* vol. 98, nº 889, 2009, págs. 507/514, *LEXSTF* vol. 31, nº 368, 2009, págs. 520/532.

"RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. […] *CONFIGURAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 304 DO CÓDIGO PENAL.* […]. *PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07 DESTA CORTE.* […]

5. A conduta de fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302, todos do Código Penal, configura o delito de uso de documento falso.

[…]"

(STJ, REsp nº 1.134.242/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, v.u., j. 07.02.2013, *DJe* 18.02.2013).

No mesmo sentido: STJ, REsp nº 872.131/SP, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, v.u., j. 06.03.2007, *DJ* 30.04.2007, pág. 341; STJ, HC nº 287.350/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, v.u., j. 18.11.2014, *DJe* 03.12.2014; STJ, REsp nº 1.252.072/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, v.u., j. 20.11.2014, *DJe* 12.12.2014.

Por oportuno, mister deixar consignado que o CRIME de USO DE DOCUMENTO FALSO é de MERA CONDUTA (nesse sentido: TJ/SP, Apelação nº 0050137-40.2017.8.26.0050, Relator Desembargador Alberto Anderson Filho, 7ª Câmara de Direito Criminal, v.u., j. 07.03.2018), bastando, para a sua consumação, a simples utilização do documento, o que torna despicienda

Acesso ao Sumário

a identificação do autor da falsificação, não havendo se falar em atipicidade da conduta (***sic*** fls. 21vº/22), conforme a análise realizada pelo v. acórdão ora vergastado (fls. 360/364, vol. 2).

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça endossa o entendimento acima consignado:

> *"O crime de uso de documento falso é formal, consumando-se com a simples utilização do documento reputado falso, não se exigindo a comprovação de efetiva lesão à fé pública."*
>
> (STJ, HC nº 133.813/RJ, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, v.u., j. 25.05.2010, *DJe* 02.08.2010).
>
> No mesmo sentido: STJ, HC nº 373.255/DF, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, v.u., j. 06.12.2016, *DJe* 15.12.2016; STJ, HC nº 149.812/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, v.u., j. 08.11.2011, *DJe* 21.11.2011; STJ, REsp nº 711.312/PR, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, v.u., j. 19.05.2005, *DJ* 13.06.2005, pág. 342.

Indefere-se, pois, a presente REVISÃO CRIMINAL, pela IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA do pedido.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2196694-15.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SIPROEM – SINDICATO DOS PROFESSORES DAS ESCOLAS PÚBLICAS MUNICIPAIS DE SOROCABA, PORTO FELIZ, TIETÊ, SÃO ROQUE, IBIÚNA E SALTO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE IBIÚNA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE IBIÚNA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.472)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 25 de abril de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Omissão legislativa – Preliminar – Alegação de incompetência – Não ocorrência – Ausência de regulamentação do afastamento de servidor público municipal para o exercício de representação sindical – Princípio da livre associação sindical (artigo 125, § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo) – Omissão verificada – Possibilidade de fixação de prazo aos Poderes

Legislativo e Executivo para adoção de providências em ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Precedentes do Colendo Órgão Especial – Concessão de prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir deste julgamento para a edição da norma.

Pedido procedente, com determinação.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Siproem – Sindicato dos Professores das Escolas Públicas Municipais de Sorocaba e Região em face do Prefeito do Município de Ibiúna e do Presidente da Câmara Municipal de Ibiúna. Aduz que tanto a Lei Orgânica do Município de Ibiúna quanto o Estatuto dos Servidores Públicos são omissos sobre o afastamento [remunerado] de seus servidores para exercerem mandato sindical, nos termos do artigo 125, § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo. Acrescenta que a omissão normativa municipal de iniciativa do Chefe do Executivo reclama intervenção excepcional do Judiciário. Pretende, assim, com o acolhimento do pedido, a fixação de prazo não superior a 90 (noventa) dias para que a lacuna legislativa seja eliminada.

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em se manifestar nos autos (fl. 263/264).

O Presidente da Câmara Municipal de Ibiúna apresentou informações a fl. 267/270.

O Prefeito do Município de Ibiúna prestou informações, aduzindo, em preliminar, o reconhecimento da incompetência da Justiça Estadual e, no mérito, sustenta que a matéria deve ser tratada à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que o Município adota o regime jurídico celetista aos servidores públicos municipais (fl. 273/290).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 314/321, opinou pela improcedência do pedido.

É o relatório.

2. Afasta-se a preliminar de incompetência da Justiça Estadual.

A discussão dos autos diz respeito à eventual omissão legislativa do Município em relação à Constituição Bandeirante, não havendo qualquer relação de trabalho a ser analisada no caso. Assim, a competência do Tribunal de Justiça encontra-se assegurada pela Constituição do Estado (Cf. artigo 74, inciso VI), em consonância com o artigo 102, I, 'a', da Constituição Federal.

No mérito.

Em respeito ao princípio da tripartição dos Poderes, previsto no artigo 2º, da

Acesso ao Sumário

Constituição Federal, não é permitido ao Judiciário legislar (salvo nas hipóteses constitucionalmente previstas, como a elaboração de seu Regimento Interno). Todavia, a decisão proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), tem caráter mandamental, constituindo em mora o poder competente que deveria elaborar a lei e não o fez (Cf. Pedro Lenza, *in* "Direito Constitucional Esquematizado", 2012).

Com efeito, a eficácia normativa da Constituição impõe aos Poderes do Estado atuação voltada à sua concretização. É assente que a omissão sanável por via da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, malgrado a aparente abertura do texto do artigo 103, § 2º, da Constituição Federal, é exclusivamente aquela relativa à edição de atos normativos, quer pelo Poder Legislativo, cuja missão constitucional é precipuamente essa, quer pelo Poder Executivo, no âmbito de seu poder regulamentar.

Na hipótese vertente, o Município de Ibiúna, não se desincumbiu da edição de norma sobre o direito de afastamento remunerado dos servidores públicos que exercem cargos e funções de direção em entidades sindicais.

O direito ao afastamento remunerado do servidor público para assumir cargo em sindicato previsto pela Constituição Bandeirante (artigo 25, § 1º) decorre do princípio da livre associação sindical, nos termos do artigo 8º, inciso VIII, da Constituição Federal.

Nesse passo, em reforço à liberdade de associação sindical garantida constitucionalmente, o artigo 125, § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo estabelece:

> **"Artigo 125 – O exercício do mandato eletivo por servidor público far-se-á com observância do artigo 38 da Constituição Federal.**
>
> **§ 1º – Fica assegurado ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei."**

De outro lado, referido direito previsto na Constituição do Estado é de observância obrigatória na estrutura legislativa municipal por imposição do artigo 144 da mesma Carta, que confere aos Municípios autonomia organizacional, determinando, simultaneamente, sua submissão aos princípios estabelecidos pela Carta Magna e pela própria Constituição Estadual.

A matéria é conhecida deste Colendo Órgão Especial, que tem, reiteradamente, reconhecido a inconstitucionalidade, por omissão, das legislações municipais que não preveem o afastamento remunerado:

> **"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO, DE AFASTAMENTO DO SERVIDOR PÚBLICO**

Acesso ao Sumário

MUNICIPAL PARA DESEMPENHO DE MANDATO CLASSISTA EM SINDICATO (ART. 125, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL) – OMISSÃO RECONHECIDA – DETERMINADO O SANEAMENTO DA OMISSÃO NO PRAZO DE 180 DIAS. AÇÃO PROCEDENTE." (ADI nº 2160412-80.2014.8.26.0000, Rel. Des. Neves Amorim, j. 25/02/2015).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – LEI Nº 061, DE 09 DE SETEMBRO DE 1993, QUE DISCIPLINA O REGIME JURÍDICO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS DE CAJATI E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS – AFASTAMENTO REMUNERADO DE SERVIDORES PARA EXERCÍCIO DE MANDATO CLASSISTA – PREVISÃO DO ARTIGO 125, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – LEGISLAÇÃO MUNICIPAL IMPUGNADA QUE NÃO VERSA SOBRE A QUESTÃO – OMISSÃO CONSTITUCIONAL CONSTATADA – DIREITO À LIBERDADE SINDICAL QUE DEVE SER PLENAMENTE ASSEGURADO – NORMA, ALIÁS, DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA NO ÂMBITO MUNICIPAL POR FORÇA DO ARTIGO 144 DA CARTA PAULISTA – IRRELEVÂNCIA NA ADOÇÃO DO REGIME CELETISTA, ADEMAIS – PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE." (ADI nº 2156457-41.2014.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 25/02/2015).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – Lei Complementar nº 02 de 22/09/1997 que trata do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da Prefeitura, Câmara, Autarquias e outros do Município de Paraguaçu Paulista – Ausência de previsão do afastamento remunerado de servidor público para desempenho de mandato sindical – Direito consectário da liberdade sindical constitucionalmente garantida (art. 125, § 1º da Constituição Estadual) – Omissão verificada – Necessidade de regulamentação – Prazo de 180 dias – Ação procedente." (ADI nº 2217944-12.2014.8.26.0000, Rel. Des. João Negrini Filho, j. 13/05/2015).

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (POR OMISSÃO). Lei Orgânica do Município de Mogi Mirim, que não teria versado sobre o direito ao afastamento remunerado de servidores eleitos para o exercício de representação sindical. Afastamento da preliminar suscitada (atinente à ilegitimidade "ad causam" passiva do Prefeito Municipal), ante a especial natureza objetiva da ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, tem-se que a Lei Orgânica Municipal efetivamente não tratou do tema invocado. Prerrogativa

Acesso ao Sumário

decorrente do princípio da livre associação sindical, previsto pela Carta Bandeirante (art. 125, § 1º). Norma de reprodução necessária na esfera legislativa municipal, por força do art. 144 da Constituição Paulista, não suprindo tal vazio a adoção, pela Edilidade, do regime jurídico único celetista (que prescreve tratamento jurídico para o afastamento remunerado do servido público eleito para desempenhar a representação sindical classista). Lacuna verificada, com definição do prazo de 180 dias para que os Poderes Legislativo e Executivo Locais procedam à produção da norma necessária. Precedentes deste Colegiado. AÇÃO PROCEDENTE." (ADI nº 2073825-50.2017.8.26.0000, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 16/08/2017).

Noutro bordo, irrelevante a adoção do regime jurídico a que estão submetidos os servidores públicos, *in casu*, o celetista (Cf. fl. 299), na medida em que o dispositivo constitucional garante o direito ao afastamento remunerado sem estabelecer qualquer diferenciação.

De fato, **"não há discriminação no tocante ao regime jurídico ao qual esteja submetido o servidor, gênero do qual são espécies o funcionário público e o empregado público. Destarte, não é possível, segundo regra básica de hermenêutica jurídica, distinguir o que a lei não distinguiu. Ou seja, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*."** (ADI nº 0183316-02.2012.8.26.0000, Rel. Des. Walter Guilherme, j. 30/01/13).

Nessa senda, entende-se razoável a fixação de prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir deste julgamento para que os Poderes Executivo e Legislativo do Município de Ibiúna adotem as providências necessárias para sanar a omissão legislativa.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2251791-97.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE QUEIROZ e PREFEITO MUNICIPAL DE QUEIROZ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.089)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA

Acesso ao Sumário

CALÇAS (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 25 de abril de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º E 2º DA LEI Nº 807, DE 06 DE FEVEREIRO DE 2009, DO MUNICÍPIO DE QUEIROZ QUE "CRIA UM (1) CARGO DE ASSESSOR JURÍDICO DA PRESIDÊNCIA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS COM RELAÇÃO À DENOMINAÇÃO E ATRIBUIÇÕES DO CARGO EFETIVO DE ASSESSOR JURÍDICO QUE PASSARÁ A SER PROCURADOR JURÍDICO". CARGO QUE TEM FUNÇÕES PRÓPRIAS DA ADVOCACIA PÚBLICA, CUJOS PROFISSIONAIS DEVEM SER CAPTADOS ATRAVÉS DE CONCURSO PÚBLICO. AFRONTA AOS ARTS. 30 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO E 115, II E V, DA CARTA ESTADUAL. AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º da Lei nº 807, de 06 de fevereiro de 2009, do Município de Queiroz, que *"Cria um (1) cargo de Assessor Jurídico da Presidência e dá outras Providências com relação à denominação e atribuições do cargo efetivo de Assessor Jurídico que passará a ser Procurador Jurídico"*.

Alega o Autor que a norma objurgada instituiu cargo de provimento em comissão à margem dos preceitos constitucionais que regem a matéria, precisamente os arts. 30, 98 a 100, 111, 115, II e V, e 144, todos da Constituição Estadual, uma vez que os cargos criados não retratam funções de "direção, chefia ou assessoramento"; diz que deve ser observada a regra do *merit system* para o provimento dos cargos ou empregos públicos de natureza permanente,

Acesso ao Sumário

burocrática, técnica e profissional, o mesmo em relação às funções inerentes à Advocacia Pública, inclusive do Poder Legislativo (arts. 30, parágrafo único, e 98 a 100, ambos da Constituição Estadual); assevera que tal como criados, os cargos em análise ferem o art. 115, II e V, Constituição Estadual, pedindo a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos objurgados.

Processada a ação, sobrevieram informações da Sra. Prefeita do Município de Queiroz, pretendendo, preliminarmente, a exclusão do polo passivo da lide e, no mérito, a improcedência da ação (fls. 101/104).

O d. Procurador Geral do Estado manifestou-se pela constitucionalidade da norma atacada (fls. 109/112).

Sobrevieram informações, também, do Presidente da Câmara Municipal de Queiroz, batendo-se pela constitucionalidade dos dispositivos de lei impugnados (fls. 114/123).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, pela procedência da ação.

É o relatório.

A ação procede.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º da Lei nº 807, de 06 de fevereiro de 2009, do Município de Queiroz que tem o seguinte texto:

> *"Cria um (1) cargo de Assessor Jurídico da Presidência e dá outras Providências com relação à denominação e atribuições do cargo efetivo de Assessor Jurídico que passará a ser Procurador Jurídico"*
>
> *Art. 1º – Fica criado um (1) cargo de provimento em comissão de 'Assessor Jurídico da Presidência', referência 20 (vinte), nível superior e registro na OAB, com carga de 20 (vinte) horas semanais que será regido pela Lei Municipal n. 584/99 – Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Queiroz, cuja nomeação se dará em face de interesse público, através de Portaria emanada da Presidência da Câmara Municipal.*
>
> *Art. 2º – São atribuições do 'Assessor jurídico da presidência': a) Realizar consultas e emitir parecer jurídico de natureza estratégica ao Presidente da Câmara Municipal; b) Realizar tarefas de confiança e assessoria direta ao Presidente da Câmara Municipal e outras afins.".*

O Autor afirma que a norma objurgada instituiu cargo de provimento em comissão à margem dos preceitos constitucionais que regem a matéria, precisamente os arts. 30, 98 a 100, 111, 115, II e V, e 144, todos da Constituição Estadual, uma vez que os cargos criados não retratam funções de "direção, chefia ou assessoramento", devendo ser observada a regra do *merit system* em especial para as funções inerentes à Advocacia Pública, inclusive do Poder Legislativo (arts. 30, parágrafo único, e 98 a 100, Constituição Estadual), razão pela qual aponta a inconstitucionalidade dos dispositivos citados.

Acesso ao Sumário

A relação de fidúcia entre nomeante e nomeado é imprescindível à caracterização da legalidade do provimento em comissão, sob pena de se caracterizar a burla à exigência do concurso para ingresso no serviço público, tal como previsto no artigo 115, V, da Constituição Estadual, que assim preconiza:

> "**Artigo 115 –** Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:
>
> (...)
>
> **II –** a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;
>
> (...)
>
> **V –** as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;..."

É do dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, que "os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando"[1].

Sobre o tema já decidiu a Corte Suprema, na oportunidade do julgamento do RE 752.769 AGR de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, j. em 08 de outubro de 2013, que:

> *"...4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos...* ***6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes****..."*

Acesso ao Sumário

No caso em análise, o cargo de "Assessor Jurídico da Presidência" *cuja nomeação se dará em face de interesse público, através de Portaria emanada da Presidência da Câmara Municipal"*, tem como atribuições *"a) Realizar consultas e emitir parecer jurídico de natureza estratégica ao Presidente da Câmara Municipal; b) Realizar tarefas de confiança e assessoria direta ao Presidente da Câmara Municipal e outras afins."*.

Com efeito, do "Assessor" se diz a pessoa que "tem como função

1 *CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO*. SP: Malheiros, 2005, 19 ed., p. 280.

profissional de auxiliar um cargo superior nas suas funções. O termo tem origem no latim (assessore). Opera como adjunto, visto que está colocada (a pessoa) como assistente nas funções de outrem".[2]

Não se consegue extrair, da leitura do singelo texto legal, nenhuma outra conclusão senão a de que o "Assessor Jurídico da Presidência" está sob o comando direto do Presidente da Câmara Municipal e será por ele, Presidente, nomeado, o que demonstra a relação de fidúcia entre nomeante e nomeado; mas, ainda que econômico o texto legal no descrever das atribuições do detentor do cargo, a função de "realizar consultas e emitir parecer jurídico de natureza estratégica" guarda relação com aquelas próprias da Advocacia Pública, previstas no artigo 30 e seu parágrafo único, da Constituição Estadual, nos seguintes termos:

> *"Art. 30 – À Procuradoria da Assembleia Legislativa compete exercer a representação judicial, a consultoria e o* ***assessoramento técnico-jurídico do Poder Legislativo****.*
>
> *Parágrafo único – Lei de iniciativa da Mesa da Assembleia Legislativa organizará a Procuradoria da Assembleia Legislativa, observados os princípios e regras pertinentes da Constituição Federal e desta Constituição, disciplinará sua competência e disporá sobre o ingresso na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos.*

Não obstante se entenda, como bem lembrado pelo d. Procurador Geral do Estado – com entendimento neste Órgão Especial –, que não há porque concluir que as normas da Constituição Federal ou da Constituição que regem a Advocacia Pública em nível federal e estadual, devam ser aplicadas pelos Municípios, sendo de todo descabido sustentar que o regime da advocacia pública deve ser simétrico ao estadual, sob pena de incidir em violação à autonomia municipal, não se pode fugir da regra de que **as funções de advocacia pública devem ser exercidas por profissionais captados mediante concurso público de provas e títulos**.

Neste passo tem decidido este C. Órgão Especial, consoante se pode conferir abaixo:

> *"Os preceitos dos artigos 98, 99 e 100 da CE/89 referem-se à Procuradoria-Geral do Estado. Embora não exista obrigação constitucional de o município criar o órgão da Procuradoria Municipal (ADI nº 2190064-74.2016.8.26.0000, rel. p/ o acórdão Des. Evaristo dos Santos, j. em 28-6-2017; ADI nº 2139959-39.2016.8.26.0000, rel. Des. Márcio Bartoli, j. em 29-3-2017), os parâmetros traçados pelos arts. 131 e 132, da CF/88, e arts. 98, 99 e 100, da CE/89, por força do art. 144 da CF/89, restringem a atividade normativa municipal na criação e funcionamento dos órgãos ali referidos. São normas de imposição obrigatória para Estados e Municípios, que estabeleceram para a Procuradoria-Geral do Estado*

Acesso ao Sumário

2 Endereço eletrônico constante do texto original.

o mesmo modelo da Advocacia Pública, que, por sua vez, reservam a advocacia pública aos servidores de carreira investidos em cargo de provimento efetivo, mediante prévia aprovação em concurso público" (ADI nº 2160141-66.2017.8.26.0000, j. em 07/03/2018, rel. CARLOS BUENO).

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a ação para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei nº 807, de 06 de fevereiro de 2009, do Município de Queiroz.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2207795-49.2017.8.26.0000, da Comarca São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

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 30.962)**

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, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 9 de maio de 2018.

GERALDO WOHLERS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei municipal nº 8.151/2000, que *"dispõe sobre as normas de cobrança da taxa de limpeza pública e institui a tarifa de coleta e disposição final de resíduos sólidos não residenciais no Município de Santo André"*. Artigo 4º da norma que delega ao *"órgão encarregado de prestar e fiscalizar*

a execução dos serviços" **a atribuição de fixar a base de cálculo da *"tarifa"* respectiva. Princípio da legalidade tributária. Serviço público que deve ser remunerado por taxa e, portanto, deve ter todos seus elementos previstos em lei. Lei municipal já declarada inconstitucional em controle incidental de constitucionalidade. Necessidade de declarar inconstitucional mencionado dispositivo em controle concentrado. Ação procedente.**

VOTO

Vistos, etc...

1. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, que tem por objeto o artigo 4º, da Lei nº 8.151/2000, do Município de Santo André, a qual *"dispõe sobre as normas de cobrança da taxa de limpeza pública e institui a tarifa de coleta e disposição final de resíduos sólidos não residenciais no Município de Santo André"*.

Sustenta a autora que *"o dispositivo legal em comento – ao delegar ao órgão encarregado de prestar e fiscalizar a execução dos serviços a fixação da base de cálculo da taxa de coleta e disposição final de resíduos sólidos para os geradores cuja produção diária de resíduos ultrapassar os 100 (cem) litros ou o equivalente em peso, assim como para os geradores de resíduos de serviços de saúde – violou o princípio da legalidade tributária (art. 150, I, da Constituição Federal e art. 163, I, Constituição do Estado de São Paulo), aplicável aos Municípios por força do art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo"* (fls. 02) e que *"não obstante a nomenclatura utilizada pelo legislador local, trata-se de taxa de serviço público (art. 145, II, da CF/88), espécie tributária, porquanto se está diante da remuneração de serviço público específico e divisível (art. 4º, caput, e inc. I, do CTN). Serviço, ademais, de utilização compulsória, na medida em que a sua interrupção atinge interesse de toda a coletividade"* (fls. 03).

Processada a demanda sem liminar (fls. 316/8), prestou informações o Senhor Prefeito do Município de Santo André (fls. 372/7) e o ilustre Presidente da Câmara Municipal dessa cidade (fls. 379/85), tendo a d. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo se manifestado no sentido de que *"o ato normativo impugnado trata de matéria exclusivamente local"* e, portanto, *"não há interesse do Procurador Geral do Estado em sua defesa"* (fls. 367/8).

Pela procedência da ação opinou a i. Procuradoria de Justiça (fls. 390/2).

É o relatório.

2. Dispõe a Lei nº 8.151/2000, do Município de Santo André, que:

"At. 1º – Esta lei institui a tarifa de coleta e disposição final de resíduos sólidos não residenciais e cria normas para a cobrança da taxa de limpeza

Acesso ao Sumário

pública estabelecida pela Lei nº 6.580, de 05 de dezembro de 1989.

Art. 2º – O fato gerador da taxa de limpeza pública é a prestação desse serviço pelo poder público, através do Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – SEMASA – e contribuinte da taxa ou da tarifa é o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor de bem imóvel, edificado ou não, ou mesmo aquele que de alguma forma esteja, efetiva ou potencialmente, contemplado pelos serviços públicos de coleta e disposição final de resíduos sólidos e de varrição de vias públicas.

Art. 3º – A base e a forma de cálculo da taxa de limpeza pública será a mesma estabelecida nos artigos 2º e 3º da Lei nº 6.580, de 05 de dezembro de 1989.

Art. 4º – A base de cálculo da tarifa de coleta e disposição final de resíduos sólidos para os geradores cuja produção diária de resíduos ultrapassar os 100 (cem) litros ou o equivalente em peso, assim como para os geradores de Resíduos de Serviços de Saúde, será estabelecida pelo órgão encarregado de prestar e fiscalizar a execução dos serviços.

Art. 5º – O pagamento da taxa e da tarifa será feito nos vencimentos e formas indicados nos avisos-recibos de lançamento.

§ 1º – As taxas poderão ser lançadas em conjunto com outras taxas, tarifas, contribuições de melhoria ou preços públicos, também devidos pelo contribuinte, facultando à Administração relacioná-las todas em um único impresso.

§ 2º – Na hipótese do parágrafo anterior, deverão ser discriminadas as taxas, tarifas, contribuições de melhoria ou preços públicos cobrados, de forma a permitir-se pronta identificação da qual se trata.

§ 3º – O eventual cancelamento ou suspensão da exigibilidade de alguma delas não aproveita às demais, cabendo ao contribuinte a iniciativa de efetuar-lhes o pagamento, sob pena de aplicação das sanções, penalidades e multas previstas nos artigos 34 e 87 da Lei nº 7.733, de 14 de outubro de 1998, além de outras medidas legais cabíveis.

Art. 6º – Fica atribuída ao Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – SEMASA a competência para o lançamento e arrecadação das tarifas e das taxas estabelecidas nesta lei.

Art. 7º – Não haverá isenções ou reduções da taxa e tarifa estabelecidas na presente lei, exceto os dispositivos previstos na Lei nº 7.733, de 14 de outubro de 1998 e regulamentos.

Art. 8º – Aplicam-se subsidiariamente à presente lei as disposições constantes da legislação tributária municipal, especialmente o Código Tributário Municipal.

Art. 9º – Esta lei entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 2001, revogadas as disposições em contrário" (fls. 281/2).

Acesso ao Sumário

3. De rigor a procedência da ação.

Com efeito, cumpre registrar inicialmente que, contrariamente ao que

consigna o Senhor Prefeito de Santo André nas informações prestadas (que o artigo 4º da lei ora tratada *"disciplina... cobrança de um serviço que o SEMASA disponibiliza em concorrência com particulares que também prestam o mesmo tipo de serviço, o que inquestionavelmente reveste a cobrança da característica de preço público, cobrado por meio de tarifa"*, fls. 374), o serviço municipal de *"coleta e disposição final de resíduos sólidos para os geradores cuja produção diária de resíduos ultrapassar os 100 (cem) litros ou o equivalente em peso, assim como para os geradores de Resíduos de Serviços de Saúde"* é de compulsória adesão, não dispondo mencionada lei acerca da possibilidade de contratação de fornecedores particulares para a coleta dos resíduos sólidos oriundos dos aludidos contribuintes.

Conforme já consignou o E. Supremo Tribunal Federal no enunciado de Súmula nº 545: "preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu".

Portanto, o dispositivo cuja constitucionalidade ora se discute estabelece serviço público que deve ser remunerado por taxa, a qual, conforme prevê o artigo 77 do Código Tributário Nacional, pode ter como fato gerador *"a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posta à sua disposição"*, tal como no caso ora em apreço. Complementa *Paulo de Barros Carvalho* que essa espécie de tributo se caracteriza por apresentar, ***"na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de uma atividade estatal, direta e especificamente dirigida ao contribuinte"*** *('Curso de Direito Tributário', Saraiva, 22ª edição, 2010, p. 70/1).*

Destarte, embora os Municípios sejam inequivocamente dotados de autonomia administrativa, são de compulsória observância os preceitos estabelecidos nas Cartas Constitucionais federal e estadual, à luz do artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo, a qual preceitua, em seu artigo 163, que *"sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Estado": "I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça"*.

Explica o Exmo. *Gilmar Ferreira Mendes* que **"o princípio da legalidade, em matéria tributária, apresenta-se com diferentes dimensões e implicações. Em primeiro lugar, a legalidade está consubstanciada na pura e simples exigência de lei: não há tributo sem lei que o institua. O princípio determina que a lei, em sentido formal, seja o veículo necessário à criação e modificação dos tributos. Em regra, lei ordinária. Veda-se, por conseguinte, a delegação de competência tributária ao executivo. A tarefa de instituir tributos é própria da atividade legislativa.**

E mais, todos os elementos do tributo devem ser veiculados por lei.

Acesso ao Sumário

Esse segundo aspecto do princípio exige, para validade do tributo, que todos os seus elementos, aspectos ou critérios estejam contidos no veículo legislativo adequado – lei ordinária ou complementar, conforme o caso" *('Curso de Direito Constitucional', Saraiva, 6ª edição, 2011, p. 1.477/8)*.

Ressalte-se também a previsão expressa constante no artigo 97 do Código Tributário Nacional, de que *"somente a lei pode estabelecer": "IV – a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65", bem como* a ressalva constante no artigo 4º, desse diploma legal, preceituando que *"a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-las": "I – a denominação e demais características adotadas pela lei"*.

Desse modo, uma vez que a remuneração do serviço municipal de *"coleta e disposição final de resíduos sólidos para os geradores cuja produção diária de resíduos ultrapassar os 100 (cem) litros ou o equivalente em peso, assim como para os geradores de Resíduos de Serviços de Saúde"*, prevista no artigo 4º da Lei nº 8.151/2000, do Município de Santo André, amolda-se à espécie tributária "taxa", a lei municipal deveria dispor sobre todos os elementos desse tributo, inclusive sua base de cálculo, sendo defeso ao Poder Legislativo delegar tal tarefa ao *"órgão encarregado de prestar e fiscalizar a execução dos serviços"*.

4. Por derradeiro, insta salientar que essa lei municipal já foi declarada inconstitucional na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0132470-15.2011.8.26.0000 (Rel. o nobre Des. José Reynaldo, j. em 17.08.2011), ***in verbis***:

"Da análise do v. acórdão de fls. 181/185, verifica-se que a questão constitucional foi enfrentada pela D. Câmara suscitante, que à unanimidade entendeu ser inconstitucional a previsão contida na Lei nº 8.151/2000, do Município de Santo André, que instituiu a cobrança da 'tarifa de coleta e disposição final de resíduos sólidos não residenciais', por ofensa ao disposto no inciso II do artigo 145 da Constituição Federal (...).

Assim delineada a questão pela D. Turma julgadora, os autos foram encaminhados a este C. Órgão Especial para a análise da constitucionalidade da lei municipal em debate, em respeito à competência reservada atribuída a este Colegiado para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público (artigo 97 da Constituição Federal e Súmula Vinculante 10 do E. Supremo Tribunal Federal).

Necessário, de início, estabelecer breve distinção entre o tributo 'taxa' e o preço público 'tarifa', a despeito da enorme controvérsia doutrinária e mesmo jurisprudencial sobre o tema, uma vez que a constitucionalidade discutida nos autos – em razão da pretensão deduzida – se reporta tão somente à tarifa instituída pela Lei em comento.

(...)

Ora, com atenção à distinção acima feita e, tendo em conta que o nomem

Acesso ao Sumário

júris não define o regime jurídico da espécie de cobrança, o que se extrai da leitura do artigo 4º (quarto) e respectivo inciso I do Código Tributário Nacional ao disciplinar que 'A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la a denominação e demais características formais adotadas pela lei, e a destinação legal do produto da sua arrecadação', imperioso consignar que a Lei Municipal n° 8.151/2000 do Município de Santo André instituiu sim mais uma 'taxa', a despeito de denominá-la de tarifa.

O que autoriza tal conclusão é justamente o fundamento da cobrança instituída, ou seja, o 'serviço de coleta e disposição final de resíduos sólidos não residenciais', o que se extrai da ementa da lei e do seu artigo 2º – a despeito da redação defeituosa da lei, já assinalada pelo magistrado sentenciante e ressaltada no acórdão de encaminhamento –, a cargo do Serviço Municipal de Saneamento Ambiental de Santo André – SEMASA.

Note-se que a denominada 'tarifa' é compulsória, uma vez que a lei não deixa margem de escolha ao 'beneficiado pela disposição do serviço', e com base em tal característica é que a Súmula 545 do E. Supremo Tribunal Federal estabelece distinção entre os institutos, o que mais uma vez evidencia a natureza jurídica de 'taxa' da exação criada.

Ainda que parte da doutrina e jurisprudência considerem superado o enunciado da Súmula 545, os que assim entendem justificam sua posição no fato de o princípio da anualidade (também abordado na redação sumulada) não ter sido recepcionado pela vigente Constituição Federal, o que de qualquer modo não confere descrédito a primeira parte do enunciado, do qual não se extrai qualquer incompatibilidade ao texto constitucional.

E esta conclusão não destoa do teor da Súmula Vinculante 19 ao prever 'A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal' (com nossos grifos).

(...)

A despeito disso, da atenta análise no mesmo artigo 4º da Lei n° 8.151/2000, constata-se ofensa ao princípio constitucional da legalidade tributária, previsto no inciso I do artigo 150 da Constituição Federal.

O mencionado artigo 4º tem a seguinte redação:

'A base de cálculo da tarifa de coleta e disposição final de resíduos sólidos para os geradores cuja produção diária de resíduos ultrapassar os 100 (cem) litros ou o equivalente em peso, assim como para os geradores de Resíduos de Serviços de Saúde, será estabelecida pelo órgão encarregado de prestar e fiscalizar a execução dos serviços'.

Ocorre que o dispositivo, apesar de mencionar que a base de cálculo considerará a produção diária de resíduos, incluindo aqueles decorrentes dos serviços de saúde, estabelece que a base de cálculo 'será estabelecida pelo órgão encarregado de prestar e fiscalizar a execução dos serviços', o que não se admite uma vez que tal componente deve estar definido em lei.

Acesso ao Sumário

Assim se conclui porque não se pode 'exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça' (inciso I do artigo 150 da Constituição Federal), e ao deslocar a fixação da alíquota e da exata base de cálculo do tributo para ato do 'órgão encarregado de prestar e fiscalizar a execução dos serviços', mencionada exação está a vulnerar o princípio da legalidade tributária.

Resta evidente a violação ao texto constitucional pela análise do comunicado de fls. 26, em que o próprio SEMASA comunica a publicação de um decreto que altera a redação do artigo 5º do Decreto 14.677 de 31 de agosto de 2001 (Do Município de Santo André), alterando o valor da denominada 'tarifa', de indiscutível conteúdo tributário.

(...)

Em suma, o princípio da legalidade tributária é uma limitação ao poder de tributar, o Estado tem sua atividade tributária limitada àquilo que estiver previsto em lei. A lei, ainda, deve descrever todos os elementos essenciais do tributo, ou seja, deve estipular a sua hipótese de incidência (leia-se 'fato gerador'), sujeito ativo e passivo, base de cálculo e alíquota. Em outras palavras, deve a lei fixar os elementos essenciais do tributo, os fatores que influam no an debeatur (quem deve) e no quantum debeatur (quanto deve).

Assim, de rigor a declaração de inconstitucionalidade da instituição e cobrança da denominada 'tarifa de coleta e disposição final de resíduos sólidos não residenciais' (taxa em sua essência), criada pela Lei n° 8.151/2000 do Município de Santo André, deste Estado, por violação ao princípio constitucional da legalidade tributária (inciso I do artigo 150 da Constituição Federal)".

No entanto, "sabido é que a inconstitucionalidade de lei declarada em sede de controle difuso não tem efeito ***erga omnes***, tendo a sua decisão eficácia apenas quanto às partes do processo – em que resolvida incidentalmente a inconstitucionalidade –, e aos feitos sobre a mesma matéria, no Tribunal em que pronunciada a inconstitucionalidade na resolução de questão incidental" (TJSP, ADIN nº 2006183-65.2014.8.26.0000, Rel. o digno Des. Xavier de Aquino, j. em 08.10.2014).

5. Diante do exposto, **julgo procedente** a ação para declarar inconstitucional o artigo 4º da Lei nº 8.151/2000, do Município de Santo André.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2213368-68.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARUJÁ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA DO MUNICÍPIO DE GUARUJÁ.

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 29.559)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SÉRGIO RUI.

São Paulo, 9 de maio de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.091, de 26 de março de 2014, do Município de Guarujá, que "estabelece a obrigatoriedade da manutenção de serviços de segurança privada nos locais que especifica, e dá outras providências" – A obrigatoriedade de as instituições bancárias, agências dos correios e casas lotéricas implantarem e manterem sistema de videomonitoramento e serviços de segurança privada, no âmbito do Município de Guarujá, constitui matéria de segurança dos usuários não afeta à competência exclusiva da União – Exegese do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal – Alegação de vício de iniciativa – Rol de iniciativas legislativas reservadas ao Chefe do Poder Executivo é matéria taxativamente disposta na Constituição Estadual – Inconstitucionalidade da expressão "através do órgão PROCON, inserido na Advocacia Geral do Município", constante do artigo 3º da Lei impugnada – A iniciativa parlamentar, ao conferir atribuição ao PROCON Municipal, ofende o princípio da separação dos Poderes – O gerenciamento da prestação de serviços públicos é da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo – Violação dos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XIX, "a", e 144, da Constituição do Estado de São Paulo – Vício superável com a utilização da técnica de declaração

Acesso ao Sumário

parcial de nulidade com redução de texto.
Pedido parcialmente procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Guarujá visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 4.091, de 26 de março de 2014, do Município de Guarujá, que "estabelece a obrigatoriedade da manutenção de serviços de segurança privada nos locais que especifica, e dá outras providências", porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 5º, 25, 47, incisos II, XIV e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta que a norma impugnada trata de matéria cuja iniciativa legislativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo, padecendo de vício de iniciativa. Aduz, ainda, que a segurança de estabelecimentos comerciais e bancários, não se insere na predominância do interesse local a justificar a atuação legislativa do Município, cabendo à União e ao Estado disciplinarem sobre o tema. Diz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar e, ao final, requer seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 4.091, de 26 de março de 2014, do Município de Guarujá.

A liminar foi parcialmente deferida (fl. 17/22).

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa da lei impugnada (fl. 29/30).

Notificado, o Presidente da Câmara Municipal de Guarujá deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar informações (Cf. fl. 35).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 38/54, opinou pela procedência parcial do pedido, declarando-se a inconstitucionalidade das expressões "casas lotéricas e agências dos correios" (artigo 2º) e "através do órgão PROCON, inserido na Advocacia Geral do Município" (artigo 3º), da Lei nº 4.091, de 26 de março de 2014, do Município de Guarujá.

2. É o relatório.

A lei impugnada tem a seguinte redação:

"Art. 1º – Fica estabelecido a obrigatoriedade das instituições bancárias implantarem e manterem sistema de videomonitoramento e serviços de segurança privada, em todos os pontos de atendimento e caixas eletrônicos instalados no Município de Guarujá.

Art. 2º – É obrigatória a manutenção de serviços de segurança privada, prestados por profissionais dessa área em situação regular, de forma ininterrupta durante todo o período de funcionamento, em caixas eletrônicos, e/ou estabelecimentos outros que possuam ou disponibilizem caixas automáticos, terminais de atendimento – ATM,

Acesso ao Sumário

ou terminais autorizados a recebimento de contas e faturas, casas lotéricas e agências dos correios.

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

Art. 3º – O Poder Executivo, através do órgão PROCON, inserido na Advocacia Geral do Município será responsável pela fiscalização e cumprimento da presente Lei.

Parágrafo Único – O Poder Executivo poderá editar normas para regulamentar a fiscalização e cumprimento da presente Lei, sem prejuízo de sua imediata aplicação.

Art. 4º – A empresa que não possuir profissionais habilitados ou legalizados em segurança privada, estará sujeita às seguintes penalidades:

I – multa de 10.000 (dez mil) UFM na primeira infração, aplicada em dobro a cada nova ocorrência;

II – lacração do estabelecimento na ocorrência de cinco ou mais infrações, somente havendo a liberação de seu funcionamento, após pagamento em triplo de todas as multas aplicadas;

Art. 5º – Os estabelecimentos comerciais e demais instituições terão prazo de 90 (noventa) dias para se adequar às disposições contidas nesta Lei.

Art. 6º – A presente Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário."

De fato, a norma impugnada não tratou de matéria cuja iniciativa está reservada ao Chefe do Poder Executivo, visto que as obrigações criadas estão direcionadas a entidades privadas, quais sejam, as agências bancárias do Município e seus correspondentes bancários, que deverão atender aos padrões estabelecidos na Lei para a segurança dos usuários dos serviços bancários.

Com efeito, a Lei local, de autoria parlamentar, ao impor a obrigatoriedade de as instituições bancárias, casas lotéricas e agências dos correios implantarem e manterem sistema de videomonitoramento e serviços de segurança privada nos postos de atendimento e caixas eletrônicos do Município, não tratou de nenhuma matéria cuja iniciativa legislativa é reservada ao Chefe do Poder Executivo, tampouco incorreu em violação ao princípio da separação dos Poderes por invasão da esfera da gestão administrativa.

Noutro ponto, é pacífico na jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal o entendimento de que os entes municipais possuem competência para editar lei determinando a instalação de equipamentos de segurança em estabelecimentos bancários, por ser tal questão matéria de interesse local, nos

Acesso ao Sumário

termos do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal. Confira-se:

> **"Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE SEGURANÇA. ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS. POSSIBILIDADE. ART. 30, I, DA CF. PRECEDENTES. ART. 5º, XXXVI, DA CF/88. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. 1. É pacífico na jurisprudência do STF o entendimento de que os entes municipais possuem competência para editar lei determinando a instalação de equipamentos de segurança em estabelecimentos bancários, por ser tal questão matéria de interesse local. Exegese do art. 30, I, da Constituição Federal. 2. Agravo regimental a que se nega provimento."** (AI 482212 AgR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04/06/2013).
>
> **"ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA, MEDIANTE LEI, OBRIGAR AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS A INSTALAR, EM SUAS AGÊNCIAS, DISPOSITIVOS DE SEGURANÇA. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA FEDERAL. RECURSO IMPROVIDO. O Município dispõe de competência para, com apoio no poder autônomo que lhe confere a Constituição da República, exigir, mediante lei formal, a instalação, em estabelecimentos bancários, dos pertinentes equipamentos de segurança, tais como portas eletrônicas ou câmaras filmadoras, sem que o exercício dessa atribuição institucional, fundada em título constitucional específico (CF, art. 30, I), importe em conflito com as prerrogativas fiscalizadoras do Banco Central do Brasil. Precedentes."** (Segunda Turma, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 385.398-8-MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 31/5/05, v.u.).

Acesso ao Sumário

Assim, da simples leitura do artigo 2º, da Lei nº 4.091, de 26 de março de 2014, do Município de Guarujá, verifica-se que seu alvo principal não é a agência de correio e a casa lotérica enquanto atividade principal, mas sim a atividade econômica de correspondente bancário por elas desempenhada. *In casu*, o principal interesse social da lei local não se refere ao serviço postal e de loteria, mas à atividade econômica adicional que as agências de correio e casas lotéricas passaram a desempenhar como correspondentes bancários, de tal arte que torna inaplicável o raciocínio sustentado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, no que diz respeito ao conflito federativo, uma vez que, tratando-se de atividade econômica bancária, não há qualquer monopólio legal ou reserva de

competência sobre o serviço.

Outro não é o entendimento deste Colendo Órgão Especial, como se extrai da seguinte ementa:

> **"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 4.032, DE 23 DE FEVEREIRO DE 2017, DO MUNICÍPIO DE SOCORRO, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, QUE DISPÔS SOBRE A OBRIGATORIEDADE DAS AGÊNCIAS BANCÁRIAS, INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E AFINS À ADOÇÃO DE ITENS DE SEGURANÇA TAIS COMO CÂMERAS DE VÍDEO E VIGILANTES – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE INICIATIVA – ENTENDIMENTO DO STF SUFRAGADO EM JULGAMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL TEMA 917 – AÇÃO IMPROCEDENTE."** (ADI nº 2201272-21.2017.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 21/03/2018) (g.n.).

Todavia, cumpre notar que somente ao Chefe do Poder Executivo assiste a iniciativa de lei que crie obrigações e deveres para órgãos municipais (Cf. artigo 47, inciso II, da Constituição Bandeirante), tal qual a exigência de que o PROCON seja responsável pela fiscalização e cumprimento da Lei local (artigo 3º).

Ora, o gerenciamento da prestação dos serviços públicos é da competência do Poder Executivo, único dos Poderes que detém instrumentos e recursos próprios para avaliar a conveniência e oportunidade da Administração Pública.

É certo que o artigo 47 da Constituição do Estado norteia a atribuição de governo do Chefe do Poder Executivo, com suas competências próprias de administração e gestão que compõem a chamada reserva de Administração, pois, veiculam matérias de sua alçada exclusiva, sem interferência do Poder Legislativo, de maneira que a expressão **"através do órgão PROCON, inserido na Advocacia Geral do Município"**, contida no artigo 3º, da Lei nº 4.091, de 26 de março de 2014, do Município de Guarujá, ao eleger o órgão que deverá exercer a fiscalização da lei, impõe obrigação à Administração Pública, usurpando função própria do Executivo, nos termos dos artigos 5º, 47, incisos II, XIV e XIX, "a", da Constituição do Estado de São Paulo, aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144 da Carta Paulista, aspecto que merece correção mediante a utilização da técnica de declaração parcial de nulidade com redução de texto.

Cumpre notar, que a fiscalização do cumprimento da normativa, bem como a imposição das sanções respectivas, ocorrerão por conta dos órgãos municipais já existentes, dentro de seu dever genérico de fiscalização, inerente ao exercício do poder de polícia municipal.

Acesso ao Sumário

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo parcialmente procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade apenas da expressão **"através do órgão PROCON, inserido na Advocacia Geral do Município"**, contida no artigo 3º, da Lei nº 4.091, de 26 de março de 2014, do Município de Guarujá.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0122848-72.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ASSIS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ASSIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.367)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO, ELCIO TRUJILLO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 23 de maio de 2018.

MOACIR PERES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI nº 4.932, de 25 de janeiro de 2007, e, por dependência, dos Decretos nº 5.311, de 21 de fevereiro de 2007, e n. 5.967, de 16 de março de 2011, do Município de Assis – Programa de Inclusão Social pelo Trabalho – Ação julgada improcedente por este C. Órgão Especial – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA NÃO CARACTERIZADAS POR NECESSIDADE

TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO – Hipóteses de contratação que não se revestem de transitoriedade, determinabilidade do prazo de contratação, nem de excepcionalidade – Repercussão geral da questão (Tema n. 612, E. STF) – Inconstitucionalidade reconhecida. Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, contra a Lei nº 4.932, de 25 de janeiro de 2007, e, por dependência, dos Decretos nº 5.311, de 21 de fevereiro de 2007, e n. 5.967, de 16 de março de 2011, do Município de Assis.

Afirma o autor que os dispositivos impugnados estão em confronto com os artigos 111 e 115, incisos II e X, da Constituição Estadual, bem como os artigos 29 e 31 da Constituição Federal. Argumenta que as hipóteses de contratação por tempo determinado previstas nos dispositivos impugnados não têm ontologicamente os requisitos de transitoriedade, imprevisibilidade e excepcionalidade. Sustenta que a contratação por tempo determinado deve objetivar situações anormais, urgentes, incomuns e extraordinárias, não servindo de combate ao desemprego. Cita jurisprudência. Discorre sobre a excepcionalidade da contratação temporária, transcrevendo doutrina e julgados. Daí pretender a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados (fls. 1/17).

Este C. Órgão Especial, em acórdão datado de 17 de abril de 2013, julgou improcedente a ação (fls. 113/129).

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário contra o v. acórdão (fls. 131/145), que recebido (fls. 178), foi submetido ao regime de repercussão geral, Tema n. 612, RE 658.026.

O Excelentíssimo Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, em cumprimento ao disposto no art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, determinou a devolução dos autos para que este Colendo Órgão Especial, caso entenda pertinente, proceda à adequação da fundamentação e/ou manutenção do venerando acórdão ao entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 658.026 (fls. 190).

Os autos vieram à conclusão para decisão.

É o relatório.

Em discussão a respeito da constitucionalidade da instituição do Programa de Inclusão Social pelo Trabalho, que previa, como contrapartida pelos benefícios concedidos ao trabalhador desempregado, a realização de tarefas em favor da

Acesso ao Sumário

Administração Pública, este Colendo Órgão Especial entendeu que o amparo ao desempregado, propiciando-lhe trabalho e alguma remuneração, podia ser encarado como uma necessidade de excepcional interesse público.

Assim dispõem os dispositivos impugnados:

"Artigo 1º – Fica instituído o Programa de Inclusão Social pelo Trabalho com o objetivo de conceder atenção especial ao trabalhador desempregado, residente no Município de Assis, pertencente à família de baixa renda, visando estimulá-lo a busca de ocupação, bem como à sua reinserção no mercado de trabalho.

Artigo 2º – O Programa de Inclusão Social pelo Trabalho consistirá:

I – no exercício de atividades, realizadas e ministradas pelos órgãos municipais ou por entidades conveniadas ou parceiras, nos termos das normas trabalhistas vigentes;

II – no desenvolvimento de atividades de capacitação ocupacional e de cidadania, ministradas pelos órgãos municipais ou por entidades conveniadas ou parceiras;

III – em ações de incentivo à conduta do beneficiário e de orientação sobre seu comportamento no sentido de buscar ocupação;

IV – na concessão de auxílio pecuniário, correspondente a, no máximo, um salário mínimo nacional vigente.

V – na garantia de seguro de vida coletivo. (...)

§ 5º – Os benefícios e atividades previstos neste artigo terão a duração de até 12 (doze) meses, podendo ser prorrogados por mais 12 (doze) meses, a critério da coordenação do Programa e mediante prévia anuência do órgão ou entidades conveniadas ou parceiras em que estiverem sendo realizadas as atividades práticas, desde que mantidas as condições que ensejaram a inclusão do beneficiário no Programa e cumpridas as cláusulas do Termo de Compromisso e Responsabilidade".

O revogado Decreto nº 5.311, de 21 de fevereiro de 2007, em seus artigos 3º e 4º, dispunha:

"Artigo 3º – A contrapartida para recebimento dos benefícios será a realização de tarefas que consistirão nas seguintes atividades:

I – capinação manual e erradicação de vegetação rasteira em vias e logradouros públicos, varrição dos locais capinados e a aglutinação dos resíduos para posterior remoção;

II – capinação química para erradicação de vegetação em vias e logradouros públicos pavimentados;

III – poda de árvores e gramas em áreas verdes do município, parque e praças municipais, incluindo o recolhimento do material resultante;

IV – limpeza de bocas de lobo, ramais, galerias consistindo na desobstrução desses locais;

V – outros serviços necessários que se fizerem necessários às Secretarias

Municipais.

Artigo 4º – A carga horária de atividades do Programa será de 40 (quarenta) horas semanais já incluídas aquelas destinadas à freqüência nas atividades previstas nos incisos I, II e III do artigo 2o da Lei n° 4.932 de 25 de janeiro de 2.007".

Os artigos 3º e 4º do Decreto nº 5.967, de 16 de março de 2011, dispõem:

"Artigo 3º – A contrapartida para recebimento dos benefícios será a realização de tarefas que consistirão nas seguintes atividades:

I – atividades na cozinha piloto e unidades escolares e da saúde que poderão ser exercidas por homens e mulheres;

II – capinação manual e erradicação de vegetação rasteira em vias e logradouros públicos que deverão ser realizadas por homens;

III – varrição dos locais capinados e a aglutinação dos resíduos para posterior remoção que deverão ser realizadas por mulheres;

IV – capinação química para erradicação de vegetação em vias e logradouros públicos pavimentados que deverá ser realizada por homens;

V – poda de árvores e gramas em áreas verdes do município, parque e praças municipais, incluindo o recolhimento do material resultante que deverão ser feitas por homens;

VI – limpeza de bocas de lobo, ramais, galerias consistindo na desobstrução desses locais que deverão ser realizados por homens;

VII – outros serviços necessários que se fizerem necessários às Secretarias Municipais que poderão ser realizados por homens e mulheres.

Artigo 4º – A carga horária de atividades do Programa será de 40 (quarenta) horas semanais já incluídas aquelas destinadas à freqüência nas atividades previstas nos incisos I, II e III do artigo 2o da Lei n° 4.932, de 25 de janeiro de 2.007".

Dessarte, observando o que tem decidido o Colendo Supremo Tribunal Federal, retrata-se do que foi julgado.

A ação é procedente.

Em suma, alega-se a existência de vícios de inconstitucionalidade material, por previsão de hipóteses de contratação temporária não caracterizadas por necessidade temporária de excepcional interesse público.

Alega o autor afronta aos artigos 111 e 115, incisos II e X, da Constituição Estadual, bem como os artigos 29 e 37, inciso IX da Constituição Federal[1]:

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

***Art. 111** – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade,*

Acesso ao Sumário

1 Aplicáveis aos Municípios em função do disposto no artigo 144 da Constituição do Estado, segundo o qual "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.

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 comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;*

[...]

X – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Passo a analisar os vícios de inconstitucionalidade apontados.

Dos dispositivos constitucionais mencionados, verifica-se que a contratação por tempo determinado no serviço público, feita por meio do chamado regime especial, é admitida em situações de comprovada necessidade, desde que essa necessidade seja temporária e de excepcional interesse público.

Como ensina José dos Santos Carvalho Filho, "o regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis. O primeiro deles é a *determinabilidade temporal* da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatuário e trabalhista [...]. Depois, temos o pressuposto da *temporariedade* da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. [...] O último pressuposto é a *excepcionalidade* do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o termo *excepcional* para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores" (**Manual de direito administrativo**, 27ª ed., São Paulo: Editora Atlas S/A, 2014, pp. 610-611).

Acesso ao Sumário

À evidência, a contratação por tempo determinado é hipótese de exceção à necessidade do concurso público, devendo, portanto, ser interpretada restritivamente, em busca da máxima observância aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da eficiência na Administração Pública.

Por essa razão, para que seja constitucional a contratação temporária para a prestação de serviço público, devem estar preenchidos os requisitos da indispensabilidade, da temporalidade e da excepcionalidade, inerentes à contratação por prazo determinado.

No caso em tela, a lei impugnada do Município de Assis, ao criar o programa de assistência ao trabalhador desempregado, em evidente caráter

assistencial, não atende as regras determinadas pelas Constituições, Federal e Estadual, violando, assim, o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos, além dos princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade.

Tais fundamentos foram reiterados pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento que teve a repercussão geral reconhecida (Tema nº 612), acrescentando-se que é vedada a contratação para serviços ordinários e permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração, nos seguintes termos:

> *"Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, 'à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos'. 2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração. 4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. 5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de* la culture de gestion*, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para 'cultura de gestão*

Acesso ao Sumário

estratégica') que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva. 6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito ex nunc*, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social"* (RE nº 658.026, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 09/04/2014, grifou-se).

Verifica-se, na hipótese, ofensa aos princípios da razoabilidade, da moralidade e da impessoalidade, previstos no artigo 111 da Constituição Estadual.

Contudo, em observância ao princípio da segurança jurídica, os valores eventualmente recebidos de boa-fé pelos funcionários contratados temporariamente, enquanto vigente a norma questionada, são irrepetíveis, visto que tais verbas possuem natureza alimentar.

Diante do exposto, observando o que tem decidido o Colendo Supremo Tribunal Federal, retrata-se do que foi julgado, para julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.932, de 25 de janeiro de 2007, e, por arrastamento, dos Decretos nº 5.311, de 21 de fevereiro de 2007, e n. 5.967, de 16 de março de 2011, do Município de Assis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0122848-72.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ASSIS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ASSIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.367)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA,

Acesso ao Sumário

BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO, ELCIO TRUJILLO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 23 de maio de 2018.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI nº 4.932, de 25 de janeiro de 2007, e, por dependência, dos Decretos nº 5.311, de 21 de fevereiro de 2007, e nº 5.967, de 16 de março de 2011, do Município de Assis – Programa de Inclusão Social pelo Trabalho – Ação julgada improcedente por este C. Órgão Especial – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA NÃO CARACTERIZADAS POR NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO – Hipóteses de contratação que não se revestem de transitoriedade, determinabilidade do prazo de contratação, nem de excepcionalidade – Repercussão geral da questão (Tema n. 612, E. STF) – Inconstitucionalidade reconhecida. Ação julgada procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, contra a Lei nº 4.932, de 25 de janeiro de 2007, e, por dependência, dos Decretos nº 5.311, de 21 de fevereiro de 2007, e nº 5.967, de 16 de março de 2011, do Município de Assis.

Afirma o autor que os dispositivos impugnados estão em confronto com os artigos 111 e 115, incisos II e X, da Constituição Estadual, bem como os artigos 29 e 31 da Constituição Federal. Argumenta que as hipóteses de contratação por tempo determinado previstas nos dispositivos impugnados não têm ontologicamente os requisitos de transitoriedade, imprevisibilidade e excepcionalidade. Sustenta que a contratação por tempo determinado deve objetivar situações anormais, urgentes, incomuns e extraordinárias, não servindo de combate ao desemprego. Cita jurisprudência. Discorre sobre a excepcionalidade da contratação temporária, transcrevendo doutrina e julgados.

Acesso ao Sumário

Daí pretender a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados (fls. 1/17).

Este C. Órgão Especial, em acórdão datado de 17 de abril de 2013, julgou improcedente a ação (fls. 113/129).

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário contra o v. acórdão (fls. 131/145), que recebido (fls. 178), foi submetido ao regime de repercussão geral, Tema n. 612, RE 658.026.

O Excelentíssimo Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça, em cumprimento ao disposto no art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, determinou a devolução dos autos para que este Colendo Órgão Especial, caso entenda pertinente, proceda à adequação da fundamentação e/ou manutenção do venerando acórdão ao entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 658.026 (fls. 190).

Os autos vieram à conclusão para decisão.

É o relatório.

Em discussão a respeito da constitucionalidade da instituição do Programa de Inclusão Social pelo Trabalho, que previa, como contrapartida pelos benefícios concedidos ao trabalhador desempregado, a realização de tarefas em favor da Administração Pública, este Colendo Órgão Especial entendeu que o amparo ao desempregado, propiciando-lhe trabalho e alguma remuneração, podia ser encarado como uma necessidade de excepcional interesse público.

Assim dispõem os dispositivos impugnados:

"Artigo 1º – Fica instituído o Programa de Inclusão Social pelo Trabalho com o objetivo de conceder atenção especial ao trabalhador desempregado, residente no Município de Assis, pertencente à família de baixa renda, visando estimulá-lo a busca de ocupação, bem como à sua reinserção no mercado de trabalho.

Artigo 2º – O Programa de Inclusão Social pelo Trabalho consistirá:

I – no exercício de atividades, realizadas e ministradas pelos órgãos municipais ou por entidades conveniadas ou parceiras, nos termos das normas trabalhistas vigentes;

II – no desenvolvimento de atividades de capacitação ocupacional e de cidadania, ministradas pelos órgãos municipais ou por entidades conveniadas ou parceiras;

III – em ações de incentivo à conduta do beneficiário e de orientação sobre seu comportamento no sentido de buscar ocupação;

IV – na concessão de auxílio pecuniário, correspondente a, no máximo, um salário mínimo nacional vigente.

V – na garantia de seguro de vida coletivo. (...)

§ 5º – Os benefícios e atividades previstos neste artigo terão a duração de até 12 (doze) meses, podendo ser prorrogados por mais 12 (doze)

Acesso ao Sumário

meses, a critério da coordenação do Programa e mediante prévia anuência do órgão ou entidades conveniadas ou parceiras em que estiverem sendo realizadas as atividades práticas, desde que mantidas as condições que ensejaram a inclusão do beneficiário no Programa e cumpridas as cláusulas do Termo de Compromisso e Responsabilidade".

O revogado Decreto nº 5.311, de 21 de fevereiro de 2007, em seus artigos 3º e 4º, dispunha:

"Artigo 3º – A contrapartida para recebimento dos benefícios será a realização de tarefas que consistirão nas seguintes atividades:

I – capinação manual e erradicação de vegetação rasteira em vias e logradouros públicos, varrição dos locais capinados e a aglutinação dos resíduos para posterior remoção;

II – capinação química para erradicação de vegetação em vias e logradouros públicos pavimentados;

III – poda de árvores e gramas em áreas verdes do município, parque e praças municipais, incluindo o recolhimento do material resultante;

IV – limpeza de bocas de lobo, ramais, galerias consistindo na desobstrução desses locais;

V – outros serviços necessários que se fizerem necessários às Secretarias Municipais.

Artigo 4º – A carga horária de atividades do Programa será de 40 (quarenta) horas semanais já incluídas aquelas destinadas à freqüência nas atividades previstas nos incisos I, II e III do artigo 2º da Lei nº 4.932 de 25 de janeiro de 2007".

Os artigos 3º e 4º do Decreto nº 5.967, de 16 de março de 2011, dispõem:

"Artigo 3º – A contrapartida para recebimento dos benefícios será a realização de tarefas que consistirão nas seguintes atividades:

I – atividades na cozinha piloto e unidades escolares e da saúde que poderão ser exercidas por homens e mulheres;

II – capinação manual e erradicação de vegetação rasteira em vias e logradouros públicos que deverão ser realizadas por homens;

III – varrição dos locais capinados e a aglutinação dos resíduos para posterior remoção que deverão ser realizadas por mulheres;

IV – capinação química para erradicação de vegetação em vias e logradouros públicos pavimentados que deverá ser realizada por homens;

V – poda de árvores e gramas em áreas verdes do município, parque e praças municipais, incluindo o recolhimento do material resultante que deverão ser feitas por homens;

VI – limpeza de bocas de lobo, ramais, galerias consistindo na desobstrução desses locais que deverão ser realizados por homens;

VII – outros serviços necessários que se fizerem necessários às Secretarias Municipais que poderão ser realizados por homens e

Acesso ao Sumário

mulheres.

Artigo 4º – A carga horária de atividades do Programa será de 40 (quarenta) horas semanais já incluídas aquelas destinadas à freqüência nas atividades previstas nos incisos I, II e III do artigo 2º da Lei nº 4.932, de 25 de janeiro de 2007".

Dessarte, observando o que tem decidido o Colendo Supremo Tribunal Federal, retrata-se do que foi julgado.

A ação é procedente.

Em suma, alega-se a existência de vícios de inconstitucionalidade material, por previsão de hipóteses de contratação temporária não caracterizadas por necessidade temporária de excepcional interesse público.

Alega o autor afronta aos artigos 111 e 115, incisos II e X, da Constituição Estadual, bem como os artigos 29 e 37, inciso IX da Constituição Federal[1]:

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

***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 comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração;*

[...]

***X** – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;*

Passo a analisar os vícios de inconstitucionalidade apontados.

Dos dispositivos constitucionais mencionados, verifica-se que a contratação por tempo determinado no serviço público, feita por meio do chamado regime especial, é admitida em situações de comprovada necessidade, desde que essa necessidade seja temporária e de excepcional interesse público.

Como ensina José dos Santos Carvalho Filho, "o regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis. O primeiro deles é a *determinabilidade temporal* da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatuário e trabalhista [...]. Depois, temos o pressuposto da *temporariedade*

1 Aplicáveis aos Municípios em função do disposto no artigo 144 da Constituição do Estado, segundo o qual "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.

Acesso ao Sumário

da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. [...] O último pressuposto é a *excepcionalidade* do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o termo *excepcional* para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores" (**Manual de direito administrativo**, 27ª ed., São Paulo: Editora Atlas S/A, 2014, pp. 610-611).

À evidência, a contratação por tempo determinado é hipótese de exceção à necessidade do concurso público, devendo, portanto, ser interpretada restritivamente, em busca da máxima observância aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da eficiência na Administração Pública.

Por essa razão, para que seja constitucional a contratação temporária para a prestação de serviço público, devem estar preenchidos os requisitos da indispensabilidade, da temporalidade e da excepcionalidade, inerentes à contratação por prazo determinado.

No caso em tela, a lei impugnada do Município de Assis, ao criar o programa de assistência ao trabalhador desempregado, em evidente caráter assistencial, não atende as regras determinadas pelas Constituições, Federal e Estadual, violando, assim, o princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos, além dos princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade.

Tais fundamentos foram reiterados pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento que teve a repercussão geral reconhecida (Tema nº 612), acrescentando-se que é vedada a contratação para serviços ordinários e permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração, nos seguintes termos:

> *"Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, 'à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos'. 2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o*

cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração. 4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. 5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de la culture de gestion*, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para 'cultura de gestão estratégica') que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva. 6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito* ex nunc*, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social"* (RE nº 658.026, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 09/04/2014, grifou-se).

Verifica-se, na hipótese, ofensa aos princípios da razoabilidade, da moralidade e da impessoalidade, previstos no artigo 111 da Constituição Estadual.

Acesso ao Sumário

Contudo, em observância ao princípio da segurança jurídica, os valores eventualmente recebidos de boa-fé pelos funcionários contratados temporariamente, enquanto vigente a norma questionada, são irrepetíveis, visto que tais verbas possuem natureza alimentar.

Diante do exposto, observando o que tem decidido o Colendo Supremo Tribunal de Federal, retrata-se do que foi julgado, para julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 4.932, de 25 de janeiro de 2007, e, por arrastamento, dos Decretos nº 5.311, de 21 de fevereiro de 2007, e nº 5.967, de 16 de março de 2011, do Município de Assis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2251300-90.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. MÁRCIO BARTOLI. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.588)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI, PINHEIRO FRANCO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, RICARDO ANAFE e BERETTA DA SILVEIRA julgando a ação procedente em parte; e PEREIRA CALÇAS (Presidente), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ (com declaração), GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e ÁLVARO PASSOS julgando a ação procedente.

São Paulo, 23 de maio de 2018.

MÁRCIO BARTOLI, Relator Designado

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal de Ribeirão Preto. Programa de valorização e universalização da cultura por meio da leitura e ampliação do acesso a bibliotecas municipais.

I. Educação e cultura. Competência legislativa concorrente entre União e Estados. Art. 24, IX, CF. Exercício de legítima competência legislativa municipal, nos limites do interesse local. Art. 30, I, CF. Efetividade aos arts. 205 e 215, CF, e 237, VI e VIII, CE.

II. Não configurada infringência ao rol constitucional taxativo de iniciativas legislativas reservadas ao Chefe

Acesso ao Sumário

do Executivo. Tese de Repercussão Geral nº 917 do STF.

III. Conteúdo normativo que não se confunde com ato concreto de gestão. Tampouco com planejamento e gerenciamento de serviços públicos municipais. Respeitada a margem de discricionariedade e conveniência da administração pública, a ser exercida no momento da regulamentação e execução da norma. Previsão apenas de diretrizes e objetivos para a implementação do programa de estímulo à leitura e ao uso de bibliotecas. Instrumentos mínimos para garantir a exequibilidade e eficácia da determinação legal introduzida no ordenamento. Competência do Legislativo estabelecer os direitos e obrigações inovadores no ordenamento, delimitando o âmbito e os limites a serem observados pelo Executivo no exercício do poder regulamentar. Inocorrência de invasão pelo Legislativo de atividade típica do Executivo. Funções típicas da administração pública de regular, fiscalizar e executar leis.

IV. Ausência de indicação de recursos financeiros não pode conduzir ao reconhecimento de inconstitucionalidade, importando, no máximo, na inexequibilidade da norma no exercício orçamentário em que aprovada. Inexistência de ofensa ao art. 25, CE.

V. Art. 5º. Inconstitucionalidade. A. Determinação de prazo para o Prefeito Municipal exercer seu papel regulamentar. Interferência no juízo de conveniência e oportunidade da administração municipal. Posição majoritária do Órgão Especial. B. Natureza, ademais, autorizativa do dispositivo legal. Afronta ao princípio da legalidade. Exigência de lei, dotada de obrigatoriedade ínsita, para a criação de direitos e obrigações no ordenamento jurídico. Vedada a transferência do exercício dessa função típica à administração municipal. C. Ainda que se interprete a norma como sendo de natureza impositiva, trata-se de ordem para celebração de contrato ou convênio a órgãos específicos da administração. Criação de atribuições às Secretarias Municipais de Educação e

Acesso ao Sumário

Cultura. Questão afeta à organização administrativa e funcionamento do Executivo. Transgressão ao art. 47, II, XIV e XIX, *a*, CE. Pedido julgado parcialmente procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal de Ribeirão Preto, impugnando a Lei nº 13.699, de 21 de dezembro de 2015, que **"dispõe sobre a universalização do 'acesso à cultura', institui 'biblioteca cidadã', e dá outras providências"**.

2. Adotado o relatório constante do voto do E. Relator Sorteado, **ouso, porém, divergir da posição adotada por S. Exa.. E, por esta declaração de voto, julgo o pedido da presente ação parcialmente procedente.**

A lei impugnada tem a seguinte redação:

"Faço saber que a Câmara Municipal aprovou o Projeto de Lei nº 1002/2015, de autoria do Vereador Dr. Jorge Parada eu promulgo a seguinte lei:

Art. 1º. Como forma de universalização do acesso à cultura referido no caput do art. 215 da Constituição da República, fica instituída a 'Biblioteca Cidadã' no Município de Ribeirão Preto, de modo a promover:

I – a conscientização do acesso à cultura como um direito fundamental da pessoa humana;

II – o pleno exercício dos direitos culturais;

III – o acesso às fontes da cultura nacional;

IV – a valorização e a difusão das manifestações culturais;

V – o respeito aos valoras culturais.

Parágrafo Único – A 'Biblioteca Cidadã' tem como objetivo central facilitar, a todos, o acesso às fontes da cultura é o pleno exercício dos direitos culturais, mediante a utilização de espaço físico da rede pública municipal de ensino.

Art. 2º. As escolas públicas municipais, bem como as demais unidades da rede municipal de ensino, deverão possuir bibliotecas que possibilitem o acesso da comunidade local e da comunidade do entorno dessas unidades.

Parágrafo único – Sempre que possível, as bibliotecas das unidades da rede municipal de ensino deverão ter entrada própria, com porta de acesso na área externa dos prédios, respeitando as condições de segurança dos alunos e o patrimônio municipal.

Art. 3º. As bibliotecas municipais deverão possuir acervo próprio de livros capaz de atender à comunidade do entorno da biblioteca.

Acesso ao Sumário

Parágrafo Único – O empréstimo dos livros deverá ser regulamentado em regimento interno das bibliotecas, respeitando-se o percentual máximo de 70% dos empréstimos para a Comunidade Local.

Art. 4º. As bibliotecas municipais já existentes, situadas em prédios da rede municipal de ensino, deverão adaptar-se às exigências desta lei em prazo a ser determinado pelo Executivo.

Art. 5º. Esta lei será regulamentada pelo Poder Executivo em até 90 (noventa) dias e que poderá dispor, inclusive, sobre possível parceria entre a Secretaria Municipal de Educação e a Secretaria Municipal de Cultura.

Art. 6º. As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 7º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Palácio Rio Branco

DÁRCY VERA

Prefeita Municipal."

3. Verifica-se que a norma dispõe sobre a instituição de **programa de valorização e universalização da cultura por meio da leitura e ampliação do acesso a bibliotecas municipais.**

Trata-se de matéria – **educação e cultura** – submetida constitucionalmente à competência legislativa concorrente entre União e Estados (artigo 24, inciso IX da Constituição Federal), que pode ser disciplinada e tutelada no **âmbito municipal nos limites do interesse local**, como ocorreu no caso em análise, de acordo com o artigo 30, I, da Constituição Federal.

A propósito, cuida-se de disposição legal que busca dar efetividade aos artigos 205 e 215, ambos da Constituição Federal[1], bem como ao artigo 237, incisos VI e VIII da Constituição do Estado de São Paulo[2].

E, dada a autonomia constitucional da Câmara de Vereadores no exercício de sua atividade legislativa **típica**, não restou configurada ofensa material à regra da separação dos poderes ou vício formal de invasão a iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo.

4. Isso, porque a lei **não cria ou extingue cargos**, funções ou empregos públicos, e não fixa a respectiva remuneração; **não cria ou extingue Secretarias**

1 "Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, **visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.**"
"Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, **e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.**"

2 "Artigo 237 – A educação, ministrada com base nos princípios estabelecidos no artigo 205 e seguintes da Constituição Federal e inspirada nos princípios de liberdade e solidariedade humana, tem por fim:
(...) VI – a preservação, difusão e expansão do **patrimônio cultural**;
(...) VIII – **o desenvolvimento da capacidade de elaboração e reflexão crítica da realidade.**"

e órgãos da administração pública; e, finalmente, **não dispõe sobre servidores públicos ou sobre militares, tampouco sobre os respectivos regimes jurídicos**. Nada há a indicar, por conseguinte, infringência às iniciativas legislativas constitucionalmente reservadas ao Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 24, parágrafo 2º da Constituição Paulista.

A norma combatida não amplia a estrutura da administração pública e faz menção expressa, em seu artigo 2º, à utilização do **espaço físico** – leia-se: **já existente** – das escolas do município.

E, ainda que houvesse efetiva criação de gastos, a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** afastou a tese de que qualquer projeto de lei que implique a geração de gastos à administração pública restaria adstrito à iniciativa do Chefe do Poder Executivo: *"Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local.* ***Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo.*** *As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas,* ***em 'numerus clausus'****, no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes."*[3]

Ademais, ao examinar a controvérsia acerca da competência para iniciativa de lei municipal que preveja a obrigatoriedade de **instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais e cercanias**, a própria Corte Suprema consolidou a **Tese nº 917 de Repercussão Geral,** no sentido de que *"não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, 'a', 'c' e 'e', da Constituição Federal)"*.

Reitera-se: não faria sentido o acolhimento da tese de usurpação de atividade exclusiva do Executivo no caso dos autos, em que se **criou apenas programa de incentivo à leitura** na rede de ensino e de instalação de bibliotecas locais, **se o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a validade até mesmo de lei municipal que exija da administração a instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais.**

5. A criação do referido programa na rede de ensino e nas bibliotecas municipais também não se constitui em **ato concreto ou específico de gestão, tampouco se confunde com planejamento e gerenciamento de serviços públicos municipais.**

Vale observar que, **ao prever entrada própria para as bibliotecas, a lei apenas define uma forma de assegurar o amplo acesso da comunidade do entorno a essa fonte de cultura, porém deixa claro que a passagem**

3 ADI 3394/AM – Rel. Min Eros Grau, j. 02 de abril de 2007.

independente deverá ser implementada sempre que possível, respeitando a margem de discricionariedade e conveniência da administração pública, a ser exercida no momento da regulamentação e execução da norma.

Limita-se o texto guerreado a estabelecer um programa de estímulo à leitura e ao uso de bibliotecas, com **diretrizes e objetivos** para sua implementação e **instrumentos mínimos para garantir a exequibilidade e eficácia da determinação legal introduzida no ordenamento**. A partir dessas previsões genéricas e abstratas, caberá à administração pública a sua efetivação, repete-se, segundo critérios de oportunidade e conveniência, por meio de **provisões especiais**.

Cumpre ressaltar que é de competência do Poder Legislativo, ao criar a lei, estabelecer os direitos e obrigações inovadores no ordenamento – de forma abstrata, porém **com caráter de obrigatoriedade** – delimitando, assim, **o âmbito e os limites** a serem observados pelo Poder Executivo no exercício do poder regulamentar. Os novos direitos da comunidade ribeirão-pretana e as obrigações instituídas para o seu cumprimento devem surgir (leia-se: identificados com caráter de originalidade) justa e legitimamente **por meio da lei ora contestada**, e não em atos concretos regulamentares.

Nas palavras de **Celso Antônio Bandeira de Mello**[4]: *"(...) ao regulamento desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação novos. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento. Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. (...) É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. E esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciadoras do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas. Deveras, disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-la. Fora isto possível, e a segurança de que 'ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' deixaria de se constituir em proteção constitucional. Em suma: não mais haveria a garantia constitucional aludida, pois os ditames ali insculpidos teriam sua valia condicionada às decisões infraconstitucionais, isto é, às que resultassem do querer do legislador ordinário. (...) 27. Por isto, a lei que limitar-se a (pretender) transferir ao Executivo o poder de ditar, por si,*

Acesso ao Sumário

4 Curso de Direito Administrativo, 29ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2012, págs. 359/360

as condições ou meios que permitem restringir um direito configura delegação disfarçada, inconstitucional."

Inviável, assim, falar-se em invasão pelo Legislativo de atividade típica do Poder Executivo, vez que a referida norma utiliza-se apenas de estrutura estatal preexistente, importando à administração pública nada mais que o exercício de suas funções típicas de regulação, fiscalização e **execução**.

A propósito das funções da Câmara Municipal, salienta Hely Lopes Meirelles: *"**A atribuição típica e predominante da Câmara é a normativa**, isto é, a **de regular a administração do Município** e a conduta dos munícipes no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; **estabelece, apenas, normas de administração**. Não executa obras e serviços públicos; **dispõe, unicamente, sobre sua execução**. Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura; edita, tão somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada nem aplica as rendas locais; institui ou altera tributos e autoriza sua arrecadação e aplicação. Não governa o Município; mas **regula e controla a atuação governamental do Executivo**, personalizado no prefeito. Eis aí a distinção marcante entre a missão normativa da Câmara e a função executiva do prefeito; **o Legislativo delibera e atua com caráter regulatório, genérico e abstrato**; o Executivo consubstancia os mandamentos da norma legislativa em atos específicos e concretos de administração".*[5]

Logo, não se pode perder de vista que **a função típica da Câmara Municipal é, justamente, a normativa**, o que inclui não só, como destaca o referido autor, estabelecer normas de administração, mas também dispor sobre a execução de programa visando ao estímulo da leitura e à majoração do acesso às fontes culturais, medidas fundamentais para a educação.

6. Também **não se pode invalidar norma abstrata** delineadora de programa dirigido ao incentivo à cultura a um direito social como a educação, sob o pretexto de ausência de indicação de recursos financeiros para a espécie de encargos gerados à administração, os quais, vale enfatizar, **não se mostram impactantes o suficiente a ensejar a necessidade de previsão específica de novas fontes financeiras.**

Por certo, a falta de previsão de dotação orçamentária específica não poderá se constituir em inafastável vício de constitucionalidade, vez que possíveis tanto o remanejamento orçamentário, quanto sua complementação com verbas adicionais para a acomodação das novas despesas. Possível, ademais, em última análise, a postergação do planejamento dos novos gastos para o exercício orçamentário subsequente, para que a administração preserve a integridade de suas finanças.

Nesse sentido dispõe a própria Constituição do Estado, que veda, em seu artigo 176, o início de programas, projetos e atividades não incluídos na

Acesso ao Sumário

5 *Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros Editores: São Paulo, 17ª edição, 2013, p. 631, destacado.

lei orçamentária anual, bem como a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Ausente específica previsão orçamentária do gasto, e restando impossível a complementação do orçamento, deverá o dispêndio ser incluído já no orçamento subsequente.

Tratar-se-ia, portanto, de mero caso de inexequibilidade da norma, fundamento que, todavia, não se presta a torná-la inconstitucional, sobretudo porque o encargo criado no presente caso não provoca impacto significativo no orçamento.

Nesse sentido, inclusive, firmou-se a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**, afirmando reiteradamente que a mera carência de dotação orçamentária específica não pode conduzir ao reconhecimento da existência de vício de constitucionalidade, importando, no máximo, na inexequibilidade da norma no exercício orçamentário em que aprovada.

A esse título, veja-se o voto do Ministro Nelson Jobim, relator da ADI 2.343: *"Eu não vislumbro, em análise preliminar,* ***vinculação da criação de cargo com a atual receita orçamentária****. A própria lei previa que isso seria para o futuro e que, na medida em que a Lei de Diretrizes pudesse atender os percentuais,* ***seriam preenchidos os cargos na medida das permissibilidades orçamentárias****, decorrentes da Lei de Diretrizes Orçamentárias. (...)* ***Observa-se que o conteúdo material da norma encerra uma proposição no tempo futuro a ser cumprida pelo Poder Executivo.*** *O que a Lei de Diretrizes Orçamentárias gera ao disciplinar servirá de parâmetros, obedecendo os limites a ela impostos.* ***Este Tribunal já se pronunciou no sentido de que a inexistência de autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias torna inexequível, no exercício em que ela vige, as providências não autorizadas, mas não as invalida, nem as nulifica****."*[6]

Esse precedente foi, por diversas vezes, reafirmado por aquela Corte, conforme se verifica do seguinte excerto, retirado de voto do **Ministro Gilmar Mendes** no julgamento da ADI 3.599: *"****O tema é conhecido do Supremo Tribunal Federal há bastante tempo.*** *Na ADI 1292-MT, Rel. Ilmar Galvão, unânime, DJ de 15.9.1995, sagrou-se o entendimento de que* ***não se viabiliza controle abstrato de constitucionalidade*** *quando se pretende confrontar norma que impõe despesa alusiva à vantagem funcional e ao art. 169 da Constituição,* ***pois a ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro****. Outros precedentes seguiram-se,* ***todos no sentido do não conhecimento da ação direta quando fundada no argumento da ausência de prévia dotação orçamentária para a realização de despesas*** *(ADI 1585 DF, Rel. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ de 3.4.1998; ADI 2.339 SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343 SC,*

6 ADI 2343/SC – Rel. Min. Nelson Jobim – j. 29.03.2001.

Acesso ao Sumário

Rel. Nelson Jobim, maioria, DJ 13.6.2003).”[7]

Inexiste, assim, na norma impugnada, ofensa à regra contida no artigo 25 da Constituição do Estado.

7. No entanto, ressalvada a posição pessoal deste relator, em respeito à posição da maioria julgadora, o artigo 5º da lei ribeirão-pretana deve ser declarado inconstitucional, na medida em que determina prazo para o Prefeito Municipal exercer seu papel regulamentar. De acordo com o entendimento majoritário deste Órgão Especial, exposto pelo E. Desembargador Ricardo Anafe no julgamento da ADI nº 2020282-35.2017.8.26.0000, *“a imposição de que o Executivo regulamente a norma ‘no prazo de 90 (noventa) dias contados da data de sua publicação’ (Cf. artigo 3º, in fine), interfere diretamente no juízo de conveniência e oportunidade da Administração Municipal, invadindo a esfera de competência própria do Poder Executivo”*.

Acresça-se que a previsão ora invalidada tem natureza autorizativa, em afronta ao princípio da legalidade, insculpido nos artigos 5º, II[8], e 37[9], ambos da Constituição Federal, e 111[10] da Constituição Paulista. A atuação de toda autoridade pública deve se submeter à **soberania da lei**, sendo certo, portanto, que em nosso Estado de Direito exige-se **lei**, dotada de **obrigatoriedade** ínsita, para a **criação** de novos direitos e obrigações no ordenamento jurídico. Não pode o legislador transferir o exercício dessa típica função à administração municipal, a quem caberá, em verdade, instituir as regras criadas pelo artigo 5º, caso mantida a sua validade. E, ainda que se interprete tal artigo como sendo de caráter impositivo, a ordem para a celebração de contrato ou convênio a órgãos **específicos** da administração, estipulando-se atribuições às Secretarias Municipais de Educação e Cultura, abrange questão afeta à organização administrativa e funcionamento do Poder Executivo, o que configura transgressão ao artigo 47, incisos II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual.

8. Ante o exposto, por este voto, julga-se parcialmente procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade apenas do artigo 5º da Lei nº 13.699, de 21 de dezembro de 2015, de Ribeirão Preto.

7 ADI 3599/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. 21.05.2007.

8 Art. 5º, CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

9 Art. 37, CF. 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 (...).

10 Artigo 111, CE. 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.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 3480/18)

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Ribeirão Preto. Lei municipal n. 13.699, de 21 de dezembro de 2015, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a universalização do acesso à cultura, institui "Biblioteca Cidadã" e incumbe o Poder Executivo Municipal de adequar os prédios da rede municipal de ensino às exigências que prevê, além de fixar prazo para sua regulamentação. Caracterização de ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Lei impugnada que importou a prática de atos de caráter administrativo, próprios do Poder Executivo. Matéria cuja regulamentação está inserida na esfera privativa do Chefe do Poder Executivo. Geração de despesa pública nova sem previsão da respectiva fonte de custeio. Imposição de obrigação ao Executivo, por meio da determinação de prazo para regulamentação da lei. Inconstitucionalidade caracterizada. Precedentes deste C. Órgão Especial. Ação procedente.

V I S T O S.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal de Ribeirão Preto, voltada contra a Lei Municipal n. 13.699, de 21 de dezembro de 2015, que *"Dispõe sobre a universalização do 'acesso à cultura', institui 'Biblioteca Cidadã', e dá outras providências"* (p. 12/13). Sustentou o autor que a lei impugnada, de iniciativa parlamentar, contrasta com o que dispõem os arts. 5º; 37; 47, II; 144; 174, I, II e III e §§ 1º, 2º, 3º e 4º da Constituição Estadual, pois representa usurpação, por parte do Poder Legislativo, de atribuições pertinentes a atividade própria do Poder Executivo, quais sejam o planejamento e o gerenciamento dos serviços públicos municipais; disse que a norma em apreço objetivou disciplinar o serviço público prestado pela Secretaria Municipal de Educação de forma concreta e específica, mediante instituição de verdadeira política pública governamental, com o que invadiu a órbita de competência do Chefe do Poder Executivo; asseverou que à Câmara Municipal cabe legislar de maneira genérica e abstrata, e que apenas o Chefe do Poder Executivo pode avaliar a possibilidade, a conveniência e a oportunidade de disciplinar a execução do serviço público, nos termos do art. 47, II, da

Acesso ao Sumário

Constituição Estadual; asseverou que o programa proposto gera renúncia de receita, razão pela qual deveria ser previsto nas leis orçamentárias, e que pertence ao Prefeito Municipal a titularidade da iniciativa de projetos de lei do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, bem como das leis que os modifiquem, conforme dispõem os arts. 174, I, II e III, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Constituição do Estado de São Paulo. Não houve pedido de medida liminar (p. 27). Citado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado se absteve de defender o ato impugnado, haja vista tratar-se de matéria de interesse exclusivamente local (p. 35/36). A Câmara Municipal de Ribeirão Preto apresentou informações no sentido de que o projeto que deu origem à Lei Municipal n. 13.699/2015 tramitou regularmente e não caracteriza usurpação nem invasão das atribuições constitucionais do Poder Executivo (p. 40/42). A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer pela procedência da ação (p. 46/58).

É o relatório.

Pretende o Prefeito Municipal de Ribeirão Preto ver declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 13.699, de 21 de dezembro de 2015, do Município de Ribeirão Preto, que *"Dispõe sobre a universalização do 'acesso à cultura', institui 'Biblioteca Cidadã', e dá outras providências"* e o faz nos seguintes termos (p. 12/13):

"Art. 1º. Como forma de universalização do acesso à cultura referido no caput do art. 215 da Constituição da República, fica instituída a 'Biblioteca Cidadã' no Município de Ribeirão Preto, de modo a promover:

I – a conscientização do acesso à cultura como um direito fundamental da pessoa humana;

II – o pleno exercício dos direitos culturais;

III – o acesso às fontes da cultura nacional;

IV – a valorização e a difusão das manifestações culturais;

V – o respeito aos valores culturais.

Parágrafo único. A 'Biblioteca Cidadã' tem como objetivo central facilitar, a todos, o acesso às fontes da cultura é o pleno exercício dos direitos culturais, mediante a utilização de espaço físico da rede pública municipal de ensino.

Art. 2º. As escolas públicas municipais, bem como as demais unidades da rede municipal de ensino, deverão possuir bibliotecas que possibilitem o acesso da comunidade local e da comunidade do entorno dessas unidades.

Parágrafo único. Sempre que possível, as bibliotecas das unidades da rede municipal de ensino deverão ter entrada própria, com porta de acesso na área externa dos prédios, respeitando as condições de segurança dos alunos e

Acesso ao Sumário

o patrimônio municipal.

Art. 3º. As bibliotecas municipais deverão possuir acervo próprio de livros capaz de atender à comunidade do entorno da biblioteca.

Parágrafo único. O empréstimo dos livros deverá ser regulamentado em regimento interno das bibliotecas, respeitando-se o percentual máximo de 70% dos empréstimos para a Comunidade Local.

Art. 4º. As bibliotecas municipais já existentes, situadas em prédios da rede municipal de ensino, deverão adaptar-se às exigências desta lei em prazo a ser determinado pelo Executivo.

Art. 5º. Esta Lei será regulamentada pelo Poder Executivo em até 90 (noventa) dias e que poderá dispor, inclusive, sobre possível parceria entre a Secretaria Municipal de Educação e a Secretaria Municipal de Cultura.

Art. 6º. As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 7º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário".

Acerca da competência privativa do Poder Executivo municipal, pertinente observar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em sede de repercussão geral (Tema 917), no seguinte sentido:

"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" (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 878.911/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 30.09.2016).

Não obstante, do exame do ato normativo impugnado extrai-se que a Lei n. 13.699, de 21 de dezembro de 2015, do Município de Ribeirão Preto invadiu a competência privativa do Chefe do Executivo Municipal, bem como criou encargos para a Administração, relativos ao planejamento, regulamentação e gerenciamento dos serviços e políticas públicas municipais.

Não se descura do elevado propósito da lei, que busca ampliar o acesso da população em geral à cultura, por meio da criação do programa governamental denominado *"Biblioteca Cidadã"*; porém, também é verdade que o Poder Legislativo não pode impor ao Poder Executivo ato normativo que represente violação ao princípio da Separação de Poderes, previsto no artigo 5º, e artigo

47, incisos II, V, XI e XIV, da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do artigo 144, da Carta Paulista.

Com efeito, a aludida lei, cujo projeto derivou de iniciativa parlamentar, impôs ao Poder Executivo a prática de atos administrativos e a obrigação de providenciar o custeio das determinações que prescreve, prevendo, inclusive, a adaptação dos prédios da rede municipal de ensino para atender às exigências nela contidas (cf. art. 4º).

Este Órgão Especial já assentou o entendimento de que o poder de iniciativa de matéria relacionada à administração do Município pertence ao Chefe do Executivo. A este incumbe, portanto, não só o exercício dos atos de gerência das atividades municipais, como também a iniciativa das leis necessárias à execução das tarefas que lhe cabem.

Nesse sentido, confira-se:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 5.892, de 17 de novembro de 2016, que 'cria o programa de atendimento e acompanhamento domiciliar ao paciente terminal de câncer no âmbito de Sumaré e dá outras providências'. Deflagração do processo legislativo por parlamentar. Impossibilidade na espécie. Matéria de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Afronta aos artigos 5º, 47, II, XI e XIV, e 144, todos da Constituição Estadual. Ingerência nas atividades próprias de direção da cidade. Inadmissibilidade. Previsão de prazo para regulamentação da lei. Imposição ao Executivo de obrigação. Descabimento. Invasão, também neste tópico, do Poder Legislativo na esfera da competência privativa do Chefe do Poder Executivo local. Não cabe ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, ainda que por lei, praticar atos de caráter administrativo próprios do Poder Executivo, cuja atuação privativa na deflagração do processo legislativo está definida no texto constitucional. Essa prática legislativa de invadir a esfera de competência exclusiva do Executivo, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação 'ultra vires' do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais. Fonte de Custeio. Ausência de indicação expressa. Inconstitucionalidade não caracterizada. Artigos 25, 174, inciso III e 176, inciso I, todos da Constituição Estadual. Lei que cria despesas, a despeito da falta de indicação da fonte de custeio, não deve ser declarada inconstitucional, mas apenas fica impedida de ter sua exequibilidade no exercício em que foi criada. Precedentes desta Corte e do E. Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Pedido procedente". (ADI n. 2182824-97.2017.8.26.0000, rel. Des. Ricardo Anafe, j. 14.03.2018).

Acesso ao Sumário

"Direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 13.997/2017 que estabelece a 'toda mulher usuária da Rede de Saúde Pública do Município de Ribeirão Preto terá direito à investigação que detecta a trombofilia e em caso de suspeita da doença, ela terá direito ao exame e ao respectivo tratamento no caso positivo da enfermidade'. Vício de iniciativa. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Violação aos artigos 5º, caput; 24, parágrafo 2º, item II; 47, incisos II, XIV e XIX, alínea 'a'; 111 e 144 da Constituição Estadual. Ação Procedente". (ADI n. 2144176-48.2017.8.26.0000, rel. Des. Sérgio Rui, j. 14.03.2018).

Não obstante, há ainda outros fundamentos que indicam a inconstitucionalidade da lei conspurcada.

A lei em comento atribuiu ao Poder Executivo Municipal as tarefas de adequar os prédios das escolas da rede municipal às exigências do projeto "Biblioteca Cidadã", tais como possuir *"entrada própria, com porta de acesso na área externa dos prédios"*, e ainda manter *"acervo próprio de livros capaz de atender à comunidade do entorno da biblioteca"*, mas deixou de indicar especificamente a fonte dos recursos disponíveis para atendimento desses encargos e força a criação de estrutura específica de atendimento ao público.

Não se olvida que a previsão genérica, ou mesmo a falta de indicação de fonte de custeio, não causa, por si só, a inconstitucionalidade de lei, senão sua ineficácia no exercício financeiro respectivo à sua vigência. Entretanto, na hipótese de a lei de iniciativa parlamentar criar ou impor atribuição ao Poder Executivo ou seus órgãos, de modo que demande diretamente a realização de despesa pública não prevista no orçamento para atendimento de novos encargos, com ou sem indicação específica de sua fonte de cobertura inclusive para os exercícios seguintes, ela se mostra incompatível com o que dispõem os arts. 25, 174, III e 176, I, da Constituição Estadual, também pelo fato de que é reservada ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa legislativa sobre o orçamento anual.

Além disso, de rigor observar que não cabe ao Poder Legislativo impor prazo ao Poder Executivo para regulamentação da lei, haja vista que a este último assiste, como lhe asseguram os preceitos constitucionais que disciplinam a matéria, o juízo de conveniência e oportunidade para editar o ato regulamentador.

Dessa forma, a imposição legal de obrigação ao Poder Executivo pelo Poder Legislativo consubstancia-se tanto quanto em ofensa ao disposto nos arts. 5º e 47, III, XI e XIV, da Constituição Estadual.

Portanto, a norma impugnada, também quanto a este particular, importou usurpação da competência privativa do Chefe do Poder Executivo, ao estabelecer a previsão de 90 (noventa) dias para a regulamentação da lei pelo Prefeito (cf. art. 5º).

Nesse sentido, já decidiu este Órgão Especial:

Acesso ao Sumário

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 7.744, DE 14 DE JANEIRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE MARÍLIA, QUE DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE COLOCAÇÃO DE PROTETOR HIGIÊNICO DESCARTÁVEL E RECICLÁVEL PARA ASSENTO SANITÁRIO EM TODOS OS LOCAIS PÚBLICOS E PRIVADOS QUE POSSUAM BANHEIROS PÚBLICOS. Ausência de afronta aos artigos 25 e 24, § 2º, da Carta Bandeirante. Ingerência do legislativo ao estabelecer a obrigação ao Executivo, quando dispõe sobre a obrigatoriedade de colocação de protetor higiênico descartável e reciclável nos estabelecimentos públicos. Afronta ao artigo 47, II, XI, XIV e XIX, 'a', da Constituição do Estado de São Paulo. Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto para excluir-se da abrangência do artigo 1º da lei impugnada, os 'estabelecimentos públicos'. Declaração de inconstitucionalidade do inciso III, do art. 2º da norma que determina ao Executivo prazo para sua regulamentação. 'A fixação de prazo para regulamentação ofende o princípio da separação dos poderes – Violação aos artigos 5º e 47, incisos II e XIV, da Constituição Estadual'. Ação parcialmente procedente". (ADI n. 2026974-50.2017.8.26.0000, rel. Xavier de Aquino, j. 28.06.2017).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal nº 8.437, de 11.06.15 do Município de Jundiaí, instituindo, na rede municipal de ensino, o fornecimento de merenda escolar diferenciada para os alunos diabéticos, obesos e celíacos. Fixação de prazo para a regulamentação da norma legal. Inadmissibilidade. Ingerência na organização administrativa. Ao Legislativo não cabe estipular prazo para que o Executivo regulamente a norma. Desrespeito à separação dos poderes. Precedentes. Afronta aos arts. 5º; 47, incisos II e XIV; 144 da Constituição Bandeirante. Procedente, em parte, a ação" (ADI n. 2155233-97.2016.8.26.0000, rel. Evaristo dos Santos, j. 01.02.2017).

Como se vê, é irrecusável a incompatibilidade da legislação municipal impugnada com os artigos 5º; 24, § 2º, '2'; 25; 47, II, XIV e XIX, 'a' e 174, III, e 176, I, da Constituição Estadual, razão pela qual devem mesmo ser declarada inconstitucional.

Ante o exposto, julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 13.699, de 21 de dezembro de 2015, do Município de Ribeirão Preto.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Desembargador, Relator sorteado vencido

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2207904-63.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE TAQUARITINGA e PREFEITO MUNICIPAL DE TAQUARITINGA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITOS 'EX TUNC' E RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.376)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO, ELCIO TRUJILLO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 23 de maio de 2018.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTIGO 47 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 4.328, DE 22 DE MARÇO DE 2016, DO MUNICÍPIO DE TAQUARITINGA/SP, QUE PREVÊ AUTOMÁTICA INCORPORAÇÃO DA 'GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO' NA REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS DE AUTARQUIA MUNICIPAL – VIOLAÇÃO AOS PARÂMETROS INSCULPIDOS NO ART. 128 DA CONSTITUIÇÃO PAULISTA PARA FIXAÇÃO DE VANTAGENS DE QUALQUER NATUREZA A SERVIDOR PÚBLICO – AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO – DISPOSITIVO QUE INSTITUIU A VANTAGEM, ADEMAIS, JÁ DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO C. ÓRGÃO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS A JUSTIFICÁ-LA,

Acesso ao Sumário

TAMPOUCO AS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E RAZOABILIDADE EXPRESSOS NO ARTIGO 111 DA CARTA BANDEIRANTE – OBSERVAÇÃO QUANTO À IRREPETIBILIDADE DAS PARCELAS PAGAS ATÉ O CUMPRIMENTO DA LIMINAR DEFERIDA 'INITIO LITIS' – PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E SEGURANÇA JURÍDICA – PEDIDO INICIAL PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Ação direta de inconstitucionalidade voltada contra artigo 47 da Lei Complementar nº 4.328, de 22 de março de 2016, do Município de Taquaritinga/SP, que *"dispõe sobre o Plano de Cargos, Vencimentos e Carreiras dos servidores públicos municipais do SAAET – Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Taquaritinga"*.

Delineada ***causa petendi*** repousa na alegada concessão de gratificação e respectiva incorporação à remuneração de servidores públicos municipais, sem critérios objetivos determinados, ou mesmo baseada em critérios discricionários, a indicar violação aos artigos 5º, 24, § 2º, "1", 111, 128 e 144 da Carta Bandeirante.

Liminar deferida a fls. 481/482, decisão mantida incólume a despeito da interposição de agravo regimental, nos termos do v. acórdão acostado a fls. 562/567.

Citado, o Procurador-Geral do Estado manifestou-se a fls. 526/527, apontando desinteresse na defesa da lei contrastada, por tratar de matéria exclusivamente local.

Informações prestadas pelo Presidente da Câmara Municipal de Taquaritinga/SP (fls. 513/519) defendem a higidez do dispositivo impugnado, que não enseja aumento remuneratório, mas apenas concede a incorporação de gratificação já percebida nos vencimentos dos servidores públicos. Acrescenta que o processo legislativo originário foi de iniciativa do alcaide local. Transcorreu ***in albis*** o prazo para manifestação do Prefeito Municipal, apesar de regularmente intimado (fls. 509, 528 e 573).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer colacionado a fls. 576/583, reiterou as razões iniciais e insistiu na procedência da pretensão.

É o Relatório.

A presente ação direta de inconstitucionalidade tem como objetivo a declaração de nulidade do artigo 47 da Lei Complementar nº 4.328, de 22 de

Acesso ao Sumário

março de 2016, do Município de Taquaritinga/SP, diploma este que "*dispõe sobre o Plano de Cargos, Vencimentos e Carreiras dos servidores públicos municipais do SAAET – Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Taquaritinga*" (fls. 24/32). Eis teor do dispositivo impugnado (fls. 32):

> "***Art. 47.*** *Na data de entrada em vigor desta Lei Complementar, serão incorporadas automaticamente ao patrimônio do funcionário efetivo a Gratificação de Representação criada nos termos do art. 59 da Lei Municipal nº 2.924, de 19 de dezembro de 1997, na proporção que o servidor estiver percebendo."*

Por sua vez, aludido no dispositivo aqui atacado, o artigo 59 da Lei nº 2.924, de 19 de dezembro de 1997 (que *"dispõe sobre a estruturação do Plano Geral de Cargos, Vencimentos e Salários do Quadro de Pessoal da Prefeitura Municipal de Taquaritinga e dá outras providências"* – fls. 249/323), outorgava ao Prefeito Municipal plena discricionariedade para atribuição de "gratificação de representação" a funcionários, servidores ou empregados públicos municipais, em percentual variável, nos termos a seguir (fls. 266):

> *"Artigo 59 – Poderá o Prefeito Municipal sempre que julgar necessário, atribuir Gratificação de Representação ora instituída, não incorporável, de valor correspondente a um percentual, a ser aplicado sobre o Padrão de vencimento/salário-hora do cargo, função-atividade estatutária ou emprego exercido pelo funcionário, servidor ou empregado público municipal.*
>
> *§ 1º – O percentual relativo à Gratificação de Representação a ser atribuída, não poderá exceder a 50% (cinquenta por cento) do Padrão de vencimento/salário-base ou do vencimento apurado em razão do número de horas efetivamente trabalhadas pelos funcionários, servidores ou empregados públicos municipais.*
>
> *§ 2º – Os funcionários, servidores ou empregados públicos municipais, não poderão receber, concomitantemente, a Gratificação de Representação com a vantagem pecuniária de que trata o inciso VIII do artigo 25 da presente Lei, bem como com a Gratificação prevista no inciso IV do artigo 135 da Lei Municipal nº 1128, de 15 de setembro de 1970."*

Acesso ao Sumário

O artigo 128, da Constituição Estadual, que expressa verdadeira norma geral relacionada à fixação de vantagens a servidores públicos, determina:

> *"**Artigo 128** – As vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendem efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço."*

A hermenêutica do dispositivo supratranscrito deve ser realizada em sincronia aos princípios da administração pública, insculpidos, em âmbito Federal, no artigo 37, ***caput***, da Constituição da República. Na esfera Paulista, elencados de modo mais abrangente, dispõe o art. 111 da Constituição Estadual:

> *"**Artigo 111** – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de*

qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência."

Pois bem. Aduz a inicial mácula aos princípios da legalidade, moralidade, razoabilidade, impessoalidade e interesse público ao prever a concessão e automática incorporação de gratificação de representação aos servidores públicos da autarquia municipal (SAAET), sem critérios objetivos determinados, ou que considera como critério objetivo requisito para provimento do cargo, ou, ainda, que se baseia em critério discricionário, tudo a constituir indiscriminado aumento indireto e dissimulado da remuneração.

Podem integrar a remuneração do servidor público vantagens pecuniárias previamente estabelecidas na norma jurídica pertinente, usualmente denominadas adicionais ou gratificações, e que decorrem, ***verbi gratia***, do desempenho de função por certo lapso temporal, grau de escolaridade, trabalho em condições anormais de dificuldade etc. Tecendo breve distinção sobre uma e outra, Hely Lopes Meirelles[1] acentua:

"O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, ***uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor."***

Todavia, há certas situações normativas em que, embora haja expressa referência ao termo "adicional" ou "gratificação", o legislador, distanciando-se propriamente da natureza jurídica de tais vantagens, prevê verdadeiro aumento salarial a determinados cargos/funções públicas de maneira indistinta. Tal circunstância é enaltecida por José dos Santos Carvalho Filho[2], que cita precedentes jurisprudenciais, com destaques:

"No caótico sistema remuneratório que reina na maioria das Administrações, ***é comum encontrar-se, ao lado do vencimento-base do cargo, parcela da remuneração global com a nomenclatura de gratificação ou de adicional, que, na verdade, nada mais constitui do que parcela de acréscimo do vencimento, estabelecida de modo simulado. As verdadeiras gratificações e adicionais caracterizam-se por terem pressupostos certos e específicos e, por isso mesmo, são pagas somente aos servidores que os preenchem.*** *As demais são vencimentos disfarçados sob a capa de vantagens pecuniárias. É o caso da gratificação de encargos especiais, que, no Estado do Rio de Janeiro, é paga com o caráter de generalidade e nasceu realmente para elevar vencimentos. A respeito dessa gratificação, decidiu o TJ-RJ que tal vantagem, 'dada a sua feição genérica e indefinida, e a destinação*

Acesso ao Sumário

1 *In* "Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo: Ed. Malheiros, 1993, pág. 405.

2 *In* "Manual de Direito Administrativo", 27ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, pág. 751/752.

vinculada à reposição de perdas inflacionárias, constitui verdadeiro reajuste salarial e, como tal, deve aproveitar a todos os servidores do ente público em referência, tanto os ativos quanto os aposentados"[3]*. Idêntica posição adotou o STF no que tange à gratificação de incentivo, de caráter genérico e impessoal, criada por lei do Estado de Pernambuco*[4]*.* ***Em outras palavras, cuida-se de vantagens pecuniárias que têm o título de gratificação, mas, na verdade, retratam parcelas incluídas no próprio vencimento do cargo.****"*

Com efeito, em matéria de fixação dos vencimentos e demais vantagens pecuniárias dos servidores públicos, não se divisa na hipótese vício de iniciativa a macular artigos 5º e 24, § 2º, item 1, da Constituição Estadual, na medida em que inserido em diploma normativo (Lei Complementar Municipal nº 4.328, de 22 de março de 2016) originariamente proposto pelo Prefeito Municipal (fls. 46 e seguintes).

Cediço ainda sobre o tema impera o princípio da reserva legal (artigo 37, inciso X, da Constituição da República), o que impõe exigência de lei específica dispondo sobre fixação, alteração, incorporação etc., de vantagens pecuniárias. Contraria esse princípio eventual atribuição – ainda que de cunho legislativo – outorgada, ***v.g.***, ao Chefe do Executivo para fixação, mediante ato normativo diverso de lei, de parcela da verba que compõe a remuneração do servidor público. Precisas as palavras do eminente Min. Celso de Mello no julgamento da (STF – ADI 2075 MC/RJ, Tribunal Pleno, j. 07.02.2001):

"O tema concernente à disciplina jurídica da remuneração funcional submete-se ao ***postulado constitucional da reserva absoluta de lei, vedando-se, em consequência, a intervenção de outros atos estatais revestidos de menor positividade jurídica****, emanados de fontes normativas que se revelem estranhas, quanto à sua origem institucional, ao âmbito de atuação do Poder Legislativo (...) O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador.* ***Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador****, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse*

Acesso ao Sumário

3 TJ/RJ. Órgão Especial. Mandado de Segurança nº 870/98-Capital, Rel. Des. SÉRGIO CAVALIERI, j. em 23 de março de 1999.

4 STF. 1ª Turma. AI 437.175-PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 12 de agosto de 2003.

modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes." (grifou-se).

No entanto, como bem aponta a inicial, por olvidar critérios essenciais inerentes ao tema – como a própria exigência da reserva legal e a ausência de elementos objetivos justificadores da vantagem pecuniária em foco, possibilitando assim discricionariedade plena ao Chefe do Executivo local –, o C. Órgão Especial examinou a constitucionalidade do artigo 59 da Lei nº 2.924, de 19 de dezembro de 1997, do Município de Taquaritinga/SP, na ADI nº 2003616-56.2017.8.26.0000, de relatoria do eminente Des. Salles Rossi, e aos 21.06.2017 julgou procedente a pretensão deduzida, consoante v. acórdão reproduzido a fls. 466/477, nos termos assim ementados:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 67 da Lei Complementar n. 4.314, de 03 de fevereiro de 2016 e, por arrastamento, ***art. 59 da Lei 2.924, de 19 de dezembro de 1997, ambas do Município de Taquaritinga*** *(o primeiro, ao dispor sobre a incorporação das gratificações de representação criadas pelo* ***art. 59 que, por seu turno, autoriza o Chefe do Poder Executivo atribuir gratificação de representação aos servidores 'sempre que julgar necessário') – Inconstitucionalidade, por ausência de critérios efetivos em sua criação – Afronta aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade e interesse público – Adoção do princípio da reserva de lei – Afronta aos artigos 5º, 24, § 2º, 111 e 128, da Constituição Estadual – Cuida-se, ainda, de indiscriminado e disfarçado 'reajuste', alheio aos parâmetros que regem o interesse público – Precedentes*** *– Incorporação das gratificações aos salários dos servidores que, por seu turno, afronta os princípios da razoabilidade e moralidade, já que não atende a nenhuma necessidade da Administração Pública, mostrando-se desproporcional (além da inexistência de qualquer contraprestação para justificar essa incorporação) – Ação procedente."*

(TJ/SP. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2003616-56.2017.8.26.0000, rel. Des. Salles Rossi, j. em 21.06.2017) – grifou-se.

Nesse contexto, declarada a inconstitucionalidade do dispositivo normativo que primeiramente criou a "gratificação de representação" que se pretendeu automaticamente incorporar nos vencimentos dos servidores efetivos do Serviço Autônomo de Água e Esgoto do Município de Taquaritinga – SAAET, sobressai evidente o contraste material do artigo 47 da Lei Complementar nº 4.328, de 22 de março de 2016, ora impugnado.

Acesso ao Sumário

Vale frisar que aludido ato não dispõe sobre qualquer condição ou requisito especial para acesso e incorporação da *"gratificação de representação"* em foco, ostentando verdadeira natureza de simples vantagem pecuniária, de caráter genérico e impessoal, atribuída aos funcionários efetivos da autarquia municipal. Distanciada, pois, do escopo dessa espécie de vantagem pecuniária, como esclarece Hely Lopes Meirelles[5]:

> *"A gratificação é retribuição de um serviço comum prestado em condições especiais (...) gratificação é, por índole, vantagem transitória e contingente (...) Em última análise, a gratificação não é vantagem inerente ao cargo ou à função, sendo concedida em face das condições excepcionais do serviço ou do servidor."*

Ao prever automática incorporação de gratificação (ainda que de maneira proporcional) que já era percebida pelos servidores da autarquia municipal – com lastro em dispositivo declarado inconstitucional por este C. Órgão Especial – objetivou o ato impugnado assegurar majoração de remuneração sem especificar, à luz dos fundamentos constitucionais, em que consistiria a vantagem e tampouco seus critérios objetivos, de forma a demonstrar o interesse público e as exigências do serviço, privilegiando claramente o interesse pecuniário dos beneficiados.

Analisando norma que dispunha sobre incorporação de gratificação na remuneração de servidores públicos, este E. Órgão Especial assim se posicionou:

> ***"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR Nº 80, DE 4 DE ABRIL DE 2016, DO MUNICÍPIO DE ELIAS FAUSTO, QUE DISPÔS SOBRE A INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DOS SERVIDORES EFETIVOS E DEU OUTRAS PROVIDÊNCIAS – NORMA QUE NÃO ATENDE O INTERESSE PÚBLICO, NEM AS EXIGÊNCIAS DO SERVIÇO PÚBLICO E CONTRARIA OS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E ISONOMIA, VIOLANDO OS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO EX TUNC E SEM MODULAÇÃO DE EFEITOS"***
>
> **(TJ/SP. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135062-85.2017.8.26.0000, rel. Des. Ferraz de Arruda, j. em 04.10.2017) – grifou-se.**

Consigna-se, ainda, na já citada ADI nº 2003616-56.2017.8.26.0000, de rel. Des. Salles Rossi, j. em 21.06.2017, o C. Órgão Especial também declarou inconstitucional o artigo 67 da Lei Complementar nº 4.314, de 03 de fevereiro de 2016, do Município de Taquaritinga/SP, a qual *"dispõe sobre a estruturação do Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos da Prefeitura Municipal de Taquaritinga, estabelece normas gerais de enquadramento, institui nova tabela de vencimentos e dá outras providências"* (fls. 324/464), dispositivo

Acesso ao Sumário

5 Direito Administrativo Brasileiro, 35ª edição, Malheiros, 2009, p. 500.

com idêntica redação ao aqui impugnado, mas que assegurava o benefício aos servidores da Administração Direta do Município. Confira-se seu teor (fls. 335):

> *"**Art. 67.** Na data de entrada em vigor desta Lei Complementar, serão incorporadas automaticamente ao patrimônio do funcionário efetivo a Gratificação de Representação criada nos termos do art. 59 da Lei Municipal nº 2.924, de 19 de dezembro de 1997, na proporção que o servidor estiver percebendo."*

Portanto, evidente o vício de inconstitucionalidade material, em afronta aos arts. 111 e 128 da Constituição Estadual, deve ser acolhida a pretensão, pois como bem afirmou a inicial, *"a incorporação automática de gratificação inconstitucional ao salário dos servidores autárquicos municipais não passa por nenhum dos critérios do teste de razoabilidade: (a) não atende a nenhuma necessidade da Administração Pública, vindo em benefício exclusivamente da conveniência dos servidores públicos beneficiados por essa vantagem pecuniária; (b) é, por consequência, inadequada na perspectiva do interesse público; (c) é 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"*.

Finalmente, de rigor observar que a inconstitucionalidade ora decretada produz efeitos ***ex tunc***, fulminando a norma impugnada desde o nascedouro. Ressalva-se, todavia, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, a não repetição das parcelas recebidas até a data da expedição da Portaria SAAET nº 069/2017 (fls. 507), que ordenou o cumprimento da liminar concedida a fls. 481/482.

Nesse sentido, ***mutatis mutandi***:

> *"A inconstitucionalidade aqui proclamada embora produza efeitos ex tunc, comporta a seguinte observação: com fundamento na segurança jurídica, e, em respeito ao princípio da boa-fé, resta assegurada a irrepetibilidade das parcelas pagas até a data deste julgamento."*
>
> **(TJ/SP. Órgão Especial. Apelação nº 2073282-81.2016.8.26.0000, rel. Des. AMORIM CANTUÁRIA, j. em 17 de agosto de 2016).**

Declaro a inconstitucionalidade do artigo 47 da Lei Complementar nº 4.328, de 22 de março de 2016, do Município de Taquaritinga/SP, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2207733-09.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo,

Acesso ao Sumário

em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ e PREFEITO MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.630)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO e SALLES ROSSI.

São Paulo, 6 de junho de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Cargos de provimento em comissão de "Assessor Fundacional I", "Assessor Fundacional II", "Diretor do Núcleo de Planejamento, Gestão e Finanças", "Diretor do Departamento de Serviço Funerário Municipal" e "Coordenador Executivo da Política Habitacional", constantes do artigo 3º e do Anexo II, da Lei nº 8.762, de 03 de março de 2017, do Município de Jundiaí – Posterior edição da Lei Municipal nº 8.949, de 27 de abril de 2018, que "altera as Leis 4.624/95 e 8.762/17, para modificar a reestruturação e a reorganização da Fundação Municipal de Ação Social – FUMAS" – Perda superveniente do objeto da ação e, por consequência, do interesse de agir – Carência superveniente reconhecida, dada a perda do objeto – Extinção do processo sem exame de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. Processo extinto sem resolução de mérito.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade das expressões **"Assessor Fundacional I", "Assessor Fundacional II", "Diretor do Núcleo de Planejamento, Gestão e Finanças", "Diretor do Departamento de Serviço Funerário Municipal" e "Coordenador Executivo de Política Habitacional"**, constantes do artigo 3º e do Anexo II, da Lei nº 8.762, de 03 de março de 2017, do Município de Jundiaí, porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta que da leitura das atribuições descritas no Anexo II da lei impugnada, os mencionados cargos de provimento em comissão, não expressam atribuições de chefia, direção ou assessoramento, revelando, ao revés, tratar-se de cargos com funções técnicas, burocráticas, profissionais e ordinárias. Pede a concessão de liminar para imediata suspensão da eficácia e, ao final, a procedência do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos e mencionados cargos.

Diante da relevância da matéria, este Relator adotou o rito abreviado estabelecido no artigo 12 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (fl. 270/280).

Regularmente notificado, o Presidente da Câmara Municipal de Jundiaí apresentou informações a fl. 282/284.

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa dos dispositivos impugnados (fl. 382/383).

O Prefeito Municipal manifestou-se, noticiando a edição da Lei Municipal nº 8.949, de 27 de abril de 2018 que alterou as Leis 4.624/95 e 8.762/2017, modificando a reestruturação e a reorganização da Fundação Municipal de Ação Social (fl. 435/438).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 440/443, opinou pela extinção do processo sem resolução do mérito.

É o relatório.

2. De fato, o processo merece ser extinto sem resolução de mérito, ante a carência superveniente.

A Lei nº 8.762, de 03 de março de 2017, do Município de Jundiaí, que "reorganiza a Fundação Municipal de Ação Social – FUMAS, cria, extingue e redenomina os cargos e a função de confiança que especifica; altera a Lei 4.624/95, para recompor a Secretaria Executiva; e autoriza crédito orçamentário correlato", estabelece no que diz respeito ao objeto da ação:

> **"Art. 3º Ficam criados junto à estrutura do quadro de pessoal da Fundação Municipal de Ação Social – FUMAS, constante no Anexo II da Lei Municipal nº 7.828, de 2012, os seguintes cargos de**

Acesso ao Sumário

provimento em comissão, com o respectivo símbolo e quantitativo, correspondente às atividades de direção, chefia ou assessoramento:

Denominação (Quantitativo)

Coordenador Executivo de Política Educacional (01)

Diretor do Núcleo de Planejamento, Gestão e Finanças (01)

Diretor do Departamento de Serviço Funerário Municipal (01)

Assessor Fundacional I (07)

Assessor Fundacional II (03)

(...)

Parágrafo único. Os vencimentos, as atribuições e os requisitos de provimento dos cargos de que trata este artigo são os constantes dos Anexos I e II, que ficam fazendo parte integrante desta Lei."

No tocante ao Anexo II, que cuida dos cargos comissionados, funções de confiança e resumo das funções gratificadas, assim dispõe:

"Anexo II

Descrição dos cargos de provimento em comissão

DESCRIÇÃO DO CARGO

Cargo: Assessor Fundacional I

(...)

Descrição sumária: Assessorar o Gestor da Unidade, promovendo a gestão, a coordenação e supervisão das ações públicas relacionadas à sua área de atuação, propondo soluções que visem o atendimento das diretrizes de governo.

Atribuições: Assessorar a implantação de programas habitacionais de interesse social, mantendo contato com entidades públicas e provadas para obter informações de interesse da Fundação, visando à implementação de parcerias e projetos de habitação de interesse social; assessorar na elaboração de pleitos com os respectivos planos de trabalho e termos de referências necessárias para celebração de parcerias, contratos de repasse, convênios e outros ajustes junto a CDHU, CAIXA, Ministério das Cidades, entre outros; elaborar relatórios gerenciais sobre planos, programas e empreendimentos da Fundação, consolidando informações relevantes para tomada de decisões estratégicas; assessorar e apoiar o planejamento, gestão, diligenciamento e acompanhamento junto aos órgãos municipais, estaduais e federais nos projetos de interesse da Fundação; assessorar e apoiar a execução de estudos de pré-viabilidade técnica e econômica para aquisição de terrenos para implantação de empreendimentos habitacionais; assessorar na elaboração de termos de referência para a contratação de projetos e obras de interesse da Fundação; Assessorar o Departamento de Ação Social no acompanhamento e controle do uso dos Centros Comunitários sob a administração da Fundação; assessorar

Acesso ao Sumário

no registro e no cadastro das entidades e movimentos representativos de moradores, públicas ou privadas; coordenar a organização e a implantação de cadastramento e seleção da demanda indicada para o desenvolvimento de projetos habitacionais de interesse social; apoiar a implantação dos diferentes aspectos do trabalho de atendimento habitacional: trabalho social, processo de comercialização, situações de programas e auxílios sociais desenvolvidos pela Fundação; assessorar na inspeção e fiscalização dos serviços de empresas terceirizadas que prestam os serviços de telefonia, pessoal, vigilância, limpeza e jardinagem da FUMAS, avaliando a adequação das ações dos prestadores às diretrizes técnicas, especificações e normas de execução definidas nos contratos; assessorar na elaboração e execução do programa orçamentário; assessorar no desenvolvimento das atividades relacionadas à administração de pessoal, segurança do trabalho, orçamento, compras, patrimônio, expediente, arquivos, dentre outras próprias de sua unidade administrativa; assessorar no planejamento e na coordenação de equipes multifuncionais; assessorar e apoiar atividades de planejamento, elaboração, coordenação, acompanhamento, pesquisa e execução de programas e processos relativos à área de administração de pessoas, material, patrimônio e serviços gerais; apoiar o planejamento, gestão, diligenciamento e acompanhamento junto aos órgãos municipais, estaduais e federais nos processos de regularização de empreendimentos já implantados ou de projetos de urbanização; assessorar na elaboração de relatórios gerenciais sobre os planos, programas e empreendimentos e consolidação das demais informações relevantes pertinentes à regularização fundiária sob a administração da Fundação; assessorar na execução de levantamentos cadastrais e trabalhos de campo em núcleos de submoradias ou empreendimentos de responsabilidade da Fundação; assessorar os órgãos técnicos na pesquisa e na redação de textos, organizando informações e notícias a serem difundidas; selecionar, divulgar e arquivar a comunicação feita a respeito da Fundação nos meios impressos e eletrônicos; coordenar a gestão, análise e encaminhamento dos contratos, protocolos e todos os demais documentos relativos à CDHU; assessorar na elaboração de termos de referência para a contratação de projetos e obras de interesse da Fundação; assessorar na coordenação dos trabalhos afetos ao Conselho Curador e Conselho Municipal de Habitação desta Fundação; assessorar no acompanhamento do cronograma de execução do Plano Local de Habitação de Interesse Social – PLHIS, participando de reuniões com entidades e comunidades, visando o cumprimento do programa da Administração Municipal; assessorar na condução dos trabalhos realizados pela equipe de contenção visando o controle ocupacional dos núcleos de submoradias ou áreas públicas; assessorar e participar das análises de relatórios, laudos, autuações e processos da equipe de contenção; representar a FUMAS, eventualmente, em reuniões,

Acesso ao Sumário

compromissos ou cerimônias; exercer outras atribuições afins, legais ou delegadas.

Cargo: Assessor Fundacional II

(...)

Descrição sumária: Assessorar os diversos departamentos nas questões práticas da Fundação, propondo soluções que visem o atendimento das ações institucionais da FUMAS, de acordo com as diretrizes políticas do governo.

Atribuições: Atuar e dar suporte, quando necessário, nas diversas demandas de seu órgão de lotação; assessorar na análise de projetos, títulos de propriedades, leis e normas vigentes em todos os âmbitos da Administração Municipal no que tange à regularização fundiária e suas atualizações; assessorar na elaboração de projetos e documentos necessários para aprovação e/ou regularização em órgãos competentes inerentes à regularização fundiária, inclusive junto aos Cartórios de Registros de Imóveis; assessorar na execução de levantamentos cadastrais e trabalhos de campo em núcleos de submoradias ou empreendimentos de responsabilidade da Fundação; participar de reuniões, palestras, visitas técnicas, conferências e cursos em assuntos pertinentes à sua área de atuação; assessorar na inspeção e fiscalização das empresas terceirizadas que prestam os serviços de inumações e exumações, limpeza e jardinagem dos cemitérios e velórios, avaliando a adequação das ações dos prestadores às diretrizes técnicas, especificações e normas de execução definidas nos contratos; assessorar nos serviços de atendimento ao munícipe; assessorar na elaboração de termos de referência para a contratação de serviços específicos e/ou especializados relativos na sua área de atuação; elaborar relatórios de atividades do Serviço Funerário Municipal, com informações técnicas, estudos e parâmetros referentes às concessões de sepulturas nos cemitérios, para a tomada de decisões da Fundação; padronizar as comunicações internas, orientando a confecção de documentos das diversas áreas; contribuir com o planejamento e a coordenação de equipes multifuncionais; assessorar e apoiar o planejamento, gestão, diligenciamento e acompanhamento junto aos órgãos municipais, estaduais e federais nos projetos de interesse da Fundação; representar o Departamento, eventualmente, em reuniões, compromissos ou cerimônias; executar outras atribuições afins, legais ou delegadas.

Cargo: Diretor do Núcleo de Planejamento, Gestão e Finanças

(...)

Descrição sumária: Assessorar o Superintendente da Fundação Municipal de Ação Social – FUMAS promovendo a gestão, coordenação e supervisão das ações públicas relacionadas à sua área de atuação, notadamente no que tange às questões orçamentárias e financeiras, propondo soluções que visem ao atendimento das diretrizes de governo.

Acesso ao Sumário

Atribuições: Prestar assistência e assessoramento direto e imediato à Superintendência da FUMAS na área de planejamento, gestão ou finanças; assessorar o Superintendente na formulação e implementação de políticas, projetos e normas relativas à demanda da Fundação; coordenar as ações de natureza administrativa, orçamentária, contábil e fiscal, de pessoal, de recursos de tecnologia da informação e de gestão da informação na Fundação; movimentar e controlar a movimentação das contas bancárias em conjunto com o Superintendente; gerenciar os processos internos e promover o constante aperfeiçoamento e informatização das rotinas e procedimentos de trabalho da Fundação; assessorar a contratação e gerenciar a execução dos contratos e convênios da Fundação; controlar o patrimônio mobiliário e imobiliário da Fundação; prestar assessoramento no planejamento, execução e monitoramento das ações desenvolvidas pelos Departamentos da FUMAS; preparar relatórios gerenciais e de resultados das ações da Fundação; participar de audiências e reuniões públicas para debater o planejamento da FUMAS; propor metodologias inovadoras nos procedimentos e processos que suportam o planejamento e a governança fundacional; representar o Superintendente da Fundação em sua ausência, em compromissos ou cerimônias relacionadas à sua área de atuação; executar outras atribuições afins, legais ou delegadas.

Cargo: Diretor do Departamento de Serviço Funerário Municipal

(...)

Descrição sumária: Dirigir os órgãos subordinados nas atividades diretamente ligadas ao Serviço Funerário Municipal, mantendo estreito controle sobre a qualidade dos serviços prestados observada a legislação que regulamenta a matéria e propondo soluções que visem ao atendimento das diretrizes da política de governo.

Atribuições: Exercer a direção geral e supervisão dos programas e ações dos órgãos vinculados ao Departamento, de acordo com a política de governo; coordenar a execução dos serviços de velório, cemitérios e outros serviços funerários mantidos pela Fundação Municipal de Ação Social – FUMAS; programar os investimentos necessários à melhoria e manutenção dos serviços funerários; supervisionar os estudos e propor normas para organização e funcionamento dos cemitérios e outros serviços mantidos pela Fundação; estudar medidas de racionalização de ocupação de cemitérios; manter controle sobre a arrecadação das receitas dos serviços e seu recolhimento junto ao Núcleo de Planejamento, Gestão e Finanças nos períodos determinados; manter controle sobre a qualidade dos serviços prestados pelos serviços funerários; apresentar relatórios de levantamentos solicitados pelo Superintendente; distribuir serviços aos órgãos vinculados; gerir os assuntos de pessoal relativos aos servidores subordinados; executar outras atividades afins, legais ou delegadas.

Acesso ao Sumário

Cargo: Coordenador Executivo de Política Habitacional

(...)

Descrição sumária: Coordenar os órgãos subordinados nas questões relacionadas ao seu âmbito de atuação na Fundação Municipal de Ação Social – FUMAS, notadamente no que tange à política habitacional do Município, propondo soluções que visem ao atendimento das diretrizes da política de governo.

Atribuições: Assessorar o Superintendente da Fundação na direção geral, orientação, coordenação e fiscalização dos trabalhos e projetos dos departamentos que lhe são subordinados; exercer a supervisão técnica e normativa sobre os assuntos de competência de sua Coordenadoria, ainda que a sua execução esteja delegada a outro órgão; fornecer ao Superintendente da Fundação, nos prazos estabelecidos, subsídios destinados ao acompanhamento, avaliação e revisão dos programas e projetos pelos quais é responsável, de acordo com a política habitacional do Município; despachar junto ao Superintendente o expediente dos Departamentos que coordena; proceder com o levantamento e a avaliação dos problemas a cargo de sua Coordenadoria e apresentar soluções no âmbito do planejamento governamental, de acordo com a política habitacional do Município; assessorar o Superintendente na formulação e implementação de políticas, projetos e normas relativas à política habitacional, em conformidade com as diretrizes do governo; atuar como elo e promover o relacionamento entre o Superintendente e seus departamentos; promover a coordenação e fiscalização dos trabalhos inerentes à política habitacional, regularização fundiária dos núcleos de submoradias e empreendimentos de responsabilidade da Fundação, bem como acompanhar o planejamento e gestão junto aos órgãos municipais, estaduais e federais em tais procedimentos; representar o Superintendente da FUMAS em sua ausência, em compromissos ou cerimônias; executar outras atribuições afins, legais ou delegadas."

Todavia, conforme informou o Prefeito do Município de Jundiaí (fl. 435), no curso do processo foi editada a Lei Municipal nº 8.949, de 27 de abril de 2018 que alterou as Leis 4.624/1995 e 8.762/2017, modificando a reestruturação e a reorganização da Fundação Municipal de Ação Social e, por meio de seu artigo 2º, alterou a denominação de quatro dos cinco cargos impugnados, a saber: "Coordenador Executivo da Política Habitacional" para "Superintendente Adjunto de Política Habitacional"; "Diretor do Núcleo de Planejamento, Gestão e Finanças" para "Diretor do Departamento de Planejamento, Gestão e Finanças"; "Assessor Fundacional I" para "Assessor de Ação Social"; e "Assessor Fundacional II" para "Assessor". Não alterou a denominação do cargo de "Diretor do Departamento de Serviço Funerário Municipal", fazendo referência a ele em seu artigo 3º.

Acesso ao Sumário

Noutro ponto, o artigo 4º da nova Lei afirmou que os cargos e as descrições

constantes do seu Anexo passam a substituir o Anexo II da Lei nº 8.762, de 03 de março de 2017.

E como bem destacou o d. Subprocurador-Geral de Justiça, "examinando-se o Anexo, constata-se que as atribuições dos cargos foram remodeladas, inclusive do Diretor do Departamento de Serviço Funerário Municipal" (fl. 441).

É pacífico o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal no sentido de existir perda do objeto, quando a norma inquinada de inconstitucional deixa de integrar o ordenamento jurídico, porque a revogação torna insubsistente o interesse de agir. Nesse sentido, destacam-se os julgados:

> **"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – QUESTÃO DE ORDEM–IMPUGNAÇÃOAMEDIDAPROVISÓRIAQUESECONVERTEU EM LEI – LEI DE CONVERSÃO POSTERIORMENTE REVOGADA POR OUTRO DIPLOMA LEGISLATIVO – PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA. – A revogação superveniente do ato estatal impugnado faz instaurar situação de prejudicialidade que provoca a extinção anômala do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, eis que a ab-rogação do diploma normativo questionado opera, quanto a este, a sua exclusão do sistema de direito positivo, causando, desse modo, a perda ulterior de objeto da própria ação direta, independentemente da ocorrência, ou não, de efeitos residuais concretos. Precedentes."** (STF, ADI 1445 QO/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/11/2004, DJ 29/04/2005).
>
> **"Ação direta de inconstitucionalidade. – Tendo sido abrogada a Lei 751, de 07.04.95, do Estado do Tocantins, na qual se encontravam os dispositivos tidos como inconstitucionais, pela Lei 769, de 05.07.95, do mesmo Estado, que também restabeleceu todas as normas por aquela desconstituídas, está prejudicada a presente ação direta, tendo em vista a orientação desta Corte que, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n 708, decidiu que a revogação do ato normativo ocorrida posteriormente ao ajuizamento da ação direta, mas anteriormente ao seu julgamento, a torna prejudicada, independentemente da verificação dos efeitos concretos que o ato haja produzido, pois eles têm relevância no plano das relações jurídicas individuais, não, porém, no controle abstrato das normas. Ação direta não conhecida, por estar prejudicada pela perda de seu objeto."** (STF, ADI 1280/TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 11/11/1996, DJ 19/12/1996).
>
> **"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. ARTIGO 3º, § 4º, DA LEI N. 9.137/96. IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO DIRETA. PREJUDICIALIDADE. REVOGAÇÃO DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO POR LEI POSTERIOR. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA AÇÃO. 1. A Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno**

Acesso ao Sumário

Porte, nos termos do disposto no artigo 89, revogou expressamente, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a revogação do ato normativo impugnado por outro ato superveniente prejudica a análise da ação direta. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada prejudicada." (ADI 2.006, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, DJe 10.10.2008).

"EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL SUPERVENIENTE. REVOGAÇÃO TÁCITA. PERDA DE OBJETO. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 07.4.2010. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do que assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a revogação do dispositivo impugnado importa perda de objeto da ação direta ajuizada. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido." (STF, ARE 854364 AgR/PI, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24/02/2015, DJ 10/03/2015).

Portanto, é de rigor a extinção do processo sem exame do mérito, tal como sugerido pelo ilustre Subprocurador-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 440/443, diante do fato superveniente, em razão da extinção dos cargos nos moldes em que haviam sido criados e nos termos da lei ora impugnada, com o que deixou de existir o objeto da ação direta de inconstitucionalidade, e fez desaparecer o interesse de agir, que nada mais é do que o intento dirigido a obtenção de um provimento, com observação estrita da necessidade da prestação jurisdicional e da adequação do *iter* eleito, ante a admissibilidade *in abstracto* do pedido.

Acesso ao Sumário

Desta feita, outra não é a solução senão reconhecer que o advento da Lei nº 8.949, de 27 de abril de 2018, do Município de Jundiaí, relativamente aos dispositivos impugnados importa na perda superveniente do objeto da ação direta ajuizada, tornando insubsistente o interesse de agir.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo extinto o processo sem resolução de mérito, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2228050-28.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MIRANTE DO PARANAPANEMA e PREFEITO MUNICIPAL DE MIRANTE DO PARANAPANEMA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.384)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 6 de junho de 2018.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXPRESSÃO 'JUDICIAIS' CONTIDA NO *CAPUT*; DO § 1º; DAS EXPRESSÕES 'AÇÃO' E 'JUDICIAL', CONTIDAS NO § 2º E DO INCISO III, DO § 3º, TODOS DO ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 103, DE 04 DE NOVEMBRO DE 2015, DO MUNICÍPIO DE MIRANTE DO PARANAPANEMA, QUE 'AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A PARCELAR DEVOLUÇÕES AO ERÁRIO MUNICIPAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' – DISPOSITIVOS QUE DESBORDAM DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL, ALCANÇANDO MATÉRIA PRIVATIVAMENTE RESERVADA À UNIÃO (DIREITO PROCESSUAL) – ARTIGOS 22, INCISO I, E 30, INCISOS I E II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – LEI, ADEMAIS, QUE AFRONTA OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE,

Acesso ao Sumário

IMPESSOALIDADE E RAZOABILIDADE, AO PERMITIR DILATADO PARCELAMENTO DE DÉBITOS JUDICIALMENTE RECONHECIDOS, MESMO QUANDO PENDENTE DECISÃO JUDICIAL DEFINITIVA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS JURIDICAMENTE ADEQUADOS À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE.

VOTO

Ação de inconstitucionalidade voltada contra expressão *"judiciais"* contida no ***caput***; do § 1º; das expressões *"ação"* e *"judicial"*, contidas no § 2º e do inciso III, do § 3º, todos do artigo 1º da Lei Complementar nº 103, de 04 de novembro de 2015, do Município de Mirante do Paranapanema, que *"autoriza o Poder Executivo a parcelar devoluções ao erário municipal e dá outras providências"*.

Delineada ***causa petendi*** repousa preponderantemente em alegada mácula aos artigos 111 e 144 da Constituição Paulista, por violação à competência legislativa privativa da União ao disciplinar matéria de direito processual civil, transgredindo ainda princípios da moralidade, razoabilidade e impessoalidade pelo estabelecimento de privilégios afastados do interesse público.

Deferiu-se a liminar a fls. 90/91. Citado, o Procurador-Geral do Estado manifestou-se a fls. 103/110, pontuando em síntese que a autorização para acordos de parcelamento contida na Lei Complementar contestada é matéria que se insere no âmbito da autonomia administrativa dos entes federativos, no que se inclui o Município.

Informações prestadas pelo Presidente da Câmara Municipal de Mirante do Paranapanema/SP a fls. 113/121, defendendo a higidez do ato normativo atacado.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 128/133, reiterou a tese inicial e opinou pela procedência do pleito inaugural.

É o Relatório.

Objeto central da presente ação direta o contraste normativo de expressões e dispositivos da Lei Complementar nº 103, de 04 de novembro de 2015, do Município de Mirante do Paranapanema/SP, que *"autoriza o Poder Executivo a parcelar devoluções ao erário municipal e dá outras providências"* (fls. 42/43), consoante a seguir destacado:

"ARTIGO 1º – Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a proceder o parcelamento de débitos que resultem em ressarcimento ao erário público havido

Acesso ao Sumário

*em decisões **judiciais**, extrajudiciais, administrativas ou de reconhecimento e/ou declaração espontânea do próprio devedor.*

§ 1º – O parcelamento poderá ser concedido em até 60 (sessenta) parcelas mensais e consecutivas, devendo a primeira parcela ser paga no ato da concessão do benefício.

*§ 2º – O valor total do débito a ser considerado para fins de parcelamento deverá obedecer a forma de cálculo definida na própria **ação** e/ou decisão **judicial**, extrajudicial e/ou administrativa, e, na ausência desta forma de cálculo, deverá então obedecer a seguinte fórmula:*

A = VALOR HISTÓRICO DO DÉBITO
B = 1% (UM POR CENTO) DE JUROS AO MÊS
C = QUANTIDADE DE PARCELAS
D = VALOR TOTAL A PARCELAR
*FORMULA = A + (B * C) = D*

§ 3º – A concessão e o gozo do benefício previsto nesta Lei Complementar ficam condicionados à apresentação dos seguintes documentos:

I) Requerimento solicitando a concessão do parcelamento junto à Secretaria Municipal de Administração, com indicação do valor histórico do débito, sua origem e número de parcelas pretendidas;

II) Cópia da decisão judicial da qual origina o débito a ser parcelado ou declaração de reconhecimento espontâneo do mesmo;

III) Cópia do comprovante de pagamento de custas, emolumentos e mais despesas, inclusive, honorários advocatícios, quando o débito a ser parcelado for ou tenha sido objeto de lide judicial, mesmo que esta ainda dependa de decisão final definitiva, acompanhados, se for o caso, de declaração de concordância com a extinção da lide em tramitação.

ARTIGO 2º – A Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos emitirá Parecer e consequente Termo de Parcelamento, o qual deverá ser assinado entre as partes.

ARTIGO 3º – O parcelamento surtirá seus efeitos legais e administrativos somente após a apresentação do comprovante de recolhimento da 1ª (primeira) parcela, em valor a ser apurado nos moldes do § 2º, do Artigo 1º, da presente Lei Complementar.

ARTIGO 4º – Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário".

A Constituição da República assegura, nos artigos 1º e 18, indistinta autonomia político-administrativa aos entes federados, no que se incluem os Municípios, cabendo-lhes instituir a organização de sua estrutura funcional para efetivo exercício da atividade estatal.

Acesso ao Sumário

Indigitada independência organizacional engloba a autonomia legislativa, embora ambas não ostentem caráter absoluto, devendo respeito às balizas constitucionais de âmbito estadual e federal, como preveem não só os artigos 29 e 30 da Magna Carta, mas também o artigo 144 da Constituição Estadual:

"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."

A atividade legislativa municipal, concretizada em leis ordinárias, complementares, decretos etc., não guarda vinculação exclusiva à matéria nela regulada, que deve apresentar compatibilidade vertical com aquelas que lhe servem de parâmetro, previstas nas Constituições Estadual e Federal – aspecto substancial, ou nomoestática constitucional –, sem prejuízo do rigor e estrita observância ao processo legislativo que a antecedeu – aspecto formal do ato, ou nomodinâmica constitucional – como forma de efetiva, segura, válida e integral inserção no ordenamento jurídico.

Análise do diploma normativo impugnado leva à inexorável conclusão de que realmente há inconstitucionalidade ***in casu***.

A congruência constitucional na hipótese concreta perpassa, primeiramente, pelo exame da competência legislativa atribuída aos Municípios pela Magna Carta, em prestígio ao princípio do pacto federativo adotado em nosso país (artigo 1º, Constituição da República), estruturante da ordem jurídico-institucional.

Nesse particular, o texto da Lei Maior prevê em seu artigo 30:

"Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;"

Ao disciplinar o parcelamento de débitos perante o erário municipal, resultantes de condenações judiciais, inclusive estabelecendo forma de cálculo específica, ainda que pendente solução judicial definitiva, efetivamente enveredou o ato normativo impugnado sobre tema de direito processual, relativo ao cumprimento de sentença/execução de decisões judiciais.

Acesso ao Sumário

Refuta-se, desde logo, o caráter "autorizativo" impregnado na lei atacada, na medida em que, no exercício de suas competências constitucionais e desempenho de funções ordinárias, o Poder Executivo prescinde de qualquer autorização para sua atuação institucional. Cria-se, na realidade, verdadeiro direito ao benefício do parcelamento aos devedores do erário municipal com facilitação do pagamento em prazo considerável, abrangendo créditos reconhecidos em juízo, sem convergir ao que dispõe a legislação processual federal.

Nesse contexto, não pode a norma municipal, ainda que a pretexto da competência legislativa prevista no artigo 30, incisos I e II, da Constituição da República, disciplinar tema que a própria ***Lex Mater*** reserva privativamente a outro ente federado (artigo 22, inciso I), sob pena de macular o princípio federativo, ao qual invariavelmente os Municípios devem observância à luz do artigo 144 da Carta Estadual.

Isto porque, como já definiu o C. Supremo Tribunal Federal, a prerrogativa de dispor legalmente sobre interesse local não outorga ao ente político irrestrita autonomia legislativa, pois *"a competência constitucional dos Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados."* (RE 313.060, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 29-11-2005, Segunda Turma, DJ de 24-2-2006).

Nem mesmo à luz do parágrafo único do artigo 22 da Constituição da República seria possível edição do ato normativo atacado, eis que delegação de competência legislativa restringir-se-ia, eventualmente, aos Estados-membros. A esse propósito, registra Marcelo Novelino[1]: *"Alguns aspectos referentes à possibilidade de delegação devem ser destacados. É defeso à União delegar suas competências legislativas aos Municípios, assim como é vedado aos Estados-membros, ao receber esta delegação, operarem uma nova delegação aos seus Municípios"*.

Remansosa a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal preservando a competência legislativa privativa da União (artigo 22, inciso I, da Constituição da República) em detrimento de atos normativos editados por entes federados diversos e que disponham sobre direito processual. Confira-se:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE INSTITUI EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO RECURSAL NO VALOR DE 100% DA CONDENAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DE INTERPOSIÇÃO DE QUALQUER RECURSO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DO ESTADO DE PERNAMBUCO – REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL: TÍPICA MATÉRIA DE DIREITO PROCESSUAL – TEMA SUBMETIDO AO REGIME DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (CF, ART. 22, INCISO I) – USURPAÇÃO, PELO ESTADO-MEMBRO, DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL – OFENSA AO ART. 22, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DECLARADA – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. Os Estados-membros e o Distrito Federal não dispõem de competência para legislar sobre direito processual, eis que, nesse tema, que compreende a disciplina dos recursos em geral, somente a União Federal – considerado o

1 *In* "Manual de Direito Constitucional", ed. Gen/Método, 9ª edição, pág. 721.

Acesso ao Sumário

sistema de poderes enumerados e de repartição constitucional de competências legislativas – possui atribuição para legitimamente estabelecer, em caráter de absoluta privatividade (CF, art. 22, n. I), a regulação normativa a propósito de referida matéria, inclusive no que concerne à definição dos pressupostos de admissibilidade pertinentes aos recursos interponíveis no âmbito dos Juizados Especiais. Precedentes. – Consequente inconstitucionalidade formal (ou orgânica) de legislação estadual que haja instituído depósito prévio como requisito de admissibilidade de recurso voluntário no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Precedente: ADI 4.161/AL, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA." (ADI 2699, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 09-06-2015 PUBLIC 10-06-2015). No mesmo sentido: ARE 1008426 AgR, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 06-06-2017 PUBLIC 07-06-2017.

Não se olvida que os Municípios, enquanto entidades institucionais de direito público, ostentam autonomia organizacional e de gestão financeira, à luz dos incisos I e III, do artigo 30, da Constituição da República, prerrogativa encampada no artigo 144 da Carta Paulista.

Evidente, contudo, que a "liberdade" na gerência de seus recursos públicos não é ilimitada, mas deve observar mandamentos legais e, essencialmente, os princípios constitucionais que norteiam todo e qualquer ato da Administração Pública (artigo 37, da Constituição da República e 111 da Carta Paulista).

É dizer, ainda que se vislumbre certa discricionariedade no trato de verbas públicas pelo Poder Executivo, seu alcance é tolhido pelos princípios constitucionais. Com efeito, não existe um poder discricionário livre em absoluto, mas somente um juridicamente vinculado. Significa que no exercício desse poder a Administração pode escolher entre alternativas diferentes, mas sempre submetida à lei, constitucional inclusive.

Sem prejuízo, afere-se também que os atos impugnados parecem malferir princípios constitucionais estabelecidos como a razoabilidade e a moralidade administrativa, na medida em que asseguram aos devedores do erário a recomposição do débito reconhecido em juízo mediante dilatado ressarcimento, ainda quando pendente decisão judicial definitiva.

Segundo afirma LÚCIA VALLE DE FIGUEIREDO[2]:

"É por meio da razoabilidade das decisões tomadas que se poderá contrastar atos administrativos e verificar se estão dentro na moldura comportada pelo Direito. Ver-se-á, mais adiante, que não é lícito ao administrador, quando tiver de valorar situações concretas, depois da interpretação, valorá-las a lume dos seus standards pessoais, a lume

Acesso ao Sumário

2 In, ***Curso de Direito Administrativo***. *6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 50.*

da sua ideologia, a lume do que entende ser bom, certo, adequado no momento, mas a lume de princípios gerais, a lume da razoabilidade, do que, em Direito Civil, se denomina valores do homem médio.

Em síntese: a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar à necessidade da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência."

A Administração Pública quando estiver no exercício da sua atividade discricionária deve agir racionalmente e afeiçoada ao senso comum das pessoas normais. Condutas praticadas fora desses limites serão consideradas desarrazoadas, incoerentes, amorais ou, mesmo, ilegais, notadamente quando não justificadas por razões jurídico-constitucionais relevantes.

Frise-se que o benefício pretensamente criado no ato normativo combatido, de caráter amplo e irrestrito, teoricamente engloba devedores decorrentes de condenações por improbidade administrativa (tema regido eminentemente por lei específica – Lei nº 8.429/1992 – e que veda a transação, acordo ou conciliação – art. 17, § 1º), a abranger agentes públicos, ou mesmo pela prática de ilícitos em geral contra o Estado.

Vale acrescer, também, não se divisa expressamente qualquer espécie de garantia em contraposição ou como exigência prévia ao parcelamento do débito judicial, dispensa esta que teoricamente possibilita a prática de atos protelatórios pelos devedores.

Não se descura, vale reiterar, que o Executivo municipal é dotado de autonomia e capacidade administrativa, prerrogativa que, no entanto, deve observar a prevalência dos princípios constitucionais que dirigem a atividade do Poder Estatal.

Ao contrário de nitidamente preservar o interesse público, dilatado parcelamento dos créditos originados em decisões judiciais, mesmo quando pendente solução definitiva, parece mais atender aos anseios dos indivíduos beneficiários da norma – desbordando assim os limites da moralidade, da impessoalidade e da própria razoabilidade –, notadamente quando o crédito do erário é originado em circunstâncias ilícitas envolvendo esses mesmos indivíduos, das mais variadas naturezas, constituindo incentivo, senão à sua intencional prática, ao descuido dos usuais deveres de cautela.

Destacando essa peculiaridade, a jurisprudência E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais já destacou, em caso similar, que, ***verbis***, *"Ao facilitar as condições de devolução de dinheiro público para o lugar de onde ele não deve sair, senão para promoção dos direitos fundamentais, a lei incentiva o desrespeito ao interesse público e a prática de crimes contra a Administração Pública. Isso porque o agente, para além da possibilidade de sair incólume do processo que investiga a probidade de seus atos, se condenado, contará com suporte jurídico*

Acesso ao Sumário

que facilita o adimplemento da quantia que lhe importará devolver. Conquanto devam inibi-las, leis aos moldes desta fomentam a prática das mais diversas corruptelas." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.11.044374-4/000, Rel. Des. KILDARE CARVALHO, ÓRGÃO ESPECIAL, j. em 10.04.2013).

Impera registrar, finalmente, a existência de precedentes de outras Cortes Estaduais que examinaram a constitucionalidade de leis municipais instituidoras de benefícios congêneres, que a meu ver se amoldam, ***mutatis mutandi***, ao caso em exame:

"ADI. AUTORIZAÇÃO DE PARCELAMENTO DE DÍVIDA DECORRENTE DE GLOSA DE VALORES ORIUNDOS DA GESTÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E DE DÍVIDA DE DECISÃO JUDICIAL. A Fazenda Pública Municipal não é financiadora dos comprometimentos dos agentes públicos municipais. Proteção indevida. Afronta aos princípios da impessoalidade, moralidade, finalidade e razoabilidade. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE." (TJ/RS – ÓRGÃO ESPECIAL, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70016000788, Rel. Des. PAULO AUGUSTO MONTE LOPES, j. em 11.12.2006).

"*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei do Município de Maximiliano de Almeida que 'autoriza o Poder Executivo efetuar parcelamento de títulos executivos' para beneficiar vereadores condenados a restituir valores ao Município em ação popular. Aplicação dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Desvio de poder legislativo. Inconstitucionalidade material. Aplicação do art. 19 da Constituição Estadual. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE."* (TJ/RS – ÓRGÃO ESPECIAL, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70006050108, Rel. Des. CACILDO DE ANDRADE XAVIER, j. em 29.08.2005).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2.º, INCISO I, DA LEI Nº 1.750/2003 DO MUNICÍPIO DE GUAÍBA. DISPOSIÇÃO SOBRE PARCELAMENTO DE CRÉDITOS MUNICIPAIS DE NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA. DESVIO DE FUNÇÃO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E MORALIDADE. É inconstitucional o artigo 2.º, inciso I, da Lei Municipal nº 1.750/2003 por conceder parcelamento de créditos municipais de natureza não tributária e dá outras providências. A norma, ao deixar de objetivar interesse público mas apenas de alguns agentes políticos locais, agride os princípios da impessoalidade e moralidade previstos no artigo 19 da Constituição Estadual. Precedentes do TJRGS. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME." (TJ/RS – ÓRGÃO ESPECIAL, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70026141366, Rel. Des. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA, j. em 09.03.2009).

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, julgo procedente a pretensão para declarar a

inconstitucionalidade da expressão *"judiciais"* contida no ***caput***; do § 1º; das expressões *"ação"* e *"judicial"*, contidas no § 2º, e do inciso III, do § 3º, todos do artigo 1º da Lei Complementar nº 103, de 04 de novembro de 2015, do Município de Mirante do Paranapanema/SP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2009480-41.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE SANTA MERCEDES, é réu PREFEITO DO MUNCÍPIO DE SANTA MERCEDES.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.934)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO e ARTUR MARQUES.

São Paulo, 13 de junho de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Propositura fundada na inexistência de ato normativo de Lei no município de Santa Mercedes dispondo acerca da revisão geral anual aos servidores nos anos de 2016 e 2017 – A Constituição do Estado de São Paulo atribui aos Prefeitos Municipais (art. 24, § 2º, 2, CE, aplicável aos Municípios por força do art. 144, CE) a ignição do processo legislativo da revisão geral anual da remuneração dos servidores municipais (art. 115, XI, CE e art. 37, X, CF). Omissão que se deve declarar – Procedência parcial da ação.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Procurador Geral de Justiça objetivando a criação de Lei no município de Santa Mercedes dispondo acerca da revisão geral anual aos servidores nos anos de 2016 e 2017.

Alega que tal omissão legislativa contém inconstitucionalidade por contrariar o disposto no art. 37, inciso X, da Constituição Federal.

Determinado o processamento dos autos, não houve pedido de liminar.

O Prefeito do Município apresentou informações (fls. 210/226).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela parcial procedência da ação (fls. 232/242).

Citado, o Procurador Geral do Estado declinou da defesa do ato impugnado (fls. 202/203).

É o relatório.

Procede, em parte, a ação.

O inciso XI do art. 115, da Constituição do Estado de São Paulo, com a redação que lhe foi dada pela EC nº 21, de 14 de fevereiro de 2006, aplicável aos municípios por força do art. 144 da Carta Bandeirante, concede aos servidores públicos direito subjetivo, à revisão geral anual da remuneração, como decorre do inciso XI do art. 115, inciso XI, da Constituição do Estado de São Paulo, com a redação que lhe foi dada pela EC nº 21, de 14 de fevereiro de 2006, aplicável aos municípios por força do art. 144 da Carta Bandeirante, verbis:

> ***Artigo 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:***
>
> ***XI – a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data e por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso;***

Acesso ao Sumário

No entanto, em se tratando de competência exclusiva, fica interditado ao Poder Judiciário determinar a revisão geral anual, sob pena de usurpação de competência do Executivo em afronta à separação dos poderes, entendimento que é objeto de Súmula Vinculante:

> ***Súmula Vinculante nº 37: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar os vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia.***

Porém, a matéria em debate foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, na ADI n. 2.492/SP,1 DJ 22.03.2002, Rel.

Min. Ilmar Galvão, sob a égide da redação atribuída ao art. 37, X, da CF pela EC nº 19 de 1998, reconheceu a omissão do Chefe do Poder Executivo quanto à ignição do processo legislativo relativo à revisão geral anual da remuneração dos servidores estaduais, declarando-o em mora, que autoriza a procedência parcial da presente demanda por identidade quanto aos seus fundamentos determinantes ("ratio decidendi"), pois os motivos da decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade deitam efeito vinculante, devendo ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional (Rcl 1.987, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004).

Por fim, como bem observa a d. Procuradoria Geral de Justiça não interdita o direito à revisão geral a vedação contida na Lei de Responsabilidade Fiscal quanto à concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração, já que a norma contém expressa ressalva (artigo 22, par. único, I, da LC 101/2000) que viabiliza a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos.

Isto posto, julga-se parcialmente, procedente a presente ação a fim de que seja declarada a omissão do Chefe do Poder Executivo do Município de Santa Mercedes quanto à ignição do processo legislativo relativo à revisão geral anual da remuneração dos servidores municipais referente aos anos 2016 e 2017, declarando-o em mora.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2043574-15.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

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 38.629)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE

Acesso ao Sumário

ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 13 de junho de 2018.

MÁRCIO BARTOLI, Relator

Ementa: I. Agravo interno. Indeferimento de pedido liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o fundamento de ausência de *periculum in mora*.

II. Ação proposta após mais de um ano de vigência do dispositivo legal impugnado que evidencia a falta de *periculum*.

III. Prolongado lapso de vigência e produção de efeitos da norma que afasta a alegação de urgência, conforme a jurisprudência deste Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal.

IV. Agravo desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno interposto, nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade, contra decisão desta relatoria que indeferiu o pedido liminar formulado. A ação fora proposta impugnando a Lei Municipal nº 7.515, de 22 de dezembro de 2016, que *"Institui o 'Vale Táxi Gestante' na Cidade de Guarulhos, e dá outras providências"*. O agravante repisa, em síntese, os argumentos trazidos na inicial quanto ao *fumus boni iuris*, reiterando a existência de vícios formais e materiais de inconstitucionalidade na norma; e ressalta a presença do *periculum in mora*, a despeito do quanto decidido em sede monocrática, porque a continuidade da vigência da norma poderá acarretar gastos à Administração (fls. 01/14).

Devidamente intimado, o agravado apresentou contrarrazões às fls. 20/24, defendendo a ausência de *periculum in mora* e afirmando que a alegação do agravante é pautada em abstrações, sem qualquer comprovação apta a alterar o decidido em sede liminar.

1. A decisão agravada foi assim fundamentada: *"Indefiro a liminar, pois não se comprovou que a manutenção da vigência e eficácia da lei acarretará perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação, porque,*

Acesso ao Sumário

no caso dos autos, a norma impugnada foi editada em 21 de dezembro de 2016 e a ação direta foi ajuizada no dia 12 de março de 2018, portanto, após mais de um ano de vigência do referido diploma legal. Conforme já decidido no Supremo Tribunal Federal no julgamento de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade na qual se alegava presente o requisito do periculum in mora, o ajuizamento da ação após transcurso de significativo lapso temporal de vigência da lei impugnada evidencia a ausência da urgência aduzida[1]*. No mesmo sentido já se julgou no Órgão Especial deste Tribunal de Justiça*[2]*, relativamente às condições exigidas para concessão de medida liminar em casos como o presente. Tratando-se a comprovação da existência de periculum in mora de requisito indispensável à concessão da liminar, resta absolutamente inviável o deferimento da medida no presente caso."* (fls. 66/67 dos autos principais).

2. Apesar dos argumentos trazidos pelo Agravante, não é caso de retratação, ante a ausência de dos requisitos autorizadores da liminar pretendida.

Conquanto insista o recorrente na verossimilhança das alegações, vale lembrar que, para a concessão de liminar em ação direta de inconstitucionalidade, não basta apenas a presença de tal requisito. **A verossimilhança aludida caracterizaria, tão somente, o *fumus boni juris*, o qual não se desdobra, automaticamente, no *periculum in mora*, requisito também imprescindível para a concessão das medidas cautelares.**

Nesse sentido, destacou-se na decisão agravada que *"o ajuizamento da ação após transcurso de significativo lapso temporal de vigência da lei impugnada* ***evidencia a ausência da urgência aduzida****"*.

Deve-se observar que as consequências e gastos mencionados pelo agravante foram ocasionados não pelo indeferimento da medida liminar, mas pela inércia do autor na propositura da ação, que só ocorreu após significativo lapso de vigência e produção de efeitos da norma.

Reitera-se, até a propositura da ação direta, a lei impugnada já estava em vigor e produzindo efeitos há mais de um ano, o que afasta, conforme exposto na decisão agravada, a urgência aduzida.

3. Em hipóteses absolutamente assemelhadas, assim decidiu este Órgão Especial: *"Agravo regimental contra decisão que indeferiu medida liminar. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Não se verifica inequívoca*

Acesso ao Sumário

1 STF, ADI 1229 MC/SC, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, j. 11 de abril de 2013: (...) o tempo decorrido desde a promulgação da Constituição Estadual (1989), e, igualmente, da lei ora impugnada (1994), conjura o 'periculum in mora', requisito indispensável para a concessão da liminar."

2 TJSP, ADIN 0165269-14.2011.8.26.0000, Rel. Desembargador Jurandir de Sousa Oliveira, 27 de julho de 2011; ADIN 0125039-90.2012.8.26.0000, Rel. Desembargador Guerrieri Rezende, 19 de junho de 2012.

*plausibilidade do pedido de reforma. Ação Direta proposta após **mais de um ano de vigência** do dispositivo legal impugnado evidencia a falta de periculum in mora. Precedentes de decisões proferidas no STF e no Órgão Especial do TJSP. Agravo improvido."*[3]

E ainda: *"I. Agravo regimental. Indeferimento de pedido liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o fundamento de ausência de periculum in mora. II. Ação proposta após quase um ano de vigência do dispositivo legal impugnado que evidencia a falta de periculum. III. Alegação de possibilidade de geração de 'infundadas expectativas de direitos'. Expectativas, todavia, que decorrem da inércia na propositura da ação, que se deu um ano após a publicação da lei, após onze meses de vigência da norma, período em que produziu regulares efeitos. IV. Prolongado lapso de vigência e produção de efeitos da norma que afasta a alegação de urgência, conforme a jurisprudência deste Órgão Especial e do Supremo Tribunal Federal. V. Agravo desprovido."*[4].

Sendo assim, mantém-se a decisão agravada.

5. Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2141563-55.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes AMAURY CASCONE e IRANY CASCONE, são agravados ENIO SANTARELLI ZULIANI (DESEMBARGADOR), CARLOS TEIXEIRA LEITE (DESEMBARGADOR), FÁBIO QUADROS (DESEMBARGADOR) e FERNANDO ANTONIO MAIA DA CUNHA (DESEMBARGADOR).

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO, COM DETERMINAÇÃO DE ENCAMINHAMENTO DE CÓPIA DA PETIÇÃO INICIAL AOS MEMBROS DA COLENDA 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.937)**

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,

Acesso ao Sumário

3 TJSP; Agravo Regimental 0191655-13.2013.8.26.0000; Relator: Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 11/12/2013; Data de Registro: 13/12/2013.

4 TJSP; Agravo Regimental 2252720-33.2017.8.26.0000/50000; Relator: Márcio Bartoli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 21/03/2018.

MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 16 de maio de 2018.

PEREIRA CALÇAS, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Interno – Arguição de Suspeição arquivada – Oposição contra Desembargadores que compõem a 4ª Câmara de Direito Privado sob a alegação de parcialidade no julgamento de vários recursos interpostos pelos arguentes – Incabível a arguição coletivamente dirigida toda a turma julgadora – Inexistência de qualquer fato concreto hábil a efetivamente macular a imparcialidade dos arguidos – Agravo não provido, com determinação.

VOTO

Inconformados com a decisão que, com o permissivo no art. 113 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, determinou o arquivamento da petição de arguição de suspeição oposta contra os Desembargadores Ênio Santarelli Zuliani, Carlos Teixeira Leite Filho, Fábio Quadros e Fernando Antonio Maia da Cunha, que compõem a 4ª Câmara de Direito Privado, nos julgamentos de vários recursos interpostos referentes ao processo nº 0081801-27.2003.8.26.0100, Amaury Cascone e Irany Cascone interpuseram agravo interno, sob a alegação de parcialidade da Câmara, pois os Desembargadores arguidos fariam parte de um "plano ardiloso" idealizado pelo político Cláudio Salvador Lembo para prejudicar os arguentes.

Anota-se o oferecimento de contraminutas (fls. 20/22 e 24).

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Com efeito, descabe a arguição coletivamente deduzida em relação a toda a Turma Julgadora, fundada em meras suposições de suspeição dos arguidos, despidas de qualquer elemento concreto a subsidiar as imputações, assim lançadas ao vento sem a necessária indicação de subsunção fática a qualquer das circunstâncias descritas no art. 145, do CPC.

Meras decisões contrárias não são suficientes para caracterizar a suspeição

Acesso ao Sumário

do relator e dos demais integrantes da Câmara.

Ainda que assim não fosse, a arguição de suspeição é meio pelo qual *a parte, denunciando a falta de capacidade subjetiva do juiz, provoca seu afastamento da relação processual* (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 2º vol. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 197).

As hipóteses hábeis a comprometer a capacidade subjetiva do magistrado vêm contempladas no art. 145 do NCPC, em rol taxativo. Evidentemente, não basta a mera alegação de uma das causas previstas no dispositivo legal em questão, para que se conceba o afastamento do magistrado, sendo indispensável a comprovação inconcussa do comprometimento da imparcialidade, determinado pela subsunção fática a uma das hipóteses legais, não se admitindo meras ilações de cunho subjetivo, como na espécie.

Consoante a lição de Alfredo Buzaid (BUZAID, Alfredo. Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil – Exceção de Suspeição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 189), ainda atual, a expressão "interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes", em tudo e por tudo análoga à locução do art. 145, IV, do NCPC, está a indicar *"que o juiz tem um vínculo de interesse próprio, que se identifica com o interesse da parte, em cujo benefício profere ou vai proferir a sentença. Ele estará julgando causa* ***alheia****, mas na qual tem um interesse* ***próprio****"*.

Na espécie, contudo, em absoluto se indicou especificamente qual seria o suposto interesse dos ilustres Desembargadores na solução da causa, como seria de se exigir e, nas informações prestadas, Suas Excelências rechaçaram qualquer óbice que pudesse afastar suas atuações.

Salienta-se que em suas razões os agravantes não apresentaram novos argumentos, além dos já apreciados no momento da prolação da decisão recorrida.

Decisões contrárias ao interesse da parte, *error in judicando*, *error in procedendo*, ou eventual não apreciação ou má intelecção das teses ou da prova não são passíveis de correção por meio da arguição de suspeição, mas sim e tão somente por meio das vias recursais a tanto pertinentes.

Acesso ao Sumário

Assim, emerge cristalino, no contexto dos autos, o inaceitável desvirtuamento do expediente, de há muito refutado pelo entendimento cristalizado por este E. Tribunal na súmula n.º 88, segundo a qual *"Reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa"*.

Inexistindo qualquer fato concreto *que possa macular a imparcialidade do julgador, ficando a alegação somente no campo da retórica, não rende ensejo ao acolhimento de exceção de suspeição* (AgRg na ExSusp. 87/GO, Rel. Min.

Fernando Gonçalves, Segunda Seção, jugado em 09-09-2009, DJE 16-09-2009).

Destarte, era mesmo o caso de rejeição liminar da arguição de suspeição.

Ante o exposto, **nega-se** provimento ao agravo interno, com determinação de encaminhamento de cópia da petição inicial aos membros da colenda 4ª Câmara de Direito Privado.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2002444-45.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41624)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 25 de abril de 2018.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. Direta de Inconstitucionalidade. Ataque à r. deliberação que negou a liminar. Desejo de revisão. Cabimento. Presença do *fumus boni juris* e do *periculum in*

Acesso ao Sumário

***mora*. Possibilidade de riscos financeiros ao erário. Necessidade de se suspender os efeitos da lei questionada. RECURSO PROVIDO.**

VOTO

Trata-se de agravo regimental a roer a r. decisão fls. 68/69, que houve por bem indeferir a liminar aspirada pelo Agravante.

Em adequada resenha, o Recorrente renova os argumentos postados em sua petição desbravadora, evidenciando, de modo mais enfático, as nefastas implicações a serem produzidas pelo diploma objeto da momentânea contenda, notadamente à conta de "(...) *criar 'efeito cascata'* (...)".

Insiste, dessa forma, na concessão da liminar outrora negada (fls. 1/5).

A culta Procuradoria-Geral de Justiça, destacando aspectos jurídicos do mérito da lide, acompanha a solução buscada pelo Agravante, entendendo que o recurso merece acolhida (fls. 12/16).

É O RELATÓRIO.

Com razão o Recorrente.

Preservada a discussão do **mérito** ao seu tempo **oportuno**, é certo ver que **os postulados** autorizadores da conferência de liminar – *fumus boni juris* e *periculum in mora* – **se encontram presentes**.

Deveras, a peça vestibular invoca a ocorrência de **ultraje ao princípio da separação de poderes**, mercê de o projeto de lei ter sido de iniciativa de parlamentar local, levantando, ainda, substancial preocupação com o **resultado financeiro** que a sua vigência causará **às contas públicas** da Edilidade, em especial pela existência de **reflexos** sobre **benefícios** já **incorporados** à remuneração dos servidores integrantes da corporação, **absente**, ademais, a **indicação expressa** de **reserva orçamentária** ao desiderato da alteração procedida.

Mencionada moldura (insista-se, sem ingressar nas questões atinentes ao pano de fundo da justa iniciada), diferentemente do que se despontou no r. despacho atacado, basta à constatação de que **a suspensão** da eficácia da norma em voga **é fundamental**, mormente porque (**I**) **nenhuma** conduta **efetiva** terá o Agravante ao seu dispor para **inibir**, de modo real e concreto, **as sequelas econômicas** que advirão ao Município e (**II**) provável a sugestão de **irreais perspectivas** aos seus **beneficiários**.

Nesse contexto, renovadas todas as vênias às opiniões discordantes, prudente que se paralise – **de imediato** – a efetividade da Lei Complementar nº 550, de 01 de dezembro de 2017, até a derradeira resolução do tema por parte deste C. Órgão Especial.

Acesso ao Sumário

Este, pois, o norte a se dar ao atual agravo.

Impende esclarecer, ao cabo, que caberá à zelosa Secretaria expedir, tão logo ocorra o julgamento desta rebeldia, urgente ofício ao Agravado para que cumpra o que ficou estabelecido.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso para **SUSPENDER** os efeitos da Lei Complementar nº 550, de 01 de dezembro de 2017, do Município de São José do Rio Preto, máxime para que o revogado parágrafo segundo do artigo 12 da Lei Complementar nº 331, de 30 de dezembro de 2010, da mesma cidade, se mantenha íntegro até o pronunciamento derradeiro deste Emérito Órgão Especial acerca do assunto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2166281-19.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – ADPESP e interessado PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL, é agravado PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.002)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 6 de junho de 2018.

PÉRICLES PIZA, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Inconformismo relacionado ao indeferimento do ingresso da Associação dos

Acesso ao Sumário

Delegados de Polícia do estado de São Paulo na condição de *amicus curiae*. Pleiteia a reforma do r. *decisum* – Inviável. Expressa vedação legal, conforme art. 7º da Lei nº 9.868/99. Ausência de representatividade adequada. Matéria trazida pelo agravante, cujo fundamento desvirtua o objetivo primordial da intervenção de terceiros. Decisão mantida. Agravo não provido.

VOTO

I – A ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – ADPESP – interpôs, *opportune tempore*, agravo interno contra a decisão desta relatoria que indeferiu o ingresso do agravante como *amicus curiae* em ação Direta de Inconstitucionalidade (cf. fls. 579/583).

Nos fundamentos de seu recurso (fls. 01/08 – apenso próprio), objetiva o conhecimento e provimento de seu pleito de ingresso no feito como "amigo da corte". No entanto, fundou as razões justificantes de seu pleito (fls. 07/08), em síntese: na relevância do tema; na grandeza e relevância institucional da ADPESP, bem como em sua capacidade para deter *"interesse na melhor solução da demanda"*.

É o relatório.

II – A priori, o presente Agravo Regimental merece ser conhecido, porquanto, malgrado a impugnação recursal advenha de terceiro cuja intervenção como *amicus curiae* fora recusada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a análise do recurso em tais casos, justamente para oportunizar o julgamento colegiado (ADI 3.105-ED/DF – ADI 3.934-ED-segundos-AgR/DF – ADI 3.615-ED/PB).

Todavia, a decisão monocrática não comporta reforma alguma.

Isso porque o pleito requerido pelo agravante encontra expressa vedação legal, eis que, nos termos do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, resta inadmissível a intervenção de terceiros em Ação Direita de Inconstitucionalidade, salvo se o relator a admitir considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, é firme o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal de que *"não assiste a terceiros, ordinariamente, em nosso sistema de direito positivo, legitimidade para intervir no processo de fiscalização normativa abstrata"* (Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.022, Relator Min. Celso de Mello, j. 18/12/2014). Assenta o v. Acórdão, ainda, ser impossível a admissão de entidades na condição de *amicus curiae* cujo interesse seja individual e concreto, porquanto de caráter subjetivo, em razão da natureza

objetiva do controle concentrado.

Destarte, conforme extrai-se de excerto do v. Acórdão:

"*a intervenção do 'amicus curiae', para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional."*

In casu, da simples leitura das razões recursais verifica-se a deliberada defesa de interesses individuais e concretos, de cunho nitidamente subjetivo, que, em hipótese alguma, poderia ser admitida em processo de natureza objetiva, não podendo ser tida a Associação como "amigo da corte".

Com efeito, o proceder do agravante acaba por desvirtuar o objetivo primordial do instituto aqui discutido, no tocante à pluralização do debate constitucional com vistas à viabilizar ao Órgão Especial meios apropriados e necessários à justa resolução da lide constitucional.

Conforme fundamentei quando do lançamento da decisão monocrática ora combatida:

> *Neste sentido, os membros deste Colendo Órgão Especial já vêm decidindo monocraticamente, dentre os quais peço vênia para incluir a exímia decisão da lavra do Des. Beretta da Silveira na ADI nº 2137245-29.2017.8.26.0000, pois bem delimita conceituação e aplicabilidade de tal figura em caso análogo:*
>
> ***1. Do instituto e de sua natureza.***
>
> *Em brevíssimo apontamento, cumpre destacar que a figura do Amicus Curiae (expressão latina a significar, em textual tradução,* ***Amigo da Corte****) tem origem no Direito Anglo-Saxônico, criada com o fito de – nas causas dotadas de relevância, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia – permitir o auxílio de* ***pessoas desinteressadas*** *na oferta de achegas à solução da lide.*
>
> *Denota dizer, em outras palavras, que a atuação dessa pessoa – que pode física ou jurídica –* ***limita-se*** *a trazer informe de toda sorte que, dada a natureza da causa, se mostrem* ***indispensáveis*** *ao julgador.*
>
> *Daí porque, com o referendo da boa doutrina, a participação desse personagem, malgrado esteja atualmente regrada no Título III, que corresponde à intervenção de terceiros, deve ser entendida fora do contexto de parte, como se dá nas hipóteses de assistência, denunciação da lide, chamamento ao processo e na desconsideração da personalidade jurídica, eis que o Amicus Curiae, honrada a intelecção da peticionária,* ***não detém interesse algum na demanda****, senão* ***contribuir*** *com elementos, informações, estudos, pareceres técnicos e quaisquer outros tipos de manifestações, tudo voltado, insista- se, a* ***auxiliar*** *a função judicante.*
>
> *Aliás, nem poderia ser de matiz diverso, posto que a proximidade deste*

ator a qualquer das partes implicaria na absoluta nulidade do processo, haja vista o desvio de sua institucional missão: ***ajudar, com o seu conhecimento, o Poder Judiciário a dirimir determinado litígio****.*

Confira-se, a propósito, que a desvinculação dessa pessoa com a posição de parte é tamanha, que o novo CPC ***não admite*** *a* ***transmudação de competência*** *por conta de sua intervenção e tampouco a* ***interposição de recurso*** *(art. 138, § 1º), ressalvados os declaratórios e aqueles cabíveis no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.*

Enfim, ***nenhuma*** *vinculação com os interesses da causa poderá deter o Amicus Curiae, que, aliás,* ***sequer teve reservados poderes processuais*** *a si,* ***salvo*** *os que o juiz lhe atribuir (art. 138, § 2º) e os acima mencionados.*

Em remate do tema, impende sobrelevar que a figura em comento não é novidade que se possa atribuir ao legislador.

As leis que disciplinaram os chamados processos constitucionais (Lei nº 9.868, de 10/11/1999 e Lei nº 9.882, de 03/12/1999) previram tal forma de auxílio (respectivamente art. 7º, § 2º e art. 6º, § 1º), tanto quanto o fez a Lei nº 11.417, de 19/12/2006 a propósito da edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante (art. 3º, § 2º) e o § 6º do art. 543-A do CPC Buzaid (acrescentado pela Lei nº 11.418, de 19/12/2006) ao disciplinar o requisito da repercussão geral.

A disposição atual cuidou de reservar dicção própria à figura do Amicus Curiae (art. 138), timbrando sua atuação no Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade (art. 950, § 3º), no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 983), no exame da repercussão geral do RE (art. 1.035, § 4º) e no processamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1.038, I).

Esta, respeitada eventual dissenção de exegese, a lente que deve nortear a admissibilidade da intercessão ora pretendida.

2. Do não preenchimento dos requisitos do instituto.

De plano, calha elucidar que a jovem codificação processual cometeu ao relatar a tarefa de, ***isoladamente****, "(...) por decisão irrecorrível (...)", examinar o cabimento – ou não – de tal modalidade de intromissão (art. 138, caput).*

Lado outro, é certo constatar que o Requerente ***não pode ter seu ingresso autorizado.***

Deveras, não basta alegar que "(...) a matéria discutida na presente ação envolve direitos dos servidores públicos municipal de São José do Rio Pardo, tendo o Sindicato interesse em participar como terceiro interessado na demanda. (...)".

Consoante se explicou anteriormente, é mister que o Amicus Curiae esteja completamente ***desnudo de interesse na ação****, assim como possa* ***agregar****, mercê de seu conhecimento técnico,* ***elementos novos***

Acesso ao Sumário

a subsidiar a atividade judicante.

Tais vetores, renovadas as vênias atrás impressas, não se mostram coevos.

*O **interesse** no **resultado** da contenda é **manifesto**. O Requerente assim se manifestou expressamente a esse respeito, declarando, com firmeza em seu arrazoado, que é "(...) a única entidade de primeiro grau legitimada para tomar as medidas administrativas e judiciais, necessárias e legais. (...)", numa óbvia revelação de estar voltado a defender, a qualquer custo, os interesses materiais e processuais dos seus associados, a desaprumar dos pressupostos do instituto.*

*No que tange à outorga de **elementos técnicos** a embasar a decisão final a ser proferida, é exato afirmar que **nada, absolutamente nada**, foi trazido pelo Requerente que pudesse justificar seu ingresso na posição de colaborador.*

*As razões postadas estão **desvestidas** de qualquer aspecto, mesmo que em grau mínimo, destinado a compor as fundações derradeiras a serem assinadas por este Elevado Colegiado, em evidente **contrariedade** com o **âmago do instituto**, diga-se uma vez mais, assentado na vontade de ajudar o Judiciário, mediante o conhecimento detido por tal pessoa, a dirimir determinado litígio.*

E nem se diga que o Requerente poderia pleitear sua participação na qualidade de terceiro interessado, haja vista o cogente veto contido na Lei nº 9.868/1999 (art. 7º, caput).

3. Conclusão.

*Nesse vértice, é inequívoco que **a intervenção** desejada **é descabida**.*

*O **único** intuito do Requerente consiste em **integrar a relação processual** para escudar os interesses de seus filiados, o que se põe em completa **desarmonia** com o fito do instituto e sua inconteste essência.*

*Ante o exposto, **INDEFIRO** o requerimento de fls. 275/276, devendo a zelosa Secretaria providenciar o seu completo cancelamento nos registros desta Corte, bem como a sua retirada dos autos e de tudo quanto foi a ele aderido (fls. 277/313).*

*Ante o notório interesse subjetivo dos peticionários não destinar-se à contribuição ao Judiciário, mas sim em resultado benéfico do presente feito, **o indeferimento é de rigor**.*

Infere-se, portanto, a ausência do requisito da representatividade adequada do recorrente, porquanto o que se busca com a habilitação na condição de *amicus curiae* não é a contribuição para o aprimoramento do julgamento da causa, com base no interesse público e objetivo, mas sim a evidente resguarda dos interesses pessoais e subjetivos dos beneficiados pela norma guerreada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Acesso ao Sumário

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0005264-71.2018.8.26.0000, da Comarca Indaiatuba, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA ARGUIÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.910)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ADEMIR BENEDITO, ELCIO TRUJILLO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 23 de maio de 2018.

GERALDO WOHLERS, Relator

Ementa: ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 1º do Decreto nº 11.251/2011 do Município de Indaiatuba, que *"estabelece normas para execução dos serviços de transporte individual de passageiros em veículos automotores de aluguel, e dá outras providências"*. Sugerida afronta ao artigo 22, inciso XI, da Constituição Federal. Questão já apreciada por este C. Órgão Especial na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004772-79.2018.8.26.000. Existência de óbice quanto à reapreciação da matéria, nos termos do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Incidente não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc...

1. Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela Colenda Quinta Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Apelação nº 1003512-16.2017.8.26.0248, interposta em face de sentença da lavra do E. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Indaiatuba, que concedeu Segurança pleiteada por Jessica da Costa Soares em sede de ação mandamental impetrada para que o Prefeito e o Secretário de Segurança Pública de Indaiatuba se abstivessem *"de praticar quaisquer atos que restrinjam ou impossibilitem a Impetrante de exercer livremente sua atividade profissional de transporte privado individual de passageiros, como parceira do UBER; bem como de aplicar as sanções previstas no Decreto Municipal nº 11.251/11, notadamente quanto ao artigo 12, sob pena de crime de desobediência e multa diária"* (fls. 16).

A citada e I. Câmara apontou o *"artigo 1º e parágrafos do Decreto Executivo de Indaiatuba nº 11.251/11"* como inconstitucionais (fls. 292/5).

Pelo ***"conhecimento e acolhimento do incidente**, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 1º e parágrafos do Decreto nº 11.251/11, do Município de Indaiatuba"*, manifestou-se a d. Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 302/27).

É o relatório.

2. Não se há conhecer do Incidente.

Com efeito, a discussão acerca da constitucionalidade do artigo 1º do Decreto nº 11.251/2011 do Município de Indaiatuba já foi enfrentada no âmbito da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0004772-79.2018.8.26.000, também desta Relatoria, cujo julgamento ocorreu na presente sessão: – o dispositivo legal impugnado foi reputado constitucional.

Destarte, ante a existência desse precedente, não se há cogitar de revisão do tema, à luz do artigo 949, parágrafo único, do Código de Processo Civil, ***in verbis***:

"Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão".

3. Impende salientar outrossim que, a despeito de os §§ 2º, inciso V, e 6º, inciso I, ambos do artigo 12 do Decreto nº 11.251/2011, do Município de Indaiatuba, cominarem *"multa por prestação de serviço de transporte individual clandestino, no valor de 1.000 (hum mil) UFESPs"*, além de *"retenção do veículo"*, este E. Órgão Especial está impossibilitado de enfrentar a (in) constitucionalidade dos citados dispositivos, tal como suscitado pela interessada

Acesso ao Sumário

Jéssica, porquanto extrapolaria o balizamento posto pela I. Quinta Câmara de Direito Público ao suscitar o presente incidente.

Nesse sentido, aliás, já decidiu este C. Órgão colegiado:

"INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 40, inciso IV, da Lei Complementar nº 321, de 22 de julho de 2010, do Município de Dracena, que fixa os critérios para classificação dos docentes no processo de atribuição de classes. Distinção estabelecida entre os professores estaduais municipalizados, apenas em função do momento dessa cessão, que não se mostra razoável. Discrímen que não tem pertinência lógica com o âmbito de atuação desses servidores, razão pela qual sua utilização evidencia nítida afronta ao princípio constitucional da isonomia. Precedentes deste Órgão Especial. Impossibilidade, outrossim, de se ampliar o âmbito do presente controle difuso de constitucionalidade, haja vista que o pronunciamento deste Órgão Especial fica adstrito aos limites traçados pelo órgão fracionário, suficientes apenas à solução do caso concreto. Extensão que não seria mesmo possível, ainda, ante a ausência de prévia manifestação do órgão fracionário acerca das demais disposições legais impugnadas, o que constitui pressuposto de admissibilidade do incidente. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente" (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0046275-22.2014.8.26.0000; Rel. o eminente Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. em 26.11.2014).

4. Diante do exposto, **não se conhece** da Arguição de Inconstitucionalidade, determinando-se o retorno dos autos à Colenda Quinta Câmara de Direito Público para o prosseguimento do julgamento da Apelação nº 1003512-16.2017.8.26.0248.

Conflitos de Competência

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0011253-58.2018.8.26.0000, da Comarca de Cravinhos, em que é suscitante 3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 31ª 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 31ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL

DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS E FRANCISCO CASCONI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.198)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 25 de abril de 2018.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Conflito de competência. Agravo de Instrumento. Disputa entre particular e empresa farmacêutica para manipulação e comercialização de "fosfoetanolamina sintética". Inexistência de obrigação Estatal. Artigo 103 do RITJ. Competência estabelecida pelo pedido da ação principal. Inteligência do artigo 5º, III, III.14 da Resolução nº 623/13 do Órgão Especial. Conflito acolhido, fixada a competência na C. 31ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Conflito de competência suscitado pela C. 3ª Câmara de Direito Público ante r. decisão proferida pela C. 31ª Câmara de Direito Privado, que declinou a competência para conhecimento do agravo de instrumento a uma das Câmaras da Seção de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, reconhecida a C. 31ª Câmara da Seção de Direito Privado como competente para conhecer e julgar o recurso (fls. 66/71).

É o relatório.

Ação ajuizada por ROBERTA CONDE DE FREITAS em face de PDT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA – EPP para concessão de autorização para aquisição da substância fosfoetanolamina sintética.

Acesso ao Sumário

Diante do indeferimento da antecipação de tutela, foi interposto agravo de instrumento. Distribuídos os autos à C. 31ª Câmara de Direito Privado, por acórdão visto a fls. 14/18 declinou-se competência a uma das Câmaras da Seção de Direito Público.

Redistribuídos à C. 3ª Câmara de Direito Público, por julgamento visto a fls. 54/59 suscitou-se dúvida de competência.

Como de sabença, *competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la*[1].

Isso considerado, a análise do pedido inicial revela disputa entre portadora de neoplasia maligna para compelir a empresa particular – PDT Pharma Ltda – a manipular e comercializar substância para tratamento do mal que a acomete.

Malgrado a discussão envolva direito fundamental à saúde, não há invocação da obrigação do Estado, porquanto envolve, exclusivamente, compra e venda de fosfoetanolamina sintética entre particulares conforme propugna a agravante a fls. 4:

> *Registre-se, também, que a disponibilização das cápsulas pela PDT Pharma não acarreta nenhum ônus ao Estado, uma vez que o próprio paciente arca com todos os custos, e firma documento assumindo toda e qualquer responsabilidade pelo uso da substância.*

Portanto, o mérito está relacionado exclusivamente a normas de Direito Privado, a refletir situação sob vigência do art. 5º, III, III.14, da Resolução nº 623/2013 deste Tribunal[2], como, aliás, se vê em precedentes:

> *CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Controvérsia que envolve a pretensão de impor, à indústria farmacêutica demandada, obrigação de fornecer o medicamento indicado na inicial – Quadro que apresenta negócio de natureza de direito privado, ainda que a parte argumente, em seu requerimento, possuir os direitos constitucionais à vida e à saúde – Inexistência de envolvimento de ato administrativo e de requerimento em relação ao Poder Público – Relação jurídica de compra e venda – Competência recursal firmada de acordo com a matéria e o pedido do litígio – Competência preferencial das Câmaras da Subseção de Direito Privado III – Conflito procedente*[3].

Acesso ao Sumário

1 **Art. 103 do Regimento Interno deste Tribunal**

2 **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:**
III – Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
III.14 – Ações que versem sobre a posse, domínio ou negócio jurídico que tenha por objeto coisas móveis, corpóreas e semoventes;

3 **Conflito de Competência nº 0045181-34.2017.8.26.0000, rel. Des. ÁLVARO PASSOS, j.**

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Agravo de instrumento tirado de ação de Obrigação de fazer proposta em face de empresa farmacêutica para manipulação e fornecimento de "fosfoetanolamina sintética". Demanda ajuizada por particular contra pessoa jurídica de direito privado, sem a participação do Poder Público na lide – Pedido inicial fundado em relação jurídica de compra e venda – Competência que, consoante a Resolução 623, art. 5º, item III, inciso III.14 é da Terceira Seção de Direito Privado para julgamento do recurso. Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 32ª Câmara de Direito Privado[4].

EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Agravo de Instrumento – Ação de obrigação de fazer – Produção e fornecimento do composto fosfoetanolamina sintética – Demanda ajuizada por particular contra pessoa jurídica de direito privado – Nítida relação de interesse privado, sem qualquer discussão fundada em regras de direito público ou participação estatal – Competência comum da Seção de Direito Privado para julgamento da causa – Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para reconhecer competente a Colenda 30ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça[5].

Ante o exposto, tenho como procedente o conflito para fixar a competência na C. 31ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0010033-25.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 11ª 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 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.364)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA

Acesso ao Sumário

08/11/2017.

4 **Conflito de Competência nº 0009067-96.2017.8.26.0000, rel. Des. XAVIER DE AQUINO, j. 05.04.2017.**

5 **Conflito de Competência nº 0005004-91.2018.8.26.0000, rel. Des. SALLES ROSSI, j. 21/3/2018.**

CALÇAS (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 16 de maio de 2018.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA – A Resolução nº 623/2013 conferiu às 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público a competência para julgamento de 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, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º da Resolução – Conflito procedente. Competência da 11ª Câmara de Direito Público para o conhecimento e julgamento do recurso.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Exmo. Desembargador Francisco Loureiro, integrante da 1ª Câmara de Direito Privado, figurando como suscitada a Colenda 11ª Câmara de Direito Público (fls. 816/824), em recurso de apelação, interposto em sede de ação indenizatória, ajuizada para apuração de responsabilidade civil por morte ocorrida em razão de eletrocussão.

Pedro Henrique Cardoso Ruiz ajuizou ação indenizatória em face de Bandeirante Energia S/A e a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, pretendendo obter provimento condenando os requeridos ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, em virtude de alegadas falhas na prestação do serviço público de fornecimento de energia elétrica, que culminaram no falecimento do seu genitor, em virtude de exposição à descarga de alta tensão elétrica (fls. 02/19).

O MM. Juiz de Direito da 4ª da Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital julgou improcedente a ação (fls. 688/692). O recurso de apelação

Acesso ao Sumário

interposto pelo autor distribuído livremente à C. 11ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça.

Apreciando o apelo, a 11ª Câmara de Direito Público entendeu que se trata de falha na prestação de serviços de energia elétrica, razão pela decidiu por não conhecer do apelo e determinar a distribuição dos autos a uma das Câmaras de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça (fls. 784/797).

A 1ª Câmara de Direito Privado, por sua vez, suscitou o conflito de competência. Observa que se trata de responsabilidade extracontratual de concessionária de serviço público, cuja competência é de uma das Câmaras de Direito Público (fls. 180/185).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, com o reconhecimento da 11ª Câmara de Direito Público para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 832/837).

É o relatório.

Como é cediço, diz o art. 103 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça que a competência deve ser definida pelos termos do pedido e da causa de pedir: "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".

Pretende o autor, por meio da presente ação, obter a declaração de que "a empresa concessionária de energia elétrica BANDEIRANTE ENERGIA S.A. e o Estado de São Paulo responsável civilmente pelos danos materiais e morais, sofridos pelo Autor, condenando-o a reparar os danos materiais, nos termos do art. 948, II do Código Civil, bem como os danos morais, estes fixados no valor de R$ 100 salários" (fls. 18).

Dessa forma, constata-se que o autor postula o reconhecimento da responsabilidade civil da concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica por ilícito extracontratual causador da morte de seu genitor.

A Resolução nº 623/2013, em seu artigo 3º, I, I.17, 'b', conferiu às 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público a competência para o exame 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, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução" (g.n.).

Como bem ressaltou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "o Autor-apelante postula em face das rés-apeladas BANDEIRANTE ENERGIA S/A E FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, sendo aquela uma prestadora de serviço público, uma obrigação de fazer, consistente na reparação de danos – materiais e morais – pela morte de seu pai, tudo originado por uma descarga elétrica de fiação indevida e irregularmente instalado. Ocorre que o serviço público

Acesso ao Sumário

realizado pela Ré-apelada e causador dos danos, ao menos em tese e a princípio, não tem como fonte geradora qualquer relação jurídica contratual estatuída entre as partes desta relação processual, mormente, com relação à vítima fatal, genitor do Autor-apelante" (fls. 834).

À evidência, tratando-se de discussão acerca de responsabilidade civil extracontratual de concessionária de serviço público, por alegado ato ilícito praticado na prestação de serviço público de fornecimento de energia elétrica, a competência é das 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público, de acordo com a Resolução supramencionada.

Recentemente, apreciando caso semelhante, assim decidiu este Colendo Órgão Especial, em acórdão relatado pelo Desembargador Renato Sartorelli, vencido o Desembargador Borelli Thomaz:

> *'CONFLITO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – TEMA RELACIONADO À RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – CONSTRUÇÃO DE TRECHO DO RODOANEL PELA DERSA (DESENVOLVIMENTO RODOVIÁRIO) – PREJUÍZOS CAUSADOS AO IMÓVEL DA AUTORA EM RAZÃO DE OMISSÃO ATRIBUÍDA À RÉ, QUE NÃO TERIA REALIZADO OBRAS DE CONTENÇÃO DE ENCHENTES – QUESTÃO QUE NÃO DIZ RESPEITO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS REGIDA PELO DIREITO PRIVADO – INEXISTÊNCIA DE DANO CAUSADO EM ACIDENTE DE VEÍCULO – RECURSO DE APELAÇÃO, ADEMAIS, DISTRIBUÍDO ANTES DA RESOLUÇÃO Nº 694/2015 – COMPETÊNCIA QUE SE FIRMA PELOS TERMOS DO PEDIDO INICIAL (ART. 103 DO RITJSP) ATRIBUÍDA À SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO EM RAZÃO DA MATÉRIA VERSADA NA DEMANDA – ARTIGO 3º, INCISO I.7, LETRA 'B', DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013, DO ÓRGÃO ESPECIAL – 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)'.*

> *'Para fins de incidência da responsabilidade objetiva, equiparam-se o Estado e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, incidindo a regra do art. 37, § 6º, da CF mesmo no caso de ilícito civil atribuído a concessionária de serviço público por suposto dano causado a terceiro'.* (Conflito de competência n. 0066648-06.2016.8.26.0000 – Rel. Des. Renato Sartorelli – j. em 22.03.17 – m.v.).

No mesmo sentido:

Acesso ao Sumário

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Obrigação de fazer cumulada com reparação e danos que tramitou perante o Juízo de direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Araraquara. Julgada improcedente. Recurso de apelação. – Responsabilidade civil extracontratual do Estado. Concessionária de serviço público. DAEE – Departamento Autônomo de Água e Esgoto de Araraquara/SP. – Demanda que versa relação jurídica situada no âmbito do direito público por versar reparação de dano por ilícito extracontratual de empresa concessionária de serviço público. Disposição no anexo I, Seção de Direito Público, inciso VII, do Provimento Presidencial nº 63/2004 e da Resolução nº 194/2004. Competência preferencial das Câmaras da Seção de Direito Público, para julgar 'as ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de apossamento administrativo, ocupação temporária, imposição de servidão ou limitação, desistência de ato expropriatório, bem como ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público'. Conflito julgado improcedente para declarar como competente a 13ª Câmara de Direito Público. (Conflito de competência n. 0053865-79.2016.8.26.0000 – Rel. Des. Péricles Piza – j. em 14.12.16 – v.u.)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação cível – Empresa concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica – Responsabilidade civil – Ilícito extracontratual – Morte por eletrocussão – Rede de alta tensão instalada irregularmente – Pretensão fundada na responsabilidade subjetiva e objetiva – Competência da Seção de Direito Público – Inteligência do art. 3º, inciso I, I.7, 'b', da Resolução TJSP 623/2013, com a redação dada pela Resolução TJSP 736/2016. Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 6ª Câmara de Direito Público. (Conflito de competência 0019655-02.2016.8.26.0000 – Rel. Des. Carlos Bueno – j. em 10/08/2016).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação que versa sobre indenização por danos morais e materiais decorrentes de alegada falha na prestação de serviços de energia elétrica que culminaram com morte por eletrocussão. Competência que se inscreve no âmbito de atribuição da 1ª à 13ª Câmaras de Direito Público com apoio no item I.7 do artigo 3º da Resolução nº 623/2013. Conflito procedente. Competência da 9ª Câmara de Direito Público (TJSP; Conflito de competência 0040010-67.2015.8.26.0000; Relator: Des. Sérgio Rui; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Regional V – São Miguel Paulista – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/08/2015).

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, julga-se procedente o conflito, declarando competente a 11ª Câmara de Direito Público para conhecer e julgar o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0012170-77.2018.8.26.0000, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitada 27ª 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 27ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ E RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.931)**

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, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 16 de maio de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: DÚVIDA DE COMPETÊNCIA – Apelação Cível – Ação de indenização por ato ilícito, movida pela Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes – Tema relativo à competência afeta às Câmaras de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução nº 605/2013, alterada pela Resolução nº 623/13 desta Corte – Prevenção – Inocorrência – Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Egrégia Câmara suscitada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada pela 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal

de Justiça do Estado de São Paulo em razão do V. Acórdão de fls. 127/131, proferido pela 27ª Câmara de Direito Privado, que se deu por incompetente para o julgamento do recurso de Apelação Cível nº 1013413-28.2015.8.26.0361, que versa sobre ação de reparação de danos materiais, decorrente de colisão de veículos, sendo um, propriedade da Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes.

É o relatório.

Depreende-se da petição inicial (fls. 02/15) e dos documentos que a instruíram, tratar-se de ação indenizatória por colisão de automóvel caminhão de propriedade da Prefeitura do Município de Mogi das Cruzes (autor) e o veículo do réu da demanda. O acidente ocorreu por culpa do particular, resultando assim, danos materiais no veículo da autora.

Distribuídos os presentes autos à 27ª Câmara de Direito Privado, através de voto proferido pelo do Eminente relator sorteado, foi determinada a remessa dos autos à distribuição da Seção de Direito Público, tendo os autos sido redistribuídos à 13ª Câmara desta Seção.

Traçada esta premissa, verifica-se que a competência para apreciar e julgar o presente é da 27ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consoante se infere da Resolução nº 605/2013, alterado pela Resolução nº 623/2013 deste Tribunal:

> ***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:***
>
> ***III.15 – Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro.***

Como bem observado no parecer da Procuradoria Geral de Justiça, o artigo 100 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afirma que a competência firma-se pelos termos do pedido inicial.

Como se infere dos autos, a pretensão inicial é indenizatória de reparação de danos materiais, ou seja, responsabilidade civil decorrente de acidente de trânsito entre veículo propriedade da Prefeitura e veículo de particular, assim, a competência preferencial merece ser destinada à Egrégia Seção de Direito Privado.

Isto posto, acolhe-se a presente dúvida e julga-se competente a Colenda Câmara suscitada, a 27ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0012983-07.2018.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é suscitante COLENDA 32ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, é suscitada COLENDA 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. JOÃO NEGRINI E ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.596)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, GERALDO WOHLERS, ADEMIR BENEDITO, ELCIO TRUJILLO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, SÉRGIO RUI e SALLES ROSSI.

São Paulo, 23 de maio de 2018.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Conflito de Competência.

Interdito proibitório – Agravo de Instrumento – Insurgência contra decisão que deferiu medida liminar pleiteada pela autora – Concessionária de serviço público de abastecimento de água e coleta de esgotos sanitários do Município de São José dos Campos – Pedido voltado à manutenção da posse de via pública para possibilitar a execução das obras de ampliação do sistema de abastecimento de água no Município – Agravo de instrumento distribuído à Colenda 10ª Câmara de Direito Público que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, determinou a redistribuição dos autos – Autos redistribuídos à Colenda 34ª Câmara de Direito Privado, que não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência – Pedido e causa de pedir que envolvem questão atinente a interdito proibitório em

Acesso ao Sumário

área pública – Matéria de competência recursal da 10ª Câmara de Direito Público, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente.

Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 10ª Câmara de Direito Público (suscitada) para o julgamento do recurso.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência em agravo de instrumento interposto contra a decisão de fl. 150 dos autos principais (demanda ajuizada pela Sabesp em face de Saviver Sociedade Amigos do Bairro Cidade Vista Verde e outros), que deferiu a liminar pleiteada pela autora, para que os réus se abstenham de impedir a realização dos serviços na área delimitada, sob pena de multa diária, com o auxílio de reforço policial, se necessário (Cf. fl. 42/44).

Os autos foram distribuídos à Colenda 10ª Câmara de Direito Público que, pelo v. acórdão de fl. 58/62, declinou da competência, "remetendo os autos à Presidência da Seção de Direito Privado, para redistribuição".

Redistribuídos os autos, a Colenda 32ª Câmara de Direito Privado não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 110/117).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é no sentido de reconhecer a competência da Colenda 10ª Câmara de Direito Público para conhecer, processar e julgar o recurso (fl. 124/128).

É o relatório.

2. A SABESP, ora agravada, empresa concessionária de serviço público, ajuizou demanda em face de Domingos Vicente Malhone e outros, porquanto estão obstando a execução de serviços de implantação de equipamentos para o abastecimento de água e coleta de esgotos sanitários no Município de São José dos Campos. Para a execução dessas obras, a autora precisa utilizar área pública, demarcada nos autos principais. Deferida a medida liminar, insurge-se o requerido Domingos interpondo o agravo de instrumento nº 2172032-84.2017.8.26.0000 (fl. 01/40).

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.

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 3º:

"Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas)

Acesso ao Sumário

Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

(...)

I.11 – Ações de apossamento administrativo, de desistência de desapropriação e de uso e ocupação de bem público;"

Na espécie, a causa de pedir refere-se à prestação do serviço público concedido à Sabesp que, para a execução das obras de infraestrutura no Município postula o uso de área pública que, segundo consta, está sendo obstado pelos requeridos. Dessa forma, o pedido formulado na inicial diz respeito a interdito possessório em área pública.

Vê-se, assim, que incide na hipótese a regra prevista no artigo 3º, inciso I.11, da Resolução nº 623/2013, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que atribui às 1ª a 13ª Câmaras da Seção de Direito Público a competência para o conhecimento e julgamento das demandas possessórias de uso de bem público.

Nesse passo, aplicada a regra de competência recursal vigente, resta afastada a competência da Colenda 32ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça e necessariamente fixada a competência da Colenda 10ª Câmara de Direito Público para a apreciação do recurso interposto.

Por epítome, conhece-se do conflito e julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 10ª Câmara de Direito Público (suscitada), para o julgamento do recurso.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, conheço do conflito e julgo-o procedente para declarar competente a Colenda 10ª Câmara de Direito Público.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0054346-08.2017.8.26.0000, da Comarca de Tietê, em que é impetrante PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE TIETÊ e pacientes GUARDAS CIVIS DO MUNICÍPIO DE TIETÊ, é impetrado SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA DO

ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA IMPETRAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.926)**

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, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 9 de maio de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: *Habeas Corpus* – Salvo conduto para porte de arma da corporação ou particular por guardas civis municipais de Tietê – Autoridade coatora – Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo – Ilegitimidade Passiva – Reconhecimento – Insurgência contra norma legal – Artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003 – Ausência de ameaça direta à liberdade de locomoção – Inadequação da via eleita – Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder – Ordem não conhecida.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus* preventivo impetrado pela Prefeitura do Município de Tietê em contra o Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo visando a concessão de salvo-conduto aos Guardas Municipais de Tietê para portarem arma de fogo. Argumentam, porém, que muitos guardas municipais têm suas residências em outros municípios, fora da região metropolitana de Campinas, de onde se deslocam cotidianamente, portando armas de fogo da corporação ou particulares de uso permitido, devidamente registradas na Polícia Federal. Asseveram que os guardas municipais correm risco iminente de infringirem o disposto no artigo 6º, da Lei nº 10.826/03.

Indeferida a liminar (fls. 47/48).

Acesso ao Sumário

Informações da autoridade impetrada a fls. 54/78.

Parecer Ministerial a fls. 81/88, pelo não conhecimento da impetração.

É o relatório.

O objeto do presente "habeas corpus" já foi, reiteradamente, decidido por este Egrégio Órgão Especial, constituindo o entendimento já assentado que eventual ilegalidade ou abuso de poder, no caso, é de ser atribuída ao responsável imediato pela situação do paciente e não ao seu superior hierárquico.

Assim a competência para autorizar o porte de arma de fogo não é do Secretário de Segurança Pública do Estado, mas sim da Polícia Federal, nos termos do artigo 10 da Lei nº 10.826/2003, *verbis*:

"Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm".

Manifesta, pois, a ilegitimidade de parte da autoridade impetrada a reclamar o indeferimento da inicial por inepta.

Na esteira deste entendimento apontam-se os julgados nos: HC nº 0018911-07.2016.8.26.0000, rel. Des. Renato Sartorelli; HC nº 0029283-49.2015.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues.

Registre-se, ainda, que a pretensão dos pacientes de portar arma de fogo dentro e fora de serviço, em confronto com o que disciplina o artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, que somente autoriza o porte aos guardas civis de "Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço" não guarda relação direta com o direito de locomoção, constituindo, na realidade, verdadeira insurgência contra o tratamento legal que o Estatuto do Desarmamento conferiu à categoria dos guardas municipais, extrapolando do âmbito restrito do *habeas corpus* por fim, que conforme o seu verifica da informação prestada pela Secretária de Administração Penitenciária, o paciente perdeu o direito reclamado em razão de regressão de pena que lhe foi aplicada em 29/03/2010, por haver cometido faltas disciplinares.

Neste sentido: HC nº 113.592/SP, Relatora Ministra Cármen Lúcia; AgRg. no RHC nº 43.396/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior.

Isto posto, não se conhece da impetração.

Acesso ao Sumário

Mandados de Injunção

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Injunção nº 2208080-42.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ALEXANDRE JESUS BATISTA, são impetrados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "ACOLHERAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA EXTINGUIR O FEITO EM RELAÇÃO AO PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO E, NO MÉRITO, DENEGARAM A ORDEM. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.137)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 9 de maio de 2018.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO – Omissão legislativa, atribuída ao Governador do Estado, relativa à regulamentação da revisão anual da remuneração dos servidores públicos – Art. 37, inciso X, da Constituição Federal e art. 115, inciso XI, da Constituição Estadual. Lei regulamentadora que já foi editada – Lei Estadual nº 12.391/06 – Inexistência de omissão do Poder Público – Via inadequada para discussão da efetividade da lei que fixou data-base para revisão da remuneração dos servidores públicos do Estado. Preliminar de ilegitimidade passiva acolhida. Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de injunção impetrado por Alexandre Jesus Batista contra o Governador do Estado de São Paulo e o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, objetivando uma indenização de R$ 200.000,000 (duzentos mil reais) pela omissão estatal dos impetrados ao não observar o direito a revisão geral e anual da remuneração dos Servidores Públicos relativamente aos anos de 2014, 2015, 2016 e 2017.

O impetrante invoca o art. 37, X da Constituição Federal, o art. 115, XI, da Constituição do Estado de São Paulo e a Lei Estadual nº 12.391/06. Sustenta que inexiste dúvida quanto ao direito dos servidores públicos à revisão geral anual, tendo em vista ser esta a única forma de se preservar a irredutibilidade dos vencimentos prevista no art. 37, XV da Constituição Federal. Relata que nos anos de 2015, 2016 e 2017, o comando constitucional foi desrespeitado, devido a não edição de lei versando sobre a revisão anual de sua remuneração. Cita decisão do C. Supremo Tribunal Federal na ADIN n. 2492. Destaca que a referida omissão inviabiliza o exercício de direitos reconhecidos pela Constituição. Aponta jurisprudência favorável. Requer o deferimento do benefício da justiça gratuita. Daí pretender a concessão do direito pleiteado, bem como a edição da Lei que garanta o reajuste da Polícia Militar, com fundamento no art. 37, X da Constituição Federal (fls. 01/09).

Vieram as informações das autoridades impetradas (fls. 31/39 e 41/61).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 76/91).

É o relatório, em síntese.

Preliminarmente, merece acolhimento a preliminar de ilegitimidade passiva do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, na medida em que, de acordo com o art. 3º da Lei nº 13.300/16, o legitimado para figurar como impetrado no mandado de injunção é o "Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora".

Acesso ao Sumário

Ocorre que, nos termos do art. 24, § 2º da Constituição do Estado de São Paulo, compete ao Chefe do Executivo Estadual a iniciativa de leis que disponham sobre servidores públicos do Estado e "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".

Ante a inexistência de projeto de lei sobre a matéria, pendente de apreciação pela Casa Legislativa, de rigor a exclusão do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo do polo passivo do presente *mandamus*, extinguindo-se o feito, de acordo com o art. 485, inciso VI, do

Código de Processo Civil.

Destarte, a preliminar de ausência de interesse processual se confunde com o mérito, o qual será analisado apenas em relação ao Exmo. Governador do Estado de São Paulo.

Pretende o impetrante, por meio deste mandado de injunção, a concessão da ordem para: "a) a concessão do direito pleiteado, em virtude da procedência do pedido indenizatório no importe de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título indenizatório; b) requer na variação percentual do INPC de 01/03/2014 a 01/03/2015, calculada sobre o salário-base ou vencimento padrão da parte autora de março de 2015 a fevereiro de 2016, e respectivos reflexos; c) requer na variação percentual do INPC de 01/03/2014 a 01/03/2016, calculada sobre o salário-base ou vencimento padrão da parte autora de março de 2016 a fevereiro de 2017, e respectivos reflexos; d) requer na variação percentual do INPC de 01/03/2014 a 01/03/2017, calculada sobre o salário-base ou vencimento padrão da parte autora de março de 2017 a fevereiro de 2018, e respectivos reflexos, bem como até o trânsito em julgado; e) requer que os valores sejam atualizados a partir da data de cada vencimento e acrescidos de juros moratórios desde a data da citação, nos moldes do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, bem como atualização pela Tabela do Tribunal de Justiça; e f) requer que seja realizada a Lei que garanta o reajuste da Polícia Militar, sobre o Art. 37, X da Constituição Federal" (fls. 07/08).

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inciso LXXI, que "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

A via constitucional, portanto, destina-se a sanar omissão legislativa decorrente da existência de normas constitucionais de eficácia limitada, as quais necessitam de regulamentação do legislador infraconstitucional para assegurarem o exercício dos direitos nelas assegurados, relativos à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Como visto, o impetrante aduz omissão legislativa no que se refere ao direito de revisão geral anual de seus vencimentos, entre os anos de 2014 a 2017, sustentando que o Estado de São Paulo não editou lei específica para dar cumprimento ao disposto no art. 37, inciso X, da Constituição Federal, e no art. 115, inciso XI, da Constituição do Estado de São Paulo.

Além de pretender a edição da lei, dispondo sobre a revisão dos vencimentos, o impetrante requer o pagamento de indenização, no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), pelos prejuízos em que incorreu, ante a ausência de revisão anual nos exercícios entre 2014 a 2017.

Ocorre que, conforme consta da própria petição inicial, no caso em análise

Acesso ao Sumário

a norma pretendida já foi editada, na medida em que a Lei Estadual nº 12.391/06 dispõe exatamente sobre a revisão anual da remuneração dos servidores públicos da administração direta e das autarquias do Estado de São Paulo, fixando, em 1º de março, a data-base para a referida revisão.

Assim, constata-se a inadequação da via eleita pelo autor, na medida em que presente regulamentação do direito que lhe foi assegurado na Constituição, não havendo que se falar em omissão do Poder Público.

Isso porque, o mandado de injunção não é o procedimento correto para discutir o eventual descumprimento da mencionada lei regulamentadora pelo Estado de São Paulo, nem se presta a questionar a cobrança de valores indenizatórios.

Com efeito, como ensina Hely Lopes Meirelles, "mandado de injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, art. 5º, LXXI). Se a Constituição conferiu mera faculdade ao legislador, não cabe o mandado de injunção. Se a norma existe, não cabe o mandado de injunção, mas, sim, o exame de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade" (Direito Administrativo Brasileiro. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 844).

Outro não é o entendimento deste Colendo Órgão Especial:

"MANDADO DE INJUNÇÃO – ARGUIÇÃO DE OMISSÃO LEGISLATIVA REFERENTE À CONCESSÃO DE REVISÃO GERAL ANUAL DA REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES DO ESTADO, NOS ANOS DE 2014 A 2017 – ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DOS ARTS. 37, X, DA CF, E 115, XI, DA CE; ALÉM DA LEI ESTADUAL 12.391/06, QUE REGULAMENTOU TAIS ARTIGOS E FIXOU O DIA 1º DE MARÇO DE CADA ANO COMO DATA BASE DA REVISÃO DA REMUNERAÇÃO – PEDIDO DE CONCESSÃO DO REAJUSTE SALARIAL (RETROATIVO E ATUAL) E DE PAGAMENTO, NESTES AUTOS, DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, NO IMPORTE DE R$ 200.000,00 – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – EXECUTIVO ESTADUAL QUE JÁ EDITOU ATO NORMATIVO QUE REGULAMENTA PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE REVISÃO ANUAL DA REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS – INSTRUMENTO PROCESSUAL ELEITO PELO REQUERENTE QUE NÃO SE CONFUNDE COM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, TAMPOUCO SERVE PARA OBTENÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS OU MORAIS – MANDADO DE INJUNÇÃO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO" (TJSP; Mandado de Injunção 2207832-76.2017.8.26.0000; Relator: João Negrini Filho; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São

Acesso ao Sumário

Paulo – N/A; Data do Julgamento: 22/11/2017; Data de Registro: 30/11/2017).

"Mandado de injunção. Alegação de ausência de lei destinada a regulamentar o direito à revisão geral anual de vencimentos dos servidores estaduais. Mora legislativa na realidade inocorrente, eis que no âmbito local a matéria já é regulamentada pela Lei n.º 12.391/2006. Exame de eventual descumprimento de norma infraconstitucional que foge do âmbito do mandado de injunção. Ordem denegada" (TJSP; Mandado de Injunção 2128254-98.2016.8.26.0000; Relator: Arantes Theodoro; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo – N/A; Data do Julgamento: 09/11/2016; Data de Registro: 10/11/2016).

Ante o exposto, acolhe-se a preliminar de ilegitimidade passiva para extinguir o feito em relação ao Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, com fulcro no art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, e, no mérito, denega-se a ordem.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0005592-82.2014.8.26.0471/50000, da Comarca de Porto Feliz, em que é agravante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado P. DE J. DA V. I. E J. DE S.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Agravo interno provido. V.U. Acórdão com o 3º Juiz. Retorna, a seguir, ao Relator sorteado para julgamento do mérito.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.812)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO), relator designado, ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), relator, ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 23 de abril de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator Designado

Ementa: AGRAVO INTERNO

Ação Civil Pública. Pedido julgado procedente. Sentença que impôs à Administração Pública Direta Estadual obrigação de fazer, objetivando o cumprimento de normas de proteção contra incêndio em escolas.

Decisão monocrática negou a aplicação do reexame necessário na hipótese.

Procedência do pedido que enseja o duplo grau obrigatório em virtude da presença da Fazenda do Estado de São Paulo no polo passivo e da iliquidez do valor da condenação.

Aplicação subsidiária do CPC – art. 19 da Lei nº 7.347/85.

Inteligência do artigo 496, I.

Acesso ao Sumário

Agravo provido.

VOTO

1. Trata-se de **agravo** contra decisão **monocrática** (fls. 407a/409) que rejeitou os embargos de declaração opostos pela agravante, através do qual pretendia ver sanado o erro material, consistente em ausência de manifestação a respeito de análise de reexame necessário da sentença que julgou procedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Daí a reforma.

É o relatório.

2. Fundada a pretensão recursal.

A sentença julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público em **ação civil pública**, impondo à Administração Pública Direta Estadual obrigação de fazer, objetivando o cumprimento das normas de proteção contra incêndio nas escolas relacionadas no pedido inicial.

O recurso de apelação interposto pela agravante, intempestivo, não foi conhecido.

Opostos embargos de declaração, entendeu-se pela não aplicação do reexame necessário, sob o argumento de que o instituto só se aplica a ações civis públicas em caso de improcedência parcial ou total dos pedidos. Tal raciocínio vem calcado em posição firmada pelo **Superior Tribunal de Justiça**:

> *"Processual Civil. Ação Civil Pública. Reparação de danos ao erário. Sentença de Improcedência. Remessa Necessária. Artigo 19 da Lei 4.717/65. Aplicação. 1 – Por aplicação analógica da primeira parte do artigo 19 da Lei n. 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário. Doutrina. 2 – Recurso Especial provido"* (REsp n. 1.108.542/SC).

De fato, pelo critério da natureza da demanda – ação civil pública –, não há reexame necessário, pois, consonante redação do art. 19 da Lei 4.717/65, aplicado por analogia, a procedência do pedido não enseja o duplo grau obrigatório.

Ocorre que, no caso, impõe-se a reanálise em virtude da presença da Fazenda do Estado de São Paulo no polo passivo.

Daí se conclui que as sentenças proferidas em ação civil pública ou ação coletiva, em regra,

> *"não se sujeitam ao duplo grau obrigatório de jurisdição, exceto nestes casos, em que só produzirão efeito depois de confirmadas pelo tribunal:"*
>
> *"1) Carência ou improcedência de ação civil pública com o mesmo objeto que poderia ter sido pedido em ação popular, por analogia ao art.*

Acesso ao Sumário

19 da Lei n. 4.717/65;"

"2) Carência ou improcedência, proferidas em ação civil pública que verse interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiência;"

"3) Sentença desfavorável à Fazenda, nos casos gerais Código de Processo Civil, que é de aplicação subsidiária ao processo coletivo. Assim, estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição as sentenças a) proferidas contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de Direito Público; b) que julgarem procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Nesses casos, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo deverá o presidente do tribunal avocá-los;"

"4) Sentença que conceda a ordem, no mandado de segurança coletivo" (**HUGO NIGRO MAZZILLI**, "A defesa dos interesses difusos em juízo" – Editora Saraiva – 23ª ed. – p. 534).

Embora a aplicação do Código de Processo Civil no microssistema das tutelas coletivas seja subsidiária, inexistindo vedação na legislação específica, não há que se negar vigência à prerrogativa inserta no art. 496, I, da lei processual.

Nesse sentido:

"... o legislador não pretendeu criar sistema recursal específico para a ação civil pública, preferindo acolher o sistema de recursos previsto no CPC e dispor muito sumariamente sobre aspectos em que pretendeu estabelecer norma própria para essa via processual. Isso porque: a) o CPC é a lei ordinária nesta matéria, não se justificando, no caso, a criação de sistema recursal diferenciado, posto que o existente satisfaz plenamente; e b) a própria LACP manda aplicar o CPC a ação civil pública, 'naquilo em que não contrarie suas disposições' (art. 19), de sorte que, não possuindo a LACP sistema recursal próprio, é caso de aplicação subsidiária do regime do CPC, observadas as peculiaridades contidas nos arts. 12 e 14 da LACP" (**JOÃO BATISTA DE ALMEIDA** – "Aspecto Controvertidos da Ação Civil Pública" – 3ª ed. – p. 210).

Nem mesmo as alterações trazidas no § 3º, do art. 496 do CPC, referentes aos limites do valor da causa, impedem essa conclusão. Isso porque a sentença versa sobre direito fundamental, sendo considerada ilíquida, circunstância que reclama a aplicação da Súmula 108 deste **Tribunal de Justiça**.

3. Dou provimento ao agravo, conhecendo da remessa obrigatória, para análise do feito.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005313-30.2017.8.26.0168, da Comarca de Dracena, em que é apelante M.V.S.J., é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE D.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.112)**

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, 14 de maio de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Apelação – Ato infracional equiparado à conduta tipificada no artigo 33, "caput" e 35 "caput", da Lei nº 11.343/06 – Sentença que julgou procedente a representação e impôs ao adolescente a medida socioeducativa de internação – Apelo visando à improcedência da representação por fragilidade do conjunto probatório e, subsidiariamente, à desclassificação para o artigo 28 da referida Lei – Desacolhimento – Materialidade e autoria comprovadas – Negativa isolada nos autos – Apreensão do adolescente e prisão dos imputáveis em flagrante de tráfico de entorpecentes após operação de inteligência policial para desmonte de extensa rede de distribuição de drogas na cidade e região, por meio de monitoramento e interceptação telefônica autorizada pelo Judiciário – Função exercida pelo adolescente para garantia da realização de qualquer dos atos descritos no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 – Medida extrema que guarda relação de proporcionalidade com a gravidade dos atos infracionais perpetrados e, principalmente, em consonância com as circunstâncias pessoais desfavoráveis do apelante, que ostenta outros

Acesso ao Sumário

12 apontamentos de atos infracionais relacionados à ameaça, furto e lesão corporal, já tendo sido, inclusive, submetido à prestação de serviços à comunidade e medida de liberdade assistida, sem que tenha surtido efeito – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo jovem M.V.S.J. (dn (...)) contra a r. sentença (fls. 156/168) que lhe aplicou a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, pela prática do ato infracional previsto no artigo 33 *caput* e 35 *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Apelo visando, em síntese, à desclassificação do ato infracional para o previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/2006, sustentando ser usuário de entorpecentes. Requer também, a improcedência da representação, sob a assertiva de fragilidade no conjunto probatório acerca da autoria da prática de tráfico de drogas. Caso vencida a sua tese, derradeiramente postula a imposição de medida mais branda, em observância aos princípios da proporcionalidade e individualização das penas (fls. 180/186).

Bem processado o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 197/201), mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos (fls. 202/203) e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 217/220).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Consta da representação que no dia (...), na Rua (...), nº (...), (...), na cidade e comarca de (...), o adolescente M.V.S.J., agindo em comunhão de esforços e unidade de desígnios com os imputáveis F.V.O. e T.F. guardavam e tinham em depósito, com finalidade de entrega a consumo de terceiros, 189,45g, de "maconha", bem como 33 invólucros contendo 6,23g de cocaína, substâncias, essas, entorpecentes capazes de causar dependência física e psíquica, e sem autorização, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

As provas colhidas autorizam a procedência da representação, tal como formulada.

A materialidade restou demonstrada do que se infere do auto de exibição e apreensão (fls. 39/41), do laudo de constatação provisória (fls. 24/26 e 27/29) e do laudo definitivo, identificando os entorpecentes "Cannabis Sativa L" e "cocaína" (fls. 125/127 e 129/131).

A autoria também é inconteste, em que pese a negativa do adolescente em juízo.

Acesso ao Sumário

A propósito, a versão do ora recorrente no sentido de que "não sabia que os outros jovens mexiam com isso" e que tinha "ido receber um dinheiro para L.F., o qual se encontrava em Mato Grosso", diferente de como quer fazer crer a combativa defesa, não se mostra convincente. Primeiramente porque, além dos testemunhos e as provas coligidas pelos investigadores da polícia civil, que estavam no devido cumprimento do dever legal, o adolescente não trouxe nenhum contraindício que pudesse colocar em dúvida a veracidade dos fatos.

Nada obstante, como bem lançado na r. sentença, R.O.F., investigador da polícia civil, arrolado como testemunha na representação, em seu depoimento afirmou que a apreensão do adolescente e a prisão dos imputáveis se deram após trabalho da inteligência policial, com monitoramento dos envolvidos e interceptações telefônicas realizadas, por um período aproximado de 3 (três) meses. Durante a investigação denominada "Operação Ixion", visando o combate e a repressão ao tráfico de drogas na referida comarca, apuraram ser o adolescente participante de uma extensa rede de distribuição de drogas na cidade e região, atuante como, também, encarregado de distribuir e receber as drogas da associação.

Durante o cumprimento dos mandados de prisão, busca e apreensão, lograram êxito em deter os envolvidos e o adolescente na residência usada para a guarda, e, também, em apreender as drogas descritas na inicial.

Convém destacar que a declaração da testemunha A.F. vai ao encontro do que ficou consignado nas peças informativas, revelando sua veracidade (mídia).

No que se refere aos depoimentos de policiais, esses são colhidos sob o compromisso de dizerem a verdade como qualquer pessoa na condição de testemunha, sob pena de incidir no crime de falso testemunho, conforme o disposto no art. 342, do Código Penal e, ainda, há de consignar que seus relatos são sopesados em confronto com as demais provas e circunstâncias da apreensão.

Igualmente, seria contrassenso o Estado selecionar pessoas para integrar o quadro da Polícia e depois suspeitar delas quando agem no cumprimento de seu dever legal. Assim já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Min. Celso de Mello, no julgamento do HC 74.608-0 DJU 11.04.97, p. 12.189.

Portanto, dar crédito àquele que é apreendido em plena e objetiva ação infracional, em detrimento das palavras de agentes do Estado, que cumpriam seu dever funcional de efetuar o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública, seria inverter de tal forma os valores que se deixaria em descrédito a própria Justiça.

Assim, a constatação da atividade infracional depreendida de investigação por meio de inteligência policial, a quantidade de droga apreendida, a forma

Acesso ao Sumário

de acondicionamento e as circunstâncias em que se deu a diligência, reforçam a convicção de que o representado tinha como função o auxílio na prática da circulação da substância entorpecente. Em outras palavras, diante do contexto probatório, não há como se duvidar e desmerecer os indícios da prática do tráfico ilícito de entorpecentes.

Vale destacar, ademais, que a venda de substâncias entorpecentes constitui apenas uma das condutas típicas e não *condictio sine qua non* do delito de tráfico ilícito, vez que deve ser considerado traficante não apenas quem comercializa entorpecente, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação de drogas, como, por exemplo, aquele que a 'guarda' ou a 'mantém em depósito' ou, ainda 'entrega a consumo ou fornece, ainda que gratuitamente'.

Outrossim, consigne-se que o fato de o adolescente ser usuário de drogas não induz à conclusão de que as drogas referidas na representação não se destinassem ao tráfico. Aliás, muito comum mesmo que usuários de substâncias entorpecentes, para manterem o vício, passem também a comercializar drogas. É de se observar, também, que o adolescente possui residência na cidade de (...), com sua genitora, porém foi apreendido na cidade de (...), corroborando as investigações policiais.

Não há que se falar, destarte, na desclassificação para o art. 28 da Lei Especial pretendida pela douta defesa e, tampouco, no acolhimento do pedido de improcedência da representação.

A r. sentença também se mostra incensurável com relação à medida socioeducativa imposta.

No presente caso, a perpetração de ato infracional de natureza grave, equiparado a crime hediondo, por si só revela o severo desvio comportamental do recorrente, a merecer especial atenção do Estado.

Além da gravidade da conduta infracional praticada, verifica-se dos autos que o perfil do apelante milita em seu desfavor.

De acordo com as fls. 60/63, o jovem registra outros 12 apontamentos pela prática de atos infracionais, quais sejam de lesão corporal, ameaça, de Trânsito e furto, já tendo sido submetido à prestação de serviços à comunidade e medida de liberdade assistida, a qual descumpriu, dessa forma, acertada a medida socioeducativa de internação aplicada.

Acesso ao Sumário

O tráfico de drogas, como é sabido, deve ser considerado um dos atos infracionais mais graves, pois é prática que vem disseminando o vício entre a população mais vulnerável, ou seja, mais jovem e mais desprotegida da sociedade, e que revela, da parte de seus autores, total ausência de preocupação com a própria vida e com a do próximo, além de demonstrar também vivência infracional, na medida em que tem íntima relação com toda a sorte de ilícitos.

Diante desse quadro, não há dúvida de que, em meio aberto, não se tem

garantia que o recorrente não continuará vulnerável ao envolvimento no mundo das drogas e às práticas ilícitas e, dessa forma, a internação, além de cabível, mostra-se como intervenção necessária a sua socialização.

Em tais circunstâncias, não se vislumbram motivos suficientes a justificar a aplicação de medida menos gravosa, mostrando-se mais adequada a internação, que permitirá ao adolescente receber a orientação que necessita para dar continuidade aos estudos e se capacitar profissionalmente.

De qualquer modo, será ele periodicamente avaliado, podendo obter a reversão da medida quando vier a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto respeitado os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Isso posto, **nega-se** provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002558-30.2015.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que são apelantes FUNDAÇÃO CASA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, é apelada DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Converteram o julgamento em diligência. Acórdão com o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.121)**

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, 28 de maio de 2018.

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Relator Designado

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO MOVIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, IMPONDO À FUNDAÇÃO CASA E À FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL OBRIGAÇÃO DE INSTALAR, NAS UNIDADES DE INTERNAÇÃO DE MENORES INFRATORES DA COMARCA DE GUARULHOS, EQUIPAMENTOS

Acesso ao Sumário

ELETRÔNICOS DESTINADOS À REVISTA DE VISITANTES, A FIM DE SE EVITAR OS MEIOS VEXATÓRIOS DE TAL PROCEDIMENTO. NECESSIDADE DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO ENTRE AS PARTES ENVOLVIDAS.

1. Situação conflituosa na qual o Poder Judiciário deve – até mesmo por dever de ofício (CPC, arts. 3º, §§ 2º e 3º e 165) – buscar promover e incentivar a conciliação entre as partes, o que na verdade de encontro aos interesses públicos em litígio, uma vez que, em última análise, é o que perseguem esses dois órgãos públicos neste litígio.

2. No presente caso, essa busca por uma solução a ser construída em conjunto pelas partes envolvidas faz-se ainda mais evidente, posto que, ao final, sendo a decisão definitiva num ou noutro sentido, desatenderá o interesse público.

3. Existência de múltiplas variáveis importantes que estão envolvidas com a decisão a ser proferida neste recurso e que deve buscar solução que melhor atenda ao interesse público.

4. Necessária conversão do julgamento em diligência para que seja designada uma sessão de conciliação entre todas as partes envolvidas nesta ação, visando assim buscar uma solução a ser construída entre elas em conjunto para que o interesse público que serve de fundamento a essa demanda possa ser satisfatoriamente atendido.

5. Julgamento convertido em diligência.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Tratam-se de apelações interpostas pela Fundação CASA e pela Fazenda Pública Estadual contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Guarulhos (fls. 427/441), que julgou procedente ação civil pública, movida pela Defensoria Pública, e condenou as recorrentes a providenciarem a aquisição de equipamentos eletrônicos (*scanner* corporal, detector de metais ou aparelhos eletrônicos similares), a fim de realizar

de forma adequada e digna a revista dos visitantes às unidades da Fundação CASA do Município, nos moldes da Lei nº 15.552/14, bem como promover as reformas necessárias para a instalação e operacionalização desse sistema no prazo de seis meses contados do trânsito em julgado da sentença, sob pena de penhora eletrônica dos valores necessários ao cumprimento da obrigação imposta, proibindo-se, após o funcionamento do sistema, os meios de revista íntima vexatória e ofensiva à dignidade da pessoa.

Em sua apelação a Fundação CASA alega, em síntese, que a providência não encontra respaldo na legislação, além de ofender o principio da separação dos poderes e as diretrizes orçamentárias pré-estipuladas e legalmente limitadas. Aduz que a determinação judicial traduz indevido ativismo do Poder Judiciário, já que a obrigação imposta não conta com respectiva previsão legal, não sendo aplicável à seara infanto-juvenil, os preceitos da Lei nº 15.552/14, editada exclusivamente para regular o procedimento em destaque, no âmbito do sistema penitenciário, tanto que contém veto do Governador quanto a possível incidência de seus preceitos ao sistema socioeducativo. Esclarece que há projeto de Lei em trâmite pelo Congresso Nacional para regulamentação do procedimento de revistas nas unidades da Fundação CASA. Afirma que a obrigação em comento viola, de forma frontal, a separação e independência dos Poderes, consagrados no artigo 2º da Constituição Federal. Também aponta que provimentos do tipo constitui indevida intromissão do Judiciário nas políticas públicas de competência do Executivo, o qual dispõe de ampla discricionariedade para matéria da espécie, não se inserindo a questão no conceito do mínimo existencial, a legitimar a excepcional intervenção judicial. Aponta que não há provas concretas de que as revistas, da forma como são realizadas, trazem efetivo constrangimento aos visitantes ou que tal procedimento implique em prejuízos aos socioeducandos, com o desestímulo das visitas. Acrescenta, ainda, que relatório da instituição, dá conta do encontro, no interior da unidade, de objetos ilícitos, fato que legitima a mitigação ao direito à intimidade. Também reclama indevida a vedação geral e incondicional da revista íntima, após a instalação do novo sistema, visto que a própria Lei nº 15.552/14, em casos excepcionais, admite sua realização conforme dispõe em seu artigo 4º. Ressalta o impacto da sentença recorrida, tendo em vista os efeitos *erga omnes* do provimento formulado em sede de ação civil pública, segundo prevê o artigo 16 da Lei nº 7347/85 e que a implementação da obrigação no prazo estipulado, esbarra na normatização orçamentária vigente, além de se mostrar inviável, mercê da obrigatoriedade de licitação para seu cumprimento, especialmente diante do altíssimo custo da aquisição dos equipamentos, estimado em cerca de R$ 1.800.000,00, pena de se incorrer em crime de responsabilidade. Reclama a aplicação, *in casu*, da teoria da reserva do possível. Por fim, defende a impossibilidade de ser determinada a penhora eletrônica em caso de inadimplemento da obrigação, segundo o que dispõem os

Acesso ao Sumário

artigos 513 e ss, do CPC e 100 da Constituição Federal, sobretudo, tratando-se de obrigação de valor incerto. Requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença para julgar improcedente o pedido inicial ou, alternativamente, alterar o dispositivo da sentença, para obrigar a Fundação Casa, após o trânsito em julgado da sentença, incluir na previsão orçamentária para o próximo exercício os recursos necessários para a efetivação do comando judicial (fls. 467/488).

A Fazenda Estadual, por sua vez, alega, preliminarmente, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda, vez que a Fundação requerida possui personalidade própria, bem como, autonomia administrativa e financeira. No mérito aduz que a determinação viola a normatização orçamentária anual e o principio da separação dos poderes. Destaca que a decisão recorrida viola a disposição dos artigos 2º e 60 da Constituição Federal, na medida em que usurpa função típica do Executivo, além de desvirtuar os limites da proposta orçamentária e se imiscuir, de forma indevida, na seara de discricionariedade do administrador na escolha da implementação das políticas públicas prioritárias. Aponta que, para o cumprimento da obrigação imposta, é imprescindível a prévia existência de disponibilidade financeira para a sua execução, portanto, a questão deve se pautar no princípio da reserva do possível. Também por esta razão, diz que a obrigação atribuída desrespeita os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, da moralidade, da publicidade e eficiência, cuja inobservância acarreta ao administrador sanção por crime de responsabilidade. Por fim, reclama a impossibilidade de determinação de sequestro de verbas, cuja excepcional providência apenas é atribuída ao Presidente do Tribunal, nos casos especificamente previstos em Lei e não a qualquer outra autoridade e em qualquer espécie de processo. Requer o provimento do recurso para julgar improcedente a ação ou, alternativamente, afastar a determinação de bloqueio de contas públicas para a satisfação da obrigação ou, ainda, a ampliação do prazo estipulado na sentença, a fim de viabilizar o planejamento orçamentário para o adimplemento da obrigação. Requer, ainda, o prequestionamento da matéria debatida (fls. 502/509 v.).

Apresentadas contrarrazões (fls. 515/525 e 526/537 verso), a r. sentença foi mantida (fls. 539) e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos apelos (fls. 547/562).

É o relatório.

2. Antes de adentrar no mérito do presente recurso, convém alertar para uma questão extremamente delicada que está na base do "thema decidendum" consistente na disputa instalada entre dois órgãos do Estado atuando em frentes opostas mas que, nem por isso, estão impedidos de tentar buscar uma solução razoável e adequada à situação conflituosa aqui retratada. E, o Poder Judiciário, nessas hipóteses, deve – até mesmo por dever de ofício (CPC, arts. 3º, §§ 2º e 3º e 165) – buscar promover e incentivar a conciliação entre as partes, o que na

verdade de encontro aos interesses públicos em litígio, uma vez que, em última análise, é o que perseguem esses dois órgãos públicos neste litígio.

No presente caso, essa busca por uma solução a ser construída em conjunto pelas partes envolvidas faz-se ainda mais evidente, posto que, ao final, sendo a decisão definitiva num ou noutro sentido, desatenderá o interesse público. Isto porque, se procedente a demanda, implicará na imposição de um gasto extremamente elevado para o Erário Público com a contratação de locação dos equipamentos eletrônicos para realização de revista pessoal nos visitantes ou, quiçá, na aquisição desses aparelhos. Nessa última hipótese, o gasto será mais elevado, conforme apuração que tomou por base as despesas efetuadas pela Secretaria de Administração Penitenciária em relação aos presídios do Estado. De outro lado, na hipótese de improcedência da ação, a realização de revista íntima nas pessoas interessadas em visitar os internos da Fundação CASA continuará a ser realizada, por prazo indefinido, através do método atual, o que também não atende ao interesse público, pois tal obrigação de aprimoramento na forma de prestação do referido serviço público posto à disposição da população permanecerá sob a conveniência única e exclusivamente do gestor público.

Em relação especificamente à hipótese aqui tratada, a Fundação CASA, conforme noticiado em memorial trazido por seus II. Defensores antes da sessão de julgamento anterior, cuja juntada aos autos foi determinada e houve manifestação expressa de interesse do Governo do Estado na implantação gradual dos equipamentos eletrônicos para realização de revista pessoal nos visitantes dos internos de seus Centros de Atendimento em todo o Estado de São Paulo. Porém, em razão do alto custo de cada um daqueles aparelhos, propõe um cronograma para cobrir toda a sua rede, fazendo inclusive uma projeção quanto à redução de custos a longo prazo, por conta da substituição dos atuais postos de vigilância por postos de porteiros, embora impactando em demissão das pessoas contratadas que atualmente prestam esse serviço de forma mecânica.

Portanto, há múltiplas variáveis importantes que estão envolvidas com a decisão a ser proferida neste recurso e que deve buscar solução que melhor atenda ao interesse público.

Ainda que já tenha sido tentada anteriormente uma composição entre as partes (fls. 178/180), isto ocorreu há mais de dois anos e, agora, as circunstâncias mostram-se totalmente diversas, mesmo porque já há uma experiência na utilização dos equipamentos eletrônicos de revista pessoal nos estabelecimentos prisionais sob responsabilidade do Estado. E é possível vislumbrar uma predisposição por parte dos órgãos públicos na implantação gradual da infraestrutura necessária, como demonstra a proposta formulada, por ofício, pela Fundação CASA à Secretaria de Estado de Cidadania e Justiça, cuja cópia acompanha o memorial que foi juntado a estes autos.

Acesso ao Sumário

Por todas essas razões, é de rigor que o presente julgamento seja convertido em diligência para que seja designada uma sessão de conciliação entre todas as partes envolvidas nesta ação, visando assim buscar uma solução a ser construída entre elas em conjunto para que o interesse público que serve de fundamento a essa demanda possa ser satisfatoriamente atendido. Acrescente-se, se a medida aqui proposta restar infrutífera caberá ainda a interposição de recursos contra a decisão que vier a ser proferida a final, cujo processamento poderá prolongar eventual solução definitiva desta demanda.

3. Do exposto, **converte-se o julgamento em diligência para que seja realizada sessão de conciliação entre todas as partes envolvidas nesta ação, providenciando a Serventia a abertura de conclusão dos autos para designação de data para tal finalidade.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005196-70.2017.8.26.0637, da Comarca de Tupã, em que é apelante MUNICÍPIO DE TUPÃ, é apelado A.A.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso voluntário e negaram provimento ao reexame necessário, V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43951)**

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, 8 de junho de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO DA MUNICIPALIDADE. 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. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. DIREITO CONSTITUCIONAL

AUTOAPLICÁVEL, PREVISTO NA NORMA DO ART. 208, IV, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DA MUNICIPALIDADE. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO EM CUSTAS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 141, § 2º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO COM RAZOABILIDADE, MODICIDADE E PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO E RECURSO DA MUNICIPALIDADE PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Trata-se de apelação e reexame necessário, nos autos da ação de rito ordinário ajuizada por A.A.S., representado pela genitora, contra o Município de Tupã. A r. sentença de fls. 152/157, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido para, confirmada a tutela antecipada concedida às fls. 30/31, determinar que o Município realize a matrícula do autor na "CMEI Almerinda de Souza" ou em outro estabelecimento educacional que se situe a até 2 km de distância da residência da criança, devendo ser fornecido transporte em caso diverso, além de custas e despesas processuais, e honorários advocatícios fixados em R$ 500,00 (quinhentos reais).

O Município interpôs recurso de apelação. A Municipalidade de Tupã sustenta que não está se recusando e nem se omitindo em relação à sua obrigação constitucional de garantir à criança o direito à vaga na rede pública de ensino, e que ao contrário disso está construindo duas novas creches e reformando e ampliando outras unidades escolares, porém toda obra pública deve obedecer à lei de licitação, além de outros entraves legais e políticos visando ao repasse de verbas públicas ao Município, o que gera um moroso processo entre o início e a conclusão das obras. Invoca o princípio da separação de poderes e da reserva do possível. Afirma que não cabe ao interessado a escolha da unidade educacional, e que não é cabível a condenação em custas processuais ante o disposto no artigo 141, § 2º, da Lei nº 8.060/90. Requer a exclusão da condenação ao pagamento de honorários advocatícios e a reforma da sentença (fls. 164/187).

Apresentadas contrarrazões (fls. 202/211), subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos (240/244).

É o relatório.

Além do recurso de apelação interposto, há reexame necessário nos

Acesso ao Sumário

termos do artigo 496, § 2º, do Código de Processo Civil em vigor, e da Súmula nº 490 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, editada na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que, em caso de inércia do Poder Público que represente violação de direito garantido na Constituição por norma de caráter programático, poderá o Poder Judiciário formular e implantar políticas públicas: *"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). / (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um* facere *(atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de*

cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere *ou* non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello). / (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a 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*

Acesso ao Sumário

clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado" (ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04).

Portanto, em caso de desrespeito ao direito constitucional à educação, é admissível a intervenção do Poder Judiciário para sua efetiva implementação, sem que esteja configurada violação ao princípio da separação dos Poderes.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO À CRECHE. CRIANÇAS DA ZERO A SEIS ANOS. INSCRIÇÃO DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE VAGAS. NÃO COMPROMETIMENTO DO TRABALHO PEDAGÓGICO. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-ROBATÓRIO. 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).

Acesso ao Sumário

Além disso, é possível afirmar que o direito constitucional à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade, fundado no artigo 208, IV, Constituição Federal, é autoaplicável.

E o mínimo existencial, presente no direito fundamental à educação, prepondera sobre eventual limitação orçamentária à sua implementação, bem como sobre a disponibilidade de vagas.

Ainda, é atribuição primordial dos Municípios a atuação prioritária na educação infantil, conforme artigo 211, § 2º, Constituição Federal, por meio da oferta de vaga em creches e pré-escolas (art. 11, V, Lei nº 9.394/1996).

Esta E. Câmara Especial já decidiu, em caso análogo, nos seguintes termos: *"Recurso Oficial. Ação de Obrigação de fazer. Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a criança, em unidade próxima de sua residência. Pedido procedente. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes, da discricionariedade administrativa e da igualdade. Manutenção da obrigação alternativa de custeio em entidade privada, em face de descumprimento. Responsabilização do Município pelo transporte da criança em caso de matrícula em unidade distante de sua residência. Necessidade. Desdobramento do direito à educação. Recurso oficial desprovido"* (Reexame Necessário nº 0008950-25.2015.8.26.0114 – Campinas, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Pinheiro Franco, j. em 14.12.15).

No mais, as Súmulas nº 63 e nº 65 deste E. Tribunal de Justiça preveem, respectivamente, que *"é indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território"*, e 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 deve ser interpretada no sentido de que a instituição seja localizada até dois quilômetros da residência da criança, salvo se constatada alguma necessidade especial. É inviável, de outro lado, a escolha específica pelo impetrante (Reexame Necessário nº 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15).

Competindo à Administração Pública a escolha da escola em que providenciou a vaga à criança no curso da demanda (CMEI Almerinda de Souza Leão), será responsabilizada pelo transporte gratuito da criança, caso a unidade escolhida fique a mais de dois quilômetros de sua residência.

Não há custas ou despesas, conforme art. 141, § 2º, Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), devendo ser afastada a condenação ao pagamento das custas processuais.

No entanto, a verba honorária é devida em razão dos princípios da causalidade e da sucumbência, ressaltando-se que a pretensão inicial somente foi satisfeita após a intervenção judicial, devendo, portanto, ser mantido o valor

Acesso ao Sumário

arbitrado de R$ 500,00 (quinhentos reais) relativos a honorários advocatícios. Destaque-se, outrossim, que os honorários foram fixados com moderação e equidade, à vista da simplicidade da causa, motivo pelo qual são confirmados, sobretudo à míngua de recurso por parte da Defensoria Pública pleiteando qualquer majoração.

Pelo exposto, provejo em parte o recurso voluntário da Municipalidade para o fim de afastar, exclusivamente, a condenação ao pagamento das custas processuais, e nego provimento ao reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009240-21.2017.8.26.0286, da Comarca de Itu, em que é apelante MUNICÍPIO DE ITU, é apelado P. DE J. DA V. I. E J. DE I.

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 27.105)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 13 de junho de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Apelação cível – Infância e Juventude – Vaga em creche – Direito à educação – Pedido de homologação de acordo extrajudicial celebrado entre o Município e a parte – Impossibilidade – Ausência de interesse processual – Cumprimento de dever legal pelo ente público de direito público subjetivo de natureza constitucional – Capacidade jurídica do ente municipal para realizar negócios jurídicos autorizados pela lei local que prescinde, para sua eficácia, de chancela do Poder Judiciário – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo **Município de Itu** contra a r. sentença (fls.16/17) que julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, em pedido *de homologação de acordo extrajudicial* entre a municipalidade e o menor **K.L.S.F.** que visou à disponibilização de vaga em creche municipal.

Alega o Município, preliminarmente, a nulidade da r. sentença, uma vez que não foi acompanhada de fundamentação, representando negativa da prestação jurisdicional declarativa.

Aduz que a Administração Pública não se esquiva em cumprir sua responsabilidade na concretização da garantia ao direito à educação, e o faz dentro de seus recursos orçamentários, observando o princípio da reserva do possível, mas que não pode deixar de atender a outros direitos igualmente importantes.

Sustenta que a homologação é necessária para maior segurança jurídica entre as partes, salvaguardando direitos e obrigações, além de evitar desconfiança da sociedade. Nesse sentido, salienta que a segurança jurídica também é garantia constitucional.

Por fim, argumenta que a r. decisão fere os princípios da vedação da decisão surpresa, da cooperação entre as partes, da primazia da resolução do mérito, do estímulo a conciliação e da inafastabilidade do controle jurisdicional (fls.22/35).

Houve resposta (fls.40/47).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pelo desprovimento do recurso (fls.59/62).

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Por primeiro, saliente-se que a r. sentença está devidamente fundamentada, cumprindo os requisitos do artigo 489 do Código de Processo Civil. Entendendo o julgador pelo não conhecimento do mérito do pedido, embora sequer se possa falar em decisão do mérito na sentença que homologa acordo estabelecido pela vontade das partes, limita-se a fundamentação da decisão a aquilo que é necessário para justificar o reconhecimento da inexistência de uma das condições da ação.

Exigir-se a apreciação do mérito do pedido quando a sentença extingue o feito sem resolução do mérito, seria contrassenso absoluto, o que não se admite.

Também não procede a alegação de que a decisão fere o *princípio da não surpresa*, pois não houve supressão de atos procedimentais, nem ofensa ao princípio do contraditório.

Acesso ao Sumário

De outro lado, caracteriza-se o direito à educação como norma constitucional de eficácia plena. Tem o cidadão direito público subjetivo de exigir do Estado a realização de medidas para a concretização do direito ao acesso à educação gratuita e de qualidade.

O artigo 208, IV, da Constituição Federal, determinou ao administrador público o cumprimento de um dever (ordem) direto para com a população, qual seja, o fornecimento de meios para a educação infantil:

> *"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:*
>
> *(...)*
>
> *IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;"*

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 através da operação de creches (artigo 30, I, da Lei nº 9.394/1996), sejam elas públicas ou contratadas pelo Município junto aos particulares.

E por ser norma constitucional de eficácia plena que expressa direito subjetivo à educação, não pode o Município imiscuir-se de oferecer vaga em instituição de ensino infantil à criança. Nesse sentido entende esta Colenda Corte:

> ***Súmula nº 63, TJSP:*** *"É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território".*

E a disponibilização voluntária de vaga em creche pelo Município configura mero cumprimento de dever, o que prescinde de validação do ato pelo Poder Judiciário.

Impende ressaltar, ademais, que o acordo extrajudicial tem força e

eficácia própria, considerando que se trata de negócio jurídico estabelecido pelo ente público fundado em lei específica (Lei Municipal nº 1.872/2017). Caso o acordo não seja cumprido por quaisquer das partes, a que se achar prejudicada terá interesse processual para invocar o Poder Judiciário, independentemente de prévia homologação judicial, em obediência ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da própria vinculação da atuação administrativa ao comando autorizado trazido pela lei local.

Assim, despido o argumento de que a homologação do acordo traria maior segurança jurídica entre as partes, pois o cumprimento, voluntário ou não, da obrigação ali assumida pelo município não carece de prévia homologação do negócio jurídico pelo Poder Judiciário. Aliás, o acolhimento da pretensão significaria, por via indireta, reconhecer-se a ausência de capacidade jurídica do município para estabelecer obrigações próprias autorizadas em lei local. Isto ensejaria se reconhecer que todo e qualquer negócio jurídico feito pelo Município, mesmo que autorizado por lei local, exigiria a atuação externa do Poder Judiciário para ser eficaz, o que não tem qualquer fundamento legal.

Sendo o Município pessoa jurídica de direito público interna, detém plena capacidade jurídica para se obrigar, nos termos da lei, não havendo de forma alguma obrigação de submeter suas manifestações de vontade a uma complementação ou homologação pelo Poder Judiciário. Ferir-se-ia de forma grave a autonomia jurídica e legal dos entes públicos, o que não se admite.

Em se tratando de negócio jurídico estabelecido entre o munícipe e o próprio ente estatal, com eficácia plena reconhecida por sua própria natureza jurídica de ato criador de direitos e obrigações, somente se haveria de falar em negativa de prestação jurisdicional no caso de inadimplemento e a negativa de se determinar, com a força coercitiva deferida ao Poder Judiciário, o seu cumprimento por quem se obrigou. Se não há recusa ao cumprimento daquilo que se acordou, não há que se falar em intervenção obrigatória do Poder Judiciário, especialmente ante a autorização dada pela lei local para a realização do ato.

Nem se diga pela aplicação ao caso da regra do artigo 57, da Lei nº 9.099/1995, eis que a regra não foi repetida na Lei nº 12.153/2009 (Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados), justamente por se pressupor que o estabelecimento de obrigações voluntárias pelo ente público pressupõe prévia autorização legal e, por isto, desnecessária a homologação judicial para sua segurança e eficácia.

O caso, assim, é de evidente falta de interesse processual pela municipalidade.

Por fim, a mera homologação do acordo – já dotado de eficácia executiva *lato sensu* – pelo Poder Judiciário não traz utilidade prática para o caso em concreto, a não ser sobrecarregar ainda mais o Poder Judiciário com ações

Acesso ao Sumário

judiciais sem a devida necessidade, indo de encontro à desjudicialização das relações jurídicas e à valorização das conciliações extrajudiciais.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

*"**PROCESSO CIVIL. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO. LEI 9.099/95. ART. 57. IMPOSSIBILIDADE.** (...) 5. Uma transação que inclua matéria não posta em juízo está claramente a exigir que a transação, para ser homologável, tem de se referir a uma lide previamente existente, ainda que tenha conteúdo mais amplo que o dessa lide posta. Assim, a transação para ser homologada teria de ser levada a efeito em uma ação já ajuizada. 6. É necessário romper com a ideia de que todas as lides devem passar pela chancela do Poder Judiciário, ainda que solucionadas extrajudicialmente. Deve-se valorizar a eficácia dos documentos produzidos pelas partes, fortalecendo-se a negociação, sem que seja necessário, sempre e para tudo, uma chancela judicial. (...) 8. Ao homologar acordos extrajudiciais, o Poder Judiciário promove meramente um juízo de delibação sobre a causa. Equiparar tal juízo, do ponto de vista substancial, a uma sentença judicial seria algo utópico e pouco conveniente. Atribuir eficácia de coisa julgada a tal atividade implicaria conferir um definitivo e real a um juízo meramente sumário, quando não, muitas vezes, ficto. Admitir que o judiciário seja utilizado para esse fim é diminuir-lhe a importância, é equipará-lo a um mero cartório, função para a qual ele não foi concebido. 9. Recurso especial não provido"* (STJ – Resp 1184267 MS 2010/0038495-2, Rel. MIN. NANCY ANDRIGUI – 3ª T – j. 15/12/2011).

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

Apelações/Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1005873-11.2017.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes F.A.F. (MENOR) e JUÍZO *EX OFFICIO*, são apelados S. DE E. DO M. DE S. e M. DE S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da autora e, em parte, ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.873)**

Acesso ao Sumário

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, 11 de maio de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER CONVERTIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA.

Conversão de ação ordinária em mandado de segurança – Violação ao art. 2º do CPC – Sentença anulada nesta parte.

Fornecimento de vaga em creche em período integral.

O atendimento em creche e pré-escola às crianças de até cinco anos de idade é dever do poder público, nos termos das normas inscritas no inciso IV do art. 208 da Constituição Federal e nos arts. 53, inciso V, e 54, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por outro lado, muito embora advenha do art. 211 do vigente Código político que a organização dos sistemas de ensino deva implementar-se em regime de colaboração dos entes políticos, pesa sobre os Municípios, prioritariamente, a atribuição quanto ao ensino fundamental e à educação infantil, esta última em ordem a abranger o fornecimento de creche e pré-escola, inclusive.

Súmulas 63 e 65 deste Eg. Tribunal de Justiça.

Honorários Advocatícios

Adequação de valores aos parâmetros firmados na Câmara Especial.

Honorários fixados em R$ 950,00, em atenção, na espécie, ao disposto nos §§ 8º e 11 do art. 85 do CPC.

Multa. Manutenção do valor da multa diária arbitrada. Razoabilidade e proporcionalidade. Valor a ser revertido ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município. Limitação, apenas, do valor total da multa em R$ 25.000,00.

Dou provimento ao recurso da autora e, em parte, ao

Acesso ao Sumário

reexame necessário.

VOTO

1. Trata-se de **apelações** e **remessa obrigatória** em **ação de obrigação de fazer** ajuizada pela menor F.A.F. (nascida em (...)), representada por sua genitora, contra o Município de Sorocaba, "**concedendo a segurança**" para determinar a matrícula da impetrante em creche, por período integral e parcial na pré-escola, próxima a sua residência (fls. 49/54).

Ela, em seu recurso, sustentou, em síntese, a nulidade da conversão da lide em mandado de segurança e a necessidade de fixação da verba honorária (fls. 94/108).

Sem resposta do Município (fl. 113).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento, em parte, dos recursos (fls. 125/129).

Instadas, as partes não se opuseram ao julgamento virtual (fl. 122).

É o relatório.

2. Dou provimento ao recurso da menor.

a) Da ação de obrigação de fazer convertida em mandado de segurança.

O mandado de segurança é um processo apenas documentário, em que a prova há de ser preconstituída, como ensina **CELSO BASTOS**: *"... a certeza e a liquidez do direito não é condição para o deferimento ou concessão da segurança, mas, mais especificamente, para a admissibilidade de seu conhecimento"* ("Do mandado de segurança" – Ed. Saraiva – 1982, p. 11).

Nesse quadro, a opção da autora pela propositura de demanda de obrigação de fazer mostra-se pertinente, moldando-se ao pleito diante de eventual necessidade de dilação probatória.

Demais disso, prevê o art. 2º do CPC que:

"O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei".

In casu, a tutela foi deferida em ação de obrigação de fazer (fl. 21). A municipalidade informou o atendimento da pretensão e pleiteou a conversão ora atacada (fls. 36/37). A autora concordou com a extinção do processo e requereu o deferimento dos honorários (fl. 41), sobrevindo a r. sentença que converteu a ação de obrigação de fazer em mandado de segurança, e, "tornou definitiva a liminar concedida" (fl. 53), observado que naquela decisão, não houve o adequado pronunciamento de conversão de rito.

Assim, a r. sentença merece reforma neste aspecto.

Nestes moldes, já decidiu esta **Colenda Câmara Especial** acerca da

Acesso ao Sumário

conversão (AC nº 1.010.521-34.2017 – Rel. Des. **LUIZ ANTONIO DE GODOY**, v.u. j. de 27-11-2017 e AC nº 1.011.428-09.2017 – Des. **RICARDO DIP**, v.u. j. de 05.03.18).

b) Do reexame necessário.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 estabelece, claramente, por dever do Estado, em todas as suas esferas de atuação, a garantia de *"... educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade"* (inc. IV do art. 208, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 53/2006; **vide** ainda arts. 53, inc. V, e 54, inc. IV, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a de n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996).

Assim, pelo vigente Código republicano e o Estatuto da Criança e do Adolescente é **dever do poder público** o atendimento, em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade.

A educação infantil, que se molda à **primeira etapa da educação básica**, responde à necessidade de complementar a ação da família e da comunidade para o desenvolvimento integral da criança até cinco anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual, moral e social.

Por outro lado, muito embora advenha do art. 211 da Constituição Federal que a organização dos sistemas de ensino deva implementar-se em regime de colaboração dos entes políticos, pesa sobre os Municípios, prioritariamente, a atribuição quanto ao ensino fundamental e à educação infantil, esta última em ordem a abranger o fornecimento de creche e pré-escola, inclusive (§ 2º; no mesmo sentido: art. 240 da Constituição paulista).

Neste sentido:

> *"Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária"* (**STJ** – REsp 575.280 – j. 25.10.04).

Esse, também, conforme se apontou, é entendimento sumulado nesta **Corte** (verbete n. 63):

> *"É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território".*

A separação de poderes ou funções da soberania política não afasta do Judiciário a competência para a apreciação de possível lesão de direito individual, objeto da espécie. Não há maltrato, neste âmbito, do princípio da conformidade funcional com a incidência normativa em pauta.

Não é de admitir que, no confronto entre o bem jurídico **educação**

Acesso ao Sumário

e os interesses político-administrativos, prevaleçam estes àquele: não há discricionariedade admissível da Administração pública que se compagine com possível abdicação do dever de suprir o necessário para propiciar **ensino**, direito fundamental.

Finalmente, por mais razoáveis se mostrem as diretrizes administrativas e a invocação de óbices orçamentários, não podem eles, à conta de isonomia e reserva do possível, impor restrições à larga **fundamentalização** do bem da educação pela Constituição Federal brasileira de 1988.

c) Quanto aos honorários advocatícios.

É caso, pois, de prover o recurso da menor e fixar os honorários, à luz dos preceitos legais aplicáveis (art. 85, §§ 2º, 8º e 11 do CPC) em R$ 950,00, segundo orientação segura firmada nessa **C. Câmara**, quanto ao ponto.

d) Quanto a multa.

O valor foi fixado em atenção aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo necessária, apenas, a fixação de **teto** ao valor das astreintes, que entendo razoável em R$ 25.000,00.

Assim se decide em face de orientação pacífica e segura dessa **C. Câmara Especial.**

Em resumo: Dou provimento ao recurso de F.A.F. para **(a) anular** a r. sentença na parte que converteu e julgou a ação ordinária em mandado de segurança; **(b) fixar** os honorários advocatícios em R$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), e dou provimento, em parte, ao reexame necessário para **limitar a multa** em R$ 25.000,00.

e) Quanto ao prequestionamento.

Ressalta-se, finalmente, para fins de prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos encontram-se albergados nas questões decididas.

3. Dou provimento ao recurso da autora e, em parte, ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº 1013120-16.2017.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que são apelantes MUNICÍPIO DE GUARUJÁ e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado V.G.B.B. (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 do Município e deram provimento em parte ao reexame necessário, nos termos que constarão do acórdão, V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45222)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE PRESIDENTE) (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA(PRES. SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 12 de junho de 2018.

Campos Mello (Pres. da Seção de Direito Privado) Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE VAGA EM UNIDADE EDUCACIONAL INFANTIL MANTIDA PELA MUNICIPALIDADE, PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL, PREVISTO NA NORMA DO ART. 208, IV, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DA MUNICIPALIDADE. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA COMO MEIO COERCITIVO AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELO MUNICÍPIO. LIMITAÇÃO DO VALOR TOTAL DA MULTA. APELAÇÃO DESPROVIDA E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Trata-se de apelação e reexame necessário, nos autos de mandado de segurança impetrado por V.G.B.B., representado por sua genitora, contra ato do Secretário de Educação do Município de Guarujá. A sentença de fls. 109/111, cujo relatório se adota, concedeu em parte a segurança para, tornando definitiva a medida liminar (fls. 44/45), garantir a matrícula da criança em estabelecimento de ensino infantil, próximo a sua residência, até completar idade de acesso ao ensino fundamental, sob pena do pagamento de multa diária no valor de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

Em síntese, o Município recorrente argui, preliminarmente, a falta de interesse de agir, tendo em vista a existência de termo de ajustamento de conduta firmado com o Estado de São Paulo, visando a atender a demanda de vaga em creches. Quanto ao mérito, sustenta ter havido violação dos princípios

Acesso ao Sumário

da isonomia e da tripartição de Poderes e invoca a teoria da reserva do possível. Pugna pela atribuição do efeito suspensivo. Pretende o provimento do recurso (fls. 113/127).

Apresentadas contrarrazões (fls. 134/144), subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento (fls. 156/161).

É o relatório.

Além do recurso de apelação interposto, há reexame necessário, conforme o disposto no art. 14, § 1º, Lei nº 12.016/09.

Anote-se que, com o julgamento do recurso nesta oportunidade, está prejudicado o pedido de recebimento da apelação no efeito suspensivo.

Não é o caso de se acolher a alegada preliminar de falta de interesse de agir.

O fato de haver Termo de Ajustamento de Conduta entre o Estado de São Paulo e o Ministério Público não é impeditivo para o ajuizamento de demanda individual. Aliás, nas palavras de Hugo de Nigro Mazzilli, *"O compromisso de ajustamento de conduta é garantia mínima, não limite máximo de responsabilidade"* (A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, São Paulo, Saraiva, 2007, pág. 394). Ainda, o direito constitucional à educação não está condicionado ao prévio exaurimento da via administrativa, sob pena de obstrução ao livre acesso à Justiça.

Superada a questão preliminar, passa-se à análise do mérito.

O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que, em caso de inércia do Poder Público que represente violação de direito garantido na Constituição por norma de caráter programático, poderá o Poder Judiciário formular e implantar políticas públicas: *"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS*

LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). / (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere *(atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse* non facere *ou* non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos*

Acesso ao Sumário

impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello). / (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado" (ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04).

Portanto, em caso de desrespeito ao direito constitucional à educação, é admissível a intervenção do Poder Judiciário para sua efetiva implementação, sem que esteja configurada violação ao princípio da separação dos Poderes.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO À CRECHE. CRIANÇAS DA ZERO A SEIS ANOS. INSCRIÇÃO DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE VAGAS. NÃO COMPROMETIMENTO DO TRABALHO PEDAGÓGICO. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 1.* In casu*, não se ignora a questão referente à 'reserva do possível', todavia, na hipótese específica dos autos, cumpre salientar que, conquanto a parte recorrida tenha alegado que, em*

virtude da ausência de vagas a matrícula da criança poderia comprometer o trabalho pedagógico, nada provou nesse sentido; a questão manteve-se no campo das possibilidades. 2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de caso concreto, no qual está envolvida apenas uma 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 vaga em creches e pré-escolas (art. 11, V, Lei nº 9.394/1996).

Esta Câmara Especial já decidiu, em caso análogo, nos seguintes termos: *"Recurso Oficial. Ação de Obrigação de fazer. Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a criança, em unidade próxima de sua residência. Pedido procedente. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes, da discricionariedade administrativa e da igualdade. Manutenção da obrigação alternativa de custeio em entidade privada, em face de descumprimento. Responsabilização do Município pelo transporte da criança em caso de matrícula em unidade distante de sua residência. Necessidade. Desdobramento do direito à educação. Recurso oficial desprovido"* (Reexame Necessário nº 0008950-25.2015.8.26.0114 – Campinas, Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Pinheiro Franco, j. em 14.12.15).

No mais, as Súmulas nº 63 e nº 65 deste Tribunal de Justiça preveem, respectivamente, que *"é indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território*", e que *"não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e*

Acesso ao Sumário

transporte a crianças ou adolescentes".

É dever, portanto, do Município gerir seus recursos com eficiência, a fim de garantir vagas em creche e pré-escola a todas as crianças que delas necessitarem.

A escolha da unidade educacional mais próxima da residência da criança deve ser interpretada no sentido de que a instituição seja localizada até dois quilômetros da residência, salvo se constatada alguma necessidade especial. É inviável, de outro lado, a escolha específica pelo impetrante (Reexame Necessário nº 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15).

Competindo à Administração Pública a escolha da instituição de ensino, será responsabilizada pelo transporte gratuito da criança, caso a unidade escolhida fique a mais de dois quilômetros de sua residência.

De resto, é admissível a aplicação de multa diária contra a Administração Pública, como meio coercitivo para cumprimento de obrigação de fazer, 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 arbitrado (R$ 250,00) é adequado e atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, comportando, de todo modo, limitação para o montante total de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso do Município e dou provimento em parte ao reexame necessário, para os fins acima explicitados.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0059501-89.2017.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE SÃO CAETANO DO SUL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito para declarar competente o Juízo suscitado, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.052)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR

MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 9 de abril de 2018.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito Negativo de Competência – Ação de arrolamento – Competência territorial e, portanto, relativa – Impossibilidade de declinação 'ex officio' – Inteligência das Súmulas nºs 33 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e 71 desta Egrégia Corte Bandeirante – Conflito julgado procedente, para reconhecer a competência do MM. Juízo da 1ª Vara de Família e Sucessões de São Bernardo do Campo, ora suscitado, para apreciar o feito.

VOTO

O Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de São Caetano do Sul suscitou o presente conflito negativo de competência em face do Juízo de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões de São Bernardo do Campo, nos autos de ação ajuizada por A.M.R. e outros, relativa aos bens deixados por S.M.

Sustenta o Juízo suscitante, em suma, que a hipótese é de incompetência relativa e, consoante Súmula 33 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, não pode ser declarada de ofício (fls. 2/4).

Já o Juízo suscitado, por sua vez, por entender que o "de cujus" possuía como último domicílio a cidade de São Caetano do Sul, determinou o encaminhamento dos autos àquela Comarca (fl. 188).

Designou-se o Juízo suscitado para apreciar e resolver as medidas urgentes (fl. 8) e, nesta instância, manifestou-se a Douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo acolhimento do conflito, para declarar a competência do juízo suscitado (fls. 12/13).

É o relatório.

O artigo 48 do Novo Código de Processo Civil dispõe que o foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

A Magistrada prolatora da decisão de fl. 188 declarou a incompetência para processar e julgar o processo de inventário, por considerar que o falecido

Acesso ao Sumário

teve como último domicílio a cidade de São Caetano do Sul, para essa comarca determinou a remessa dos autos.

No entanto, em que pese o entendimento da MMª Juíza, ora suscitada, dela é a competência para conhecer e julgar a ação em comento.

Com efeito, tratando-se de competência territorial e, portanto, relativa, não poderia ter sido declinada de ofício porque aplicável, na espécie, a Súmula nº 71, também desta Egrégia Corte Bandeirante, no sentido de que *"a competência para o processamento de inventário ou arrolamento em razão do foro do domicílio do autor da herança é relativa"*.

A incompetência absoluta, sim, por ser matéria de ordem pública, pode ser reconhecida pelo Juiz de ofício. A incompetência relativa deve ser arguida pela parte interessada por exceção de incompetência. Em caso negativo, haverá prorrogação de competência.

Nesse sentido, dispõe a **Súmula 33** do Colendo STJ: *"A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício"*.

Em caso análogo, já se pronunciou esta Colenda Câmara Especial:

"EMENTA: Conflito de Competência – Inventário – Foro competente – Local do último domicílio do 'de cujus' – Hipótese, contudo, de competência territorial, indeclinável de ofício – Aplicação da Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça e da Súmula 71 do Tribunal de Justiça de São Paulo – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitado" (Conflito de Competência nº 0250653-42.2011.8.26.0000, TJSP, Rel. Des. GONZAGA FRANCESCHINI).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INVENTÁRIO. DEMANDA AJUIZADA NO FORO DA SITUAÇÃO DO BEM. REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO PARA O FORO DO ÚLTIMO DOMICÍLIO DA FALECIDA, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 96, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HIPÓTESE DE COMPETÊNCIA RELATIVA, INDECLINÁVEL DE OFÍCIO. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 71 DO E. TJSP E 33 DO C. STJ. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE COM O RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO." (CC 0166678-88.2012.8.26.0000 – Rel. Claudia Lúcia Fonseca Fanucchi).

"COMPETÊNCIA RELATIVA – INVENTÁRIO – Situação em que o Juízo de 1ª instância declinou de sua competência 'ex officio' – Inadmissibilidade – Abertura de inventário em Foro Regional da Comarca de São Paulo – Admissibilidade – Irrelevância de constar na certidão de óbito, como último domicílio do 'de cujus', o Município de Pinhalzinho – Inteligência dos artigos 96, § único, inciso I e 112, 'caput', ambos do CPC e Súmula 33 do STJ – Agravo provido" (AI 0483016-35.2010.8.26.0000 – Rel. Miguel Brandi – 7ª Câmara de Direito Privado).

Pelo exposto, **julga-se procedente** o presente conflito negativo para declarar a competência do MM. Juízo da 1ª Vara de Família e Sucessões da

Acesso ao Sumário

Comarca de São Bernardo do Campo, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0007534-68.2018.8.26.0000, da Comarca de Patrocínio Paulista, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE PATROCÍNIO PAULISTA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE FRANCA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz suscitante da Vara Única de Patrocínio Paulista para processar e julgar a demanda. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42242)**

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, 23 de abril de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C.C. COBRANÇA DE ALUGUÉIS. DEMANDA DISTRIBUÍDA PERANTE A 2ª VARA CÍVEL DE FRANCA. COMPETÊNCIA DECLINADA EM RAZÃO DA SITUAÇÃO DO IMÓVEL. REDISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS À VARA ÚNICA DE PATROCÍNIO PAULISTA. MEDIDA ACERTADA. COMPETÊNCIA DO FORO DA SITUAÇÃO DO IMÓVEL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 58, II, DA LEI Nº 8.245/91. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA ÚNICA DE PATROCÍNIO PAULISTA.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única de Patrocínio Paulista em face do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Franca, nos autos da ação de despejo por falta de pagamento

c.c. cobrança de aluguéis proposta por Armando José Valente contra Wilson Rodrigues da Paixão e Orlando Anania de Souza.

Argumenta que a demanda foi inicialmente distribuída ao juízo suscitado, local do domicílio dos réus, mas o magistrado declinou de sua competência por entender que a ação deveria tramitar no juízo da situação do imóvel locado, nos termos do art. 58, II, da Lei nº 8.245/91. Sustenta que a decisão foi equivocada, uma vez que a ação de despejo funda-se em direito obrigacional e não foi pactuada cláusula de eleição de foro pelos contratantes. Logo, se o autor optou pelo domicílio dos réus, deve prevalecer a regra geral do art. 46 do Código de Processo Civil, por ser benéfica aos envolvidos. Por fim, afirma que o suscitado não poderia ter declinado da competência de ofício.

Processado o presente conflito de competência, foi designado o MM. Juiz suscitante da Vara Única de Patrocínio Paulista para apreciar as medidas urgentes.

Não há interesse que justifique a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É o relatório.

Configura-se o conflito de competência negativo, pois ambos os juízes se consideraram incompetentes para processar e julgar a ação, na forma do art. 66, II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão ao Juiz suscitado.

As ações de despejo devem tramitar no foro da situação do imóvel ou no foro de eleição, nos termos do artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.245/91, que dispõe:

> *"Ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 1º, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, observar-se-á o seguinte: (...); II – é competente para conhecer e julgar tais ações o foro do lugar da situação do imóvel, salvo se outro houver sido eleito no contrato; (...)".*

Cuida-se de regra de competência prevista em lei especial e que, por isso, prevalece sobre a regra geral do art. 46 do Código de Processo Civil.

Além disso, a competência podia ter sido declinada de ofício pelo Juiz suscitado, diante de uma interpretação analógica do art. 47, § 2º, do novo Código.

Com efeito, o mencionado artigo dispõe: *"A ação possessória imobiliária será proposta no foro de situação da coisa, cujo juízo tem competência absoluta."*

É certo que a ação de despejo não é uma ação possessória propriamente dita. Contudo, a pretensão da parte autora em despejo nada mais é do que a rescisão contratual e a reintegração de posse.

Acesso ao Sumário

Logo, interpretação analógica leva à conclusão de que o novo Código de Processo Civil atribuiu competência absoluta à situação do imóvel, inclusive para as ações de despejo, permitindo a declinação da competência de ofício pelo juiz.

Assim, considerando-se a competência para as ações de despejos no foro da situação do imóvel, prevista na Lei nº 8.245/91, e a regra de que essa competência é absoluta, por interpretação do art. 47, § 2º, do novo Código de Processo Civil, conclui-se pela competência do juízo de Patrocínio Paulista, onde localizado o imóvel locado.

Pelo exposto, conheço do conflito negativo para declarar a competência do MM. Juiz suscitante da Vara Única de Patrocínio Paulista para processar e julgar a demanda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0006919-78.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E DO IDOSO DE RIBEIRÃO PRETO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE RIBEIRÃO PRETO.

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 Juízo suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E DO IDOSO DE RIBEIRÃO PRETO). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.965)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 7 de maio de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER AJUIZADA POR IDOSO. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO E MEDICAMENTOS. Ação ajuizada para garantia do direito à saúde. Competência da Vara do Idoso.

Acesso ao Sumário

Inteligência do art. 2º, alínea "p" da Resolução 429/07 do Órgão Especial deste TJSP c/c arts. 79, I, e 80 da Lei nº 10.741/03. Preponderância do Juízo especializado. COMPETÊNCIA DO JUIZO SUSCITANTE.

VOTO

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso de Ribeirão Preto em face do MM. Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública daquela Comarca, nos autos da ação de obrigação de fazer proposta por Adjacir de Mello Assumpção contra o Município de Ribeirão Preto, em busca de fornecimento de medicamento.

A ação foi inicialmente distribuída para a 2ª Vara da Fazenda Pública de Ribeirão Preto, que declinou da competência para a Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da mesma comarca. Recebidos os autos, o MM. Juízo ora suscitado também reconheceu sua incompetência e determinou a redistribuição para a Vara da Infância e Juventude e do Idoso, em razão de o autor ser idoso e pretender receber medicamentos necessários à sua saúde (fls. 43).

Discordando da redistribuição da ação, o MM. Juízo da Vara da Infância e Juventude e do Idoso suscitou o presente conflito, sustentando a competência fazendária, ainda que se trate de direito à saúde de idoso, quando este não estiver em situação de abandono, vitimização ou vulnerabilidade, situações estas que não se verificam "in casu". Acrescenta que a competência da Vara da Infância e Juventude e do Idoso restringe-se às hipóteses previstas na Resolução nº 429/2007, do E. Tribunal de Justiça (fls. 34/35).

O MM. Juízo suscitado foi designado para apreciar as medidas urgentes (fls. 37/38).

É o relatório.

Conheço do conflito negativo de competência, com fundamento no artigo 66, II, do Código de Processo Civil, eis que ambos os Juízos recusam a competência para conhecer e decidir a presente ação.

O presente conflito foi suscitado em autos de ação de obrigação de fazer, cujo autor é pessoa idosa (tem 73 anos), com risco de formação de coágulos nos vasos sanguíneos – com risco de trombose, embolia pulmonar, além de risco de AVC – que busca judicialmente o fornecimento, pelo Município, dos medicamentos *Eliquis* e *Brilinta*.

Distribuído o feito ao Juízo suscitado, este determinou a redistribuição à Vara Especializada da Infância e Juventude e do Idoso, ao argumento de que o processo envolveria a tutela de interesse de idoso, mesmo que não exista prova de vulnerabilidade.

Acesso ao Sumário

Ao receber os autos, o MM. Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude e do Idoso suscitou o presente conflito.

Assiste razão ao Juízo suscitado.

O artigo 70, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), dispõe que o Poder Público poderá criar Varas especializadas e exclusivas à pessoa idosa.

Também dispõe que as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados ao idoso, referentes à omissão ou ao oferecimento insatisfatório de acesso às ações ou serviços de saúde, serão regidas por essa lei (artigo 79, inciso I).

E o Estatuto, no seu artigo 80, estabelece que as ações propostas para garantia desses direitos serão propostas no *foro de domicílio do idoso*, cujo Juízo terá ***competência absoluta***.

O Órgão Especial desta Corte editou a Resolução 429/07, que remanejou a competência da Vara da Infância e Juventude de Ribeirão Preto para a Vara da Infância e da Juventude e do Idoso.

Da mesma forma, a Resolução 429/07, em seu artigo 2º, *caput* e alínea "p", também define que *"competirá à referida Vara, além das competências anteriormente estabelecidas, processar e julgar as ações de responsabilidade* ***por ofensa aos direitos assegurados ao idoso*** *(art. 79 da Lei 10.741/03)"* (grifei).

Note-se que em momento algum a Lei nº 10.741/03 e a citada Resolução fazem referência à necessidade de os idosos estarem submetidos a situações de abandono, vitimização ou vulnerabilidade para que lhes sejam garantidos os direitos fundamentais, tais como o direito à saúde.

Posto isto, a presente ação foi ajuizada no domicílio do idoso e busca o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento da sua doença (direito à saúde), de maneira que a competência da Vara do Idoso prevalece sobre a competência da Vara da Fazenda Pública (competente para processar ações tendo como parte entes estatais).

Este, aliás, o entendimento desta Câmara Especial em caso análogo:

"Conflito de Competência – ação de obrigação de fazer com pedido de liminar em tutela antecipada ajuizada por pessoa idosa – caso que se enquadra nas hipóteses previstas na Resolução 429/2007 deste Tribunal de Justiça – prevalência da Vara da Infância e Juventude e do Idoso para o processamento e julgamento da causa – precedente – conflito procedente – competência do Juízo suscitante" (CC 0063449-73.2016.8.26.0000 – Rel. Des. ADEMIR BENEDITO – j. 06.02.17).

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço** do presente conflito negativo de competência e **declaro** a competência do Juízo suscitante (MM. JUÍZO DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E DO IDOSO DE

Acesso ao Sumário

RIBEIRÃO PRETO).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0006465-98.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 17ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo para declarar a competência do Dr. Aléssio Martins Gonçalves, Juiz suscitado da 17ª Vara Cível Central, para processar e julgar a demanda. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42239)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 21 de maio de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO FUNDADA EM CONTRATO DE SAÚDE. RELAÇÃO DE CONSUMO. FACULDADE DO CONSUMIDOR DE AJUIZAR A AÇÃO NO FORO DE SEU DOMICÍLIO, CONSOANTE O ART. 101, INCISO I, DO CDC. COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO DA 17ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro em face do MM. Juiz de Direito da 17ª Vara Cível da Capital, nos autos da ação de consignação em pagamento movida por Antonio Sérgio Poletini contra Sul América Companhia de Seguro Saúde.

Sustenta que a demanda foi inicialmente distribuída perante o Juiz suscitado, que declinou de sua competência por entender competente o foro do

domicílio da empresa ré, situado em área territorial do Foro Regional de Santo Amaro. Argumenta, porém, que se trata de relação de consumo e que o autor optou por ajuizar a ação no Foro Central, onde se situa o seu domicílio, na forma do art. 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

Processado o presente conflito de competência, foi designado o Juiz suscitado da 17ª Vara Cível do Foro Central para apreciar as medidas urgentes.

Não há interesse que justifique a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É o relatório.

Configura-se o conflito de competência negativo, pois ambos os juízes se consideraram incompetentes para processar e julgar a ação, nos termos do artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão ao Juiz suscitante.

Trata-se de ação de consignação em pagamento em que o autor pretende depositar em juízo os valores das prestações mensais relativas a seu contrato de seguro saúde.

Há evidente relação de consumo entre as partes.

Então, o autor dispõe da faculdade de ajuizar a ação no foro da sede da ré, de acordo com o art. 53, III, "a", do Código de Processo Civil; no foro onde situada agência ou sucursal, quanto às obrigações ali contraídas, na forma do art. 53, III, "b", do Código de Processo Civil; ou, ainda, no foro de seu domicílio, consoante autoriza o art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor.

No presente caso, o autor-consumidor optou pela propositura da ação no foro de seu domicílio, de competência do Foro Central, devendo ser prestigiada a sua opção.

Vale ressaltar que a norma consumerista visa à facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Logo, ainda que o domicílio do autor e a sede da ré situem-se na cidade de São Paulo, a faculdade prevista no art. 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, deve aqui ser aplicada diante da peculiaridade de divisão de competências entre Foro Central e Foros Regionais na Lei de Organização Judiciária.

Cuida-se de uma megalópole, cuja distância entre os diversos foros e a dificuldade de locomoção podem, concretamente, causar empecilhos à facilitação do acesso do consumidor à justiça.

Assim, a ação deve tramitar no juízo suscitado, no qual situado o domicílio do autor.

Pelo exposto, conheço do conflito negativo para declarar a competência do Dr. Aléssio Martins Gonçalves, Juiz suscitado da 17ª Vara Cível Central, para processar e julgar a demanda.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0058424-45.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DO DEPARTAMENTO DE INQUÉRITOS POLICIAIS DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE OSASCO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam competente o MM. Juízo suscitado (2ª Vara Criminal de Osasco). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.718)**

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, 21 de maio de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

RELATOR

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO

Inquérito policial para apuração de crime de tráfico de entorpecente e associação para o tráfico previstos nos artigos 33, *caput* e § 1º, 34 e 35, *caput*, da lei nº 11.343/2006. Distribuição para a 2ª Vara Criminal de Osasco. Redistribuição ao DIPO, sob o argumento de que a interceptação telefônica determinada por aquele Departamento deu origem à apreensão dos réus. Inadmissibilidade. Inexistência de vínculo entre o alvo inicial da interceptação telefônica e os réus do inquérito policial. Encontro fortuito de provas. Ausência de prevenção, conexão ou continência.

Procedente o conflito. Competência do MM. Juízo suscitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **conflito negativo de jurisdição** suscitado pelo MM. Juízo do Departamento de Inquéritos Policiais da Capital contra o MM. Juízo da 2ª Vara Criminal de Osasco, nos autos de ação penal para apuração de crime de **associação para o tráfico, tráfico de drogas e corrupção de menores** ocorrido no dia 24 de julho de 2014, praticado por Júlio Cesar Ramos, Carlos Fabiano do Nascimento, Rodrigo Venâncio da Silva, Lailton de Sousa Pereira, Beatriz Carvalho Alves Neves e Gidenilson de Souza Mangueira.

Designou-se o juízo suscitante para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 72).

Opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento do conflito a fim de se declarar a competência do MM. Juízo suscitado (fls. 75/78).

É o relatório.

2. Procedente o conflito.

O conflito negativo de jurisdição está configurado. Ambos os Magistrados declinaram da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (artigo 114, inciso I, do Código de Processo Penal).

Assiste razão ao MM. Juízo suscitante.

Consta dos autos que o MM Juízo suscitante deferiu interceptação telefônica nos autos de feito cautelar (0.037.003-48.2014.8.26.0050), para apurar possível associação criminosa para prática de roubos, objeto do Inquérito Policial nº 37/2014.

No transcorrer das investigações foi possível apurar ramificação da quadrilha envolvida no tráfico de drogas e associação para o tráfico na cidade de Osasco. O mandado de busca e apreensão resultou na prisão em flagrante delito.

Como se nota, muito embora as acusações tenham se amparado em indícios constatados na interceptação telefônica pelo magistrado suscitante (Proc. nº 0.037.003-48.2014.8.26.0050) não guarda relação com a ação precedente em curso.

Inexiste conexão entre os crimes.

Na verdade, os autos tratam de imputações decorrentes do **encontro fortuito de provas**, não importando em incidência do art. 83 do CPP:

> *"Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, c)".*

Em situação análoga, já se pronunciou o **Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal**:

Acesso ao Sumário

"(...) 10. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ***'a conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente do simples encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal não tem o condão de impor o unum et idem judex'. Do mesmo modo, 'o simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o simultaneus processus'*** *(RHC nº 120.379/RO, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 24/10/14). 11. Ainda que o juízo de origem, com base nos depoimentos do imputado colaborador e nas provas por ele apresentadas, tenha decretado prisões cautelares e ordenado a quebra de sigilos bancário ou fiscal e a realização de busca e apreensão ou de interceptação telefônica, essas medidas, por si sós, não geram sua prevenção, com base no art. 83 do Código de Processo Penal, caso devam ser primariamente aplicadas as regras de competência do art. 70 do Código de Processo Penal (local da consumação) ou do art. 78, II, a ou b, do Código de Processo Penal (determinação do foro prevalente, no caso de conexão ou continência)."* (grifei – QO no Inq nº 4130/PR – por maioria j. em 23.09.15 – Rel. Min. **DIAS TOFFOLI**).

No mesmo sentido o entendimento desta **C. Câmara Especial:**

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Ação penal que versa sobre os crimes de tráfico ilícito de drogas e de posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Declinação da competência de ofício pelo suscitante, que determinou a remessa dos autos ao Juízo da Comarca onde ocorreram os crimes, ora suscitado. Recusa da competência e devolução dos autos determinada pelo suscitado, sob o argumento de que o suscitante é prevento por ter deferido, anteriormente, interceptação telefônica e quebra de sigilo de dados dos investigados. Impossibilidade. Ação penal que deve ser julgada perante o Juízo da Comarca do lugar onde ocorreram os crimes, a despeito de Juízo de outra comarca ter deferido, anteriormente, providências relativas a atos investigatórios. Aplicação da regra prevista no artigo 70, caput, do Código de Processo Penal. Regra da prevenção que somente se aplica quando o crime é praticado em território de duas ou mais jurisdições. Precedentes. Conflito julgado procedente, para declarar a competência do suscitado (1ª Vara Judicial de Santa Fé). (CJ nº 0.040.628-41.2017.8.26.0000 – j. de 19.02.18 – Rel. Des. **RENATO GENZANI FILHO**).

3. Competente o MM. Juízo suscitado (2ª Vara Criminal de Osasco).

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2068014-75.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante A.G.P.K.I. e paciente G.M.A.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44485)**

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, 14 de maio de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE AVALIAÇÃO PSICOSSOCIAL DO CASO PELA EQUIPE TÉCNICA DO JUÍZO. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE QUALQUER AVALIAÇÃO OU PERÍCIA QUE O JUIZ ENTENDER NECESSÁRIAS PARA COMPLEMENTAÇÃO DO PLANO INDIVIDUAL. SÚMULA Nº 84 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROGRESSÃO OU EXTINÇÃO PREMATURAS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. ORDEM DENEGADA.

VOTO

Trata-se de habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de G.M.A., com pedido de medida liminar, sob o argumento de que o paciente sofre constrangimento ilegal por ato do MM. Juiz do Departamento de Execuções da Vara Especial da Infância e Juventude de São Paulo, que indeferiu o pedido de substituição da medida socioeducativa de internação pela de liberdade assistida e determinou a avaliação psicossocial do

Acesso ao Sumário

adolescente pelo setor técnico judicial, no menor prazo possível (fls. 98/99).

Em síntese, sustenta a impetrante que a equipe técnica da Fundação Casa apresentou relatório técnico conclusivo, sugerindo a substituição da medida de internação do paciente por liberdade assistida. Não obstante, o magistrado determinou a prévia avaliação psicossocial do caso pela equipe técnica do Juízo. Alega que a finalidade da medida socioeducativa de internação já foi alcançada, conforme avaliação técnica, e o jovem teria demonstrado comprometimento com as metas do Plano Individual de Atendimento. Aduz que a medida socioeducativa de internação é permeada pelos princípios da brevidade e excepcionalidade. Pretende a concessão da ordem, para que seja extinta a execução.

Indeferido o pedido de medida liminar (fls. 110/111), a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 117/119).

É o relatório.

É o caso de denegação da ordem, porque não está configurado qualquer constrangimento ao paciente por ilegalidade ou abuso de poder na decisão de fls. 98/99.

Apesar da conclusão da equipe multiprofissional da Fundação Casa apresentada no relatório de fls. 79/87, pela extinção da medida, o juiz da execução poderá determinar, a requerimento do defensor, do Ministério Público e até de ofício, a realização de qualquer avaliação ou perícia que entender necessárias para complementação do plano individual (artigo 41, § 1º, da Lei nº 12.594/2012), tal como no presente caso, em que o magistrado externou a necessidade de colheita de mais elementos para formação segura de sua convicção.

Nesse sentido, aliás, é a Súmula nº 84 deste Tribunal de Justiça: *"o juiz, ao proferir decisão na execução da medida socioeducativa, não está vinculado aos laudos da equipe técnica."*.

Além disso, não houve violação ao artigo 42, § 2º, da Lei nº 12.594/2012, pois a determinação de realização de nova avaliação do jovem pela equipe técnica do Juízo está fundada na gravidade em concreto da infração praticada e no exíguo período desde a prática do ato infracional.

Saliento que o processo socioeducativo envolve várias etapas, de sorte que a progressão prematura é um dos grandes motivos da reincidência, quando não atingidas as finalidades ressocializadoras e pedagógicas.

O retorno do reeducando à sociedade depende da constatação efetiva e segura de que está ele plenamente readaptado, com a demonstração de que assimilou a medida a que foi submetido, e que incorporou valores éticos e morais.

Assim, nada obsta que o juiz, até mesmo de ofício, adote providências diversas para obter maiores elementos de convicção e assegurar-se de que a medida socioeducativa atingiu integralmente sua finalidade, sem que isso

configure violação aos princípios da inércia, ampla defesa e ao devido processo legal.

Portanto, não é o caso de pronta liberação do paciente, tampouco de substituição da medida socioeducativa de internação por liberdade assistida ou extinção da execução.

Pelo exposto, denego a ordem.

Reexames Necessários

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1005584-15.2016.8.26.0505, da Comarca de Ribeirão Pires, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos D.B.F.N. (MENOR), PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PIRES e SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PIRES.

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 27.080)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 3 de maio 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. 55/58) que concedeu a ordem em *mandado de segurança* impetrado por D.B.F.N., para determinar que a **Secretaria de Educação do Município de Ribeirão Pires** e a **Prefeitura do Município de Ribeirão Pires** efetivem a matrícula do impetrante em creche situada próxima de sua residência, garantindo-se o transporte, em caso de matrícula em unidade mais distante.

Não houve interposição de recurso pelas partes (fl. 64).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer pela manutenção da sentença (fls. 68/71).

É o relatório.

Conheço da remessa necessária.

Cuida-se de mandado de segurança por meio do qual se garantiu acesso de 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 de medidas para a concretização do direito ao acesso à educação gratuita e de qualidade.

O artigo 208, IV, da Constituição Federal, determinou ao administrador público o cumprimento de um dever (ordem) direto para com a população, qual seja, o fornecimento de meios para a educação infantil:

"Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

(...)

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco)

anos de idade;"

Da mesma forma, previu o artigo 54, IV, do ECA:

"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

(...)

IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

(...)"

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, por seu turno, fixa a educação infantil como direito do cidadão e dever do Estado:

"Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

(...)

II – educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

(...)."

Assim, tanto pela ótica constitucional quanto pela legal, observa-se a obrigação direta do Município em providenciar, às suas expensas, o atendimento **integral** e **universal** das crianças de até 5 (cinco) anos em suas creches e pré-escolas.

As creches representam garantia dada pelo Estado ao cidadão, de maneira que não pode o Município, por meio de afirmações do caráter programático da norma ou de ausência de recursos alocados, subverter a ordem constitucional, especialmente porque o próprio texto constitucional fixou o direito de acesso ao ensino obrigatório como um direito público subjetivo (artigo 208, § 1º, da CF).

O cumprimento da ordem constitucional coube, por determinação legal, exclusivamente aos Municípios, que se incumbirão *de "oferecer educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino."* (artigo 11, V, da Lei nº 9.394/1996). E isto através da operação de creches (artigo 30, I, da Lei nº 9.394/1996), sejam elas públicas ou contratadas pelo Município junto aos particulares.

Nem se diga pelo caráter programático das normas, eis que "**a educação infantil**, por qualificar-se *como direito fundamental* **de toda** criança, **não se expõe**, em seu processo de concretização, **a avaliações meramente discricionárias** da Administração Pública **nem se subordina** a razões de puro pragmatismo governamental" (STF – AgRg no ARE 639.337 – SP – Rel. MIN. CELSO DE MELLO – j. 23.08.2011 – grifei).

São normas de eficácia plena, não só pela previsão constitucional, mas, também, pela concretização suficiente junto ao Estatuto da Criança e do

Adolescente. Assim, *"descabida a tese da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, sem importância se mostra essa categorização. Tendo em vista a explicitude do ECA, é inequívoca a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito à educação"* (STJ – AgRg no RE 1.545.039/DF – 2ª T. – Rel. MIN. HERMAN BENJAMIN – j. 05.11.2015).

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:

Acesso ao Sumário

> ***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 EXISTÊNCIAL:* ***A QUESTÃO*** *DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS'. –* ***A destinação*** *de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos,* ***faz instaurar*** *situações de conflito,* ***quer*** *com a execução de políticas públicas* ***definidas*** *no texto constitucional,* ***quer****, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República,* ***daí resultando*** *contextos de antagonismo* ***que impõem****, ao Estado,* ***o encargo*** *de superá-los* ***mediante*** *opções por determinados valores,* ***em detrimento*** *de outros igualmente relevantes,* ***compelindo****, o Poder Público,* ***em face*** *dessa relação dilemática,* ***causada*** *pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária,* ***a proceder*** *a verdadeiras 'escolhas trágicas',* ***em decisão governamental*** *cujo parâmetro,* ***fundado*** *na dignidade da pessoa humana,* ***deverá*** *ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial,* ***em ordem a conferir*** *real efetividade às normas programáticas* ***positivadas*** *na própria Lei Fundamental.* ***Magistério da doutrina****. –* ***A cláusula*** *da reserva do possível –* ***que não pode*** *ser invocada, pelo Poder Público,* ***com o propósito*** *de fraudar, de frustrar e de inviabilizar* ***a implementação*** *de políticas públicas* ***definidas*** *na própria Constituição –* ***encontra*** *insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial,* ***que representa****, no contexto de nosso ordenamento positivo,* ***emanação direta*** *do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.* ***Doutrina. Precedentes****"* (STF – AgR no ARE 639.337-SP – 2ª T. – Rel. MIN. CELSO DE MELLO – j. 23.08.2011)

Há de se impedir a aplicação da teoria da "reserva do possível" no caso

Acesso ao Sumário

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 à autora em estabelecimento de ensino municipal próximo da residência da família, providenciando o transporte se a unidade for distante.

Cabe, no entanto, realizar observação no sentido de que unidade próxima deve ser entendida aquela que dista até dois quilômetros da residência do infante.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** à remessa necessária, com observação.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 0046974-87.2010.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravada Rosemeire de Mello Finotelo Rodrigues.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.870)**

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, 27 de abril de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisões monocráticas que negaram seguimento aos recursos extraordinário e especial.

– URV – Conversão – Prescrição de fundo de direito.

– Matérias idênticas ao *leading case* julgado pelo STF e ao rito dos recursos repetitivos com julgamento definitivo de mérito pelo STJ.

– A matéria referente ao direito à compensação da diferença de 11,98%, resultante da conversão em URV dos valores expressos em cruzeiros reais, com o reajuste ocorrido na data-base subsequente, é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE n. 561.836/RN.

– A aplicação compulsória da Lei nº 8.880/94 a Estados e Municípios, inclusive aos respectivos regimes vencimentais, com afastamento da chamada prescrição de fundo de direito, reconhecida a feito

Acesso ao Sumário

de trato sucessivo da relação material, é idêntica à matéria tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. n. 1.101.726/SP.

– Reestruturação de carreira – Questão não aventada nas instâncias ordinárias e em recurso excepcional – Preclusão consumativa – Não é dado ao recorrente, mercê de agravo interno interposto contra a decisão denegatória de recurso excepcional, introduzir fundamento não suscitado no apelo extremo. No julgamento do agravo interno, cumpre a eg. Câmara Especial de Presidentes deliberar sobre a correção da decisão agravada à luz das razões versadas nos recursos excepcionais.

Manutenção de ambas as decisões.

VOTO

Trata-se de agravo interposto por Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão desta Presidência que negou seguimento aos recursos extraordinário e especial, em cumprimento ao artigo 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, pela identidade das matérias decididas no acórdão, em conformidade com o *leading case* RE n. 561.836/RN e orientação firmada no rito dos recursos repetitivos REsp. n. 1.101.726/SP.

Alegou a agravante, em síntese, quanto ao recurso especial, que teria sido de rigor a devolução dos autos à Câmara Julgadora para que se procedesse à adequação do acórdão recorrido ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema proferido no recurso especial nº 1.047.686, sendo que a existência da prescrição do fundo de direito das supostas diferenças decorrentes da conversão em URV dos vencimentos dos servidores não foi apreciada no julgamento do repetitivo aplicado. No que se refere ao recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal decidiu que eventuais perdas apuradas em decorrência da conversão dos vencimentos em URV devem cessar no momento em que a carreira do servidor passar por uma reestruturação remuneratória, questão que deixou de ser apreciada no v. acórdão.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do artigo 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno deste eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Registre-se, as decisões agravadas proferidas em cumprimento ao art. 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, são do seguinte teor:

"Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento

Acesso ao Sumário

do mérito do RE nº 561.836-RN, Tema nº 5, STF, DJe de 10-02-2014, que entendeu o seguinte: o direito a determinado percentual compensatório oriundo de incorreta conversão do padrão monetário – de Cruzeiro Real para Unidade Real de Valor - URV – decorre exclusivamente dos parâmetros estabelecidos pela Lei 8.880/94, norma aplicável aos servidores de ambas as esferas federativas, e o correspondente quantum debeatur deve ser apurado no momento da liquidação da sentença concessiva. Ademais, esse percentual não pode ser compensado ou abatido por aumentos remuneratórios supervenientes, entretanto, a respectiva incidência deve se verificar até que ocorra a reestruturação remuneratória de cada carreira por lei própria, pois vedada sua permanência indefinida. Porém, essa legislação, ao suprimir o índice compensatório da URV, não poderá ofender o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Por essa razão, se com a reestruturação da carreira ou com o percentual obtido em liquidação se verificar redução da remuneração, o servidor fará jus a uma parcela remuneratória (VPNI), sendo o valor absorvido pelos aumentos subsequentes e, em cumprimento ao disposto no art. 543-B, § 3º, do revogado Código de Processo civil (comando correspondente ao disposto no inc. I do art. 1040 da Lei 13.105, de 16.03.15), nego seguimento ao recurso extraordinário interposto."

"No que concerne à prescrição, bem como à conversão dos vencimentos em URV, considerando o julgamento definitivo do mérito do REsp nº 1.101.726/SP e, em cumprimento ao disposto no art. 543-C, § 7º, I, do revogado Código de Processo Civil (comando correspondente ao disposto no inc. I do art. 1040 da Lei 13.105, de 16.03.15), nega-se seguimento ao Recurso Especial."

A matéria aqui tratada, referente ao direito, ou não, à compensação da diferença de 11,98%, resultante da conversão em URV dos valores expressos em cruzeiros reais, com o reajuste ocorrido na data-base subsequente, é idêntica à examinada pela Suprema Corte em gestão por temas de Repercussão Geral no *leading case* RE n. 561.836/RN, Tema n. 5: "URV", em que restou reconhecida a repercussão geral da matéria, asseverando, *verbis*:

"1) Direito monetário. Conversão do padrão monetário: Cruzeiro Real em URV. Direito aos 11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, e a sua incorporação. Competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Art. 22, inciso VI, da Constituição da República. Inconstitucionalidade formal da lei estadual nº 6.612/94 que regula o tema da conversão do Cruzeiro Real em URV. 2) O direito ao percentual de 11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, na remuneração do servidor, resultante da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV, não representa um aumento na remuneração do servidor público, mas um reconhecimento da ocorrência de indevido decréscimo no momento da conversão da moeda em relação àqueles que recebem seus vencimentos em momento anterior ao do término

Acesso ao Sumário

do mês trabalhado, tal como ocorre, *verbi gratia*, no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário por força do art. 168 da Constituição da República. 3) Consectariamente, o referido percentual deve ser incorporado à remuneração dos aludidos servidores, sem qualquer compensação ou abatimento em razão de aumentos remuneratórios supervenientes. 4) A limitação temporal do direito à incorporação dos 11,98% ou do índice decorrente do processo de liquidação deve adstringir-se ao *decisum* na ADI nº 2.323-MC/DF e na ADI nº 2.321/DF. 5) O término da incorporação dos 11,98%, ou do índice obtido em cada caso, na remuneração deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma restruturação remuneratória, porquanto não há direito à percepção *ad aeternum* de parcela de remuneração por servidor público. 6) A irredutibilidade estipendial recomenda que se, em decorrência da reestruturação da carreira do servidor, a supressão da parcela dos 11,98%, ou em outro percentual obtido na liquidação, verifica-se com a redução da remuneração, o servidor fará jus a uma parcela remuneratória (VPNI) em montante necessário para que não haja uma ofensa ao princípio, cujo valor será absorvido pelos aumentos subsequentes. 7) A reestruturação dos cargos no âmbito do Poder Judiciário Federal decorreu do advento da Lei nº 10.475/2002, diploma legal cuja vigência deve servir de termo *ad quem* para o pagamento e incorporação dos 11,98% no âmbito do referido Poder. 8) Inconstitucionalidade."

Não aproveita à recorrente argumentar que, no caso em exame, a carreira do servidor experimentou reestruturação que atrairia a incidência do mesmo *leading case* em ordem a fixar o limite temporal para a incorporação de eventual percentual decorrente da não observância da conversão do padrão remuneratório em URV.

Isso porque referida tese – que não atina a fato ou a direito superveniente – somente veio aos autos ao tempo do manejo deste agravo interno, não sendo suscitada em instância ordinária, tampouco nas razões de recurso extraordinário.

Ora, a competência desta eg. Câmara Especial de Presidentes circunscreve-se ao exame da correção da decisão agravada à luz das razões articuladas no recurso excepcional inadmitido. Dessa forma, não é dado ao recorrente, mercê de agravo interno interposto contra a decisão denegatória de recurso excepcional, introduzir fundamento não suscitado no apelo extremo. Impede-o a ocorrência da preclusão consumativa, da qual já se ocupou a Suprema Corte no julgamento de matéria em tudo assemelhada, por acórdão cujas razões, *mutatis mutandis*, aproveitam ao caso em testilha:

> *"III. Na forma da jurisprudência desta Corte, 'é vedado, em sede de agravo interno, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa." (Agint no AREsp 885651/SP; rel. Min. **ASSUSETE MAGALHÃES**; DJe 26.04.17)" (grifei).*

Acesso ao Sumário

No mesmo sentido:

ARE 726.343/MG, Rel.(a) Min.(a) **CÁRMEN LÚCIA**, DJe 06.02.2013.

Cumpre destacar, ainda, segundo o entendimento dos nobres julgadores quando do julgamento do mérito do RE nº 561.836/RN, que o princípio da irredutibilidade estipendial recomenda que eventual percentual decorrente da incorreta aplicação da conversão em URV prevista na Lei 8.880/94, será apurado no momento da liquidação de sentença, junto ao juízo de primeiro grau.

Ademais, a verificação da alegada ocorrência de reestruturação da referida carreira para fins de estabelecimento do limite temporal da incorporação do percentual relativo à perda salarial, está afetada ao Tema nº 913 (RE 968.574 – AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO) do col. Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, já se pronunciou definitivamente do sentido de reconhecer a ausência de repercussão geral por entender que demandaria análise de legislação infraconstitucional.

Noutra espiral, não se avista desacerto na decisão ora agravada, eis que decisão da eg. Turma Julgadora afeiçoa-se à jurisprudência do col. STJ estratificada pelo julgamento do Resp. n. 1.101.726/SP, Tema n. 15, sob a técnica de casos repetitivos, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"De acordo com entendimento firmado por este Superior Tribunal de Justiça é obrigatória a observância, pelos Estados e Municípios, dos critérios previstos na Lei Federal nº 8.880/94 para a conversão em URV dos vencimentos e dos proventos de seus servidores, considerando que, nos termos do artigo 22, VI, da Constituição Federal, é da competência privativa da União legislar sobre o sistema monetário. Divergência jurisprudencial notória. 3. Os servidores cujos vencimentos eram pagos antes do último dia do mês têm direito à conversão dos vencimentos de acordo com a sistemática estabelecida pela Lei nº 8.880/94, adotando-se a URV da data do efetivo pagamento nos meses de novembro de 1993 a fevereiro de 1994. 4. Reajustes determinados por lei superveniente à Lei nº 8.880/94 não têm o condão de corrigir equívocos procedidos na conversão dos vencimentos dos servidores em URV, por se tratarem de parcelas de natureza jurídica diversa e que, por isso, não podem ser compensadas."

No que atina à prescrição, no encerramento do voto relator, o aludido precedente refere-se, explicitamente – ***verbis***:

"Diante do exposto, conheço do recurso especial pela alínea 'c' do permissivo constitucional e dou-lhe provimento, para reconhecer o direito do recorrente ao pagamento das diferenças resultantes da conversão de seus vencimentos em URV na data do efetivo pagamento, nos termos da Lei nº 8.880/94, com a apuração em regular liquidação de sentença, acrescidas de correção monetária a

Acesso ao Sumário

partir da data em que deveria ter sido efetuado o pagamento de cada parcela e de juros de mora no percentual de 6% (seis por cento) ao ano a partir da citação, observada a prescrição quinquenal." (Grifo nosso).

Não é preciso dizer-se mais. No mesmo sentido:

Rel. Ministro **PAULO GALLOTTI**, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 06/04/2009; Rel. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 29/09/2008; AgRg no Ag 955.012/MG, Rel. Ministra **LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 24/03/2008.

Inexistente erro na subsunção do caso concreto nos paradigmas julgados pelas Cortes Superiores, ficam mantidas as decisões.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2057939-79.2015.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada MARIA INES MICHETTI DA CONCEIÇÃO.

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 agravos internos. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43454)**

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, 27 de abril de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 6ª

VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO/SP (AÇÃO COLETIVA Nº 0403263-60-1993.8.26.0053). JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DO DEVEDOR NA FASE DE CONHECIMENTO (TEMA 685). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NECESSIDADE DE PRÉVIA ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTI TUCIONAIS. REPERCUSSÃO GERAL AFASTADA PELO STF (TEMA 660). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravos internos interpostos por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos, e contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário, pois o acórdão recorrido abordou matéria cuja repercussão geral foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT.

Nas razões do agravo interno em recurso especial, alega a necessidade de alteração do termo inicial dos juros de mora para a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença. Aduz que a questão não está pacificada, pois os paradigmas utilizados na decisão agravada não transitaram em julgado.

Na minuta do agravo interno em recurso extraordinário, aduz: (a) existência de repercussão geral; e (b) afronta ao art. 5º, II, LIV e LV, da CF.

Houve apresentação de contraminuta a fls. 3/6.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, o entendimento firmado pelo STJ não se aplica

Acesso ao Sumário

ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgados os Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, 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). Confira-se a fls. 462/463.

Neste contexto, os acórdãos recorridos (fls. 205/210 e 347/351), estão em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluírem que o termo inicial dos juros de mora deve corresponder à data da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, que não pressupõe trânsito em julgado conforme manifestação da própria Corte Superior: *"A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para aplicar a tese firmada em julgamento de recurso especial repetitivo ou de recurso extraordinário sob repercussão geral. Precedentes."* (EDcl no AgRg no REsp nº 1.460.732/PR, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 26.2.2018).

Por outro lado, a Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que tem por objetivo possibilitar ao Supremo Tribunal Federal selecionar os recursos extraordinários sujeitos à efetiva análise de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica.

Dispõe o art. 1.035 do CPC, verbis: *"O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (...)"*.

Destarte, a existência da repercussão geral é pressuposto de admissibilidade para todos os recursos extraordinários e, uma vez constatada a sua ausência sobre um determinado tema, a Corte Suprema não ingressa na análise do mérito da questão.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, proclamou que a controvérsia relativa à violação

aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, quando o julgamento da causa depender de prévia análise das normas infraconstitucionais, não apresenta repercussão geral, conforme se infere da seguinte transcrição: *"Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral."*.

No caso em apreço, a ofensa reflexa à Constituição Federal é evidente, uma vez que houve a necessidade de prévia análise da alegação de violação aos arts. 219 e 240 do CPC, 397 do CC e art. 5º, II da CF. Por conseguinte, correta a decisão agravada, ao reconhecer a ausência de repercussão geral nas teses suscitadas pela parte recorrente.

A decisão agravada, nestes termos, apenas aplicou a sistemática da repercussão geral, com fundamento no art. 1.030, I, "a", 1ª parte, do CPC.

Pelo exposto, nego provimento aos agravos internos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0000076-57.2016.8.26.0618/50000, da Comarca de São Luiz do Paraitinga, em que é agravante SERGIO DOS SANTOS.

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 27.140)**

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, 3 de maio de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Agravo interno. Decisão monocrática que julga prejudicado recurso extraordinário. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla

Acesso ao Sumário

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. Recurso sem repercussão geral reconhecida. Hipóteses idênticas. Desprovimento.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 490) que julgou prejudicado o recurso extraordinário com base no artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT (Tema 660), consignou que não possui repercussão geral a matéria relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 516/519).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 521/522).

É o relatório.

Propõe-se, respeitosamente, o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, nos termos do artigo 33-A, § 1º, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil, que preceitua:

> *Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:*
>
> *I – negar seguimento:*
>
> *a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;*

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos

Acesso ao Sumário

da legislação mencionada, sendo afastada a existência de repercussão geral, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na mencionada decisão de fls. 490, ora atacada.

Com efeito, a Defesa consignou às fls. 445, 449 e 451 que:

[...]

DA AFRONTA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A decisão proferida em Primeira Instância e mantida no TJ Bandeirante, contraria a nossa Carta Magna, em seu art. 5º, que trata sobre o Princípio da Ampla Defesa, do Contraditório e do Devido Processo Legal, além do Princípio da Isonomia.

Os três primeiros princípios ora invocados em socorro do recorrente, foram violados sobremaneira, conforme se verificará na questão preliminar abaixo descrita.

[...]

Dessa forma, conforme preceitua o art. 563, do CPP, havendo prejuízo ao recorrente, deve ser declarada a nulidade do julgado, refazendo-se os atos processuais, a partir da verificação da falha, que no caso presente se deu a partir da vista atribuído ao Douto Procurador de Justiça as fls. 364, não podendo prevalecer seu argumento no sentido de que o Princípio da Celeridade Processual e da Economia lhe permitem a análise do feito, principalmente considerando que ambos os princípios invocados, não podem de forma alguma se sobrepor aos Princípios da Ampla Defesa, do Contraditório e do Devido Processo Legal.

[...]

E quando o recorrente tinha o direito de rebater o depoimento prestado pelo policial militar, que realmente realizou sua prisão, este não teve a oportunidade, pois foi violado um dos princípios mais importantes da nossa legislação, princípio este garantido pela Constituição Federal, ***PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA****.*

Assim, o agravo interno interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as teses abordadas. Não é, contudo, o que se verifica no presente caso, uma vez que o Pretório Excelso, no 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.

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 0007391-74.2015.8.26.0650/50001, da Comarca de Valinhos, em que é agravante J.M.M.T.

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 27141)**

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, 3 de maio de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que julga prejudicado recurso extraordinário. Recurso sem repercussão geral reconhecida. Ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões no que concerne às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. Hipóteses idênticas. Desprovimento.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 730) que julgou prejudicado o recurso extraordinário com base no artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que o Colendo Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento nº 742.460/RJ (Tema 182), consignou que não possui repercussão geral a matéria relativa à ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões no que concerne à valoração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal quando da fixação da pena-base, porque se trata de matéria infraconstitucional.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 804/811).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da

irresignação como agravo interno (fls. 813/814).

É o relatório.

Propõe-se, respeitosamente, o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 1ª figura, do Código de Processo Civil, que preceitua:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, sendo afastada a existência de repercussão geral, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na mencionada decisão de fls. 730, ora atacada.

Com efeito, a Defesa consignou às fls. 694, 700 e 701 que:

[...]

Nesse matiz, a sentença que na dosimetria da pena, fixa a pena-base acima do patamar mínimo legal deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade. Por isso, ao infringir o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal: "todos os julgamentos serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade".

[...]

Pelo que se observa nos fatos e no direito expostos precedentes, o acórdão provindo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo contrariou o inciso IX, do artigo 91, da Constituição Federal.

[...]

Na hipótese, em que pesem as razões invocadas na insurgência, a fito de ver mitigada a pena-base arbitrada, tenho que a magistrada sentenciante, ao proceder a valoração das circunstâncias judiciais assinaladas no art. 59, do CP, houve-se com razoabilidade ao fixá-la em 01 ano e 06 meses, pouco acima do mínimo legal, não se podendo falar haja oficiado, nesta primeira etapa do procedimento, de forma equivocada ou com excessivo rigor.

Contudo, além de reconhecer que o acusado é primário e portador de

Acesso ao Sumário

bons antecedentes, deixou de fundamentar a aplicação do percentual de 06 meses, relativo as circunstâncias do crime, vulnerando o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF).

Assim, o agravo interno interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as teses abordadas. Não é, contudo, o que se verifica no presente caso, uma vez que o Pretório Excelso, no Agravo de Instrumento nº 742.460/RJ, deliberou sobre a mesma matéria debatida no recurso extraordinário apresentado pela Defesa, qual seja, a ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões no que concerne à valoração das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal quando da fixação da pena-base, não sendo reconhecida a repercussão geral, porque se trata de matéria infraconstitucional.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0002697-22.2013.8.26.0589/50001, da Comarca de São Simão, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado OTTO PEDRO DOMINGOS KOSSLING (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno, V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42289)**

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, 7 de maio de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF (AÇÃO COLETIVA Nº 1998.01.1.016798-9). FORO COMPETENTE.

Acesso ao Sumário

RECONHECIMENTO AO BENEFICIÁRIO DO DIREITO DE AJUIZAR O CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DA SENTENÇA COLETIVA NO JUÍZO DE SEU DOMICÍLIO OU NO DISTRITO FEDERAL (TEMA 723). JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DO DEVEDOR NA FASE DE CONHECIMENTO (TEMA 685). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM O RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.186/RS (TEMAS 407 A 410). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.391.198/RS, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP, 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) a necessidade de alteração do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; e (c) impossibilidade de fixação dos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

Houve apresentação de contraminuta a fls. 429/430.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, o entendimento estabelecido pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.391.198/RS, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu

Acesso ao Sumário

domicílio ou no Distrito Federal (tema 723).

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 configuração da mora em momento anterior (tema 685).

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. 393/396.

Neste contexto, a decisão monocrática (fls. 250/268), confirmada pelo acórdão recorrido (fls. 330/337), está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) competência do juiz de primeira instância; (b) incidência do termo inicial dos juros de mora a partir da citação na Ação Civil Pública; e (c) incidência dos honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, por não ter havido o pagamento do débito no prazo assinalado.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0030477-61.2011.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravados Nazira Chama Perussi 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 42.261)**

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, 9 de maio de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento aos recursos extraordinário e especial.

– URV – Conversão – Prescrição de fundo de direito.

– Matérias idênticas ao *leading case* julgado pelo STF e ao rito dos recursos repetitivos com julgamento definitivo de mérito pelo STJ.

– A matéria referente ao direito à compensação da diferença de 11,98%, resultante da conversão em URV dos valores expressos em cruzeiros reais, com o reajuste ocorrido na data-base subsequente, é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE nº 561.836/RN.

– A aplicação compulsória da Lei nº 8.880/94 a Estados e Municípios, inclusive aos respectivos regimes vencimentais, com afastamento da chamada prescrição de fundo de direito, reconhecida a feito de trato sucessivo da relação material, é idêntica à matéria tratada no rito dos recursos repetitivos Resp. nº 1.101.726/SP.

– Reestruturação de carreira – Questão não aventada nas instâncias ordinárias e em recurso excepcional – Preclusão consumativa – Não é dado ao recorrente, mercê de agravo interno desfiado contra a decisão denegatória de recurso excepcional, introduzir fundamento não suscitado no apelo extremo. No julgamento do agravo interno, cumpre a Eg. Câmara Especial de Presidentes deliberar sobre a correção da decisão agravada à luz das razões versadas nos recursos excepcionais.

Manutenção da decisão.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interposto por Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão desta Presidência que negou seguimento aos recursos extraordinário e especial, em cumprimento ao artigo 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, pela identidade das matérias decididas no acórdão, em conformidade com o *leading case* RE nº 561.836/RN e orientação firmada no rito dos recursos repetitivos REsp. nº 1.101.726/SP.

Alega a agravante, em síntese, quanto ao recurso especial, que teria sido de rigor a devolução dos autos à Câmara Julgadora para que se procedesse à adequação do acórdão recorrido ao entendimento do STJ a respeito do tema proferido no recurso especial nº 1.047.686. No que se refere ao recurso extraordinário, aduz que o v. acórdão não abordou a questão da reestruturação da carreira, silenciando a esse respeito, bem como que no *leading case* aplicado, o STF decidiu que eventuais diferenças apuradas em favor do servidor quando da conversão de seus ganhos para URV perduram até que haja tal reestruturação, pois o servidor não pode ficar com o melhor de dois regimes jurídicos.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do artigo 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno deste Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Registre-se, a decisão agravada proferida em cumprimento ao artigo 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, é do seguinte teor:

> *"Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento do mérito do RE nº 561.836-RN, Tema nº 5, STF, DJe de 10-02-2014, no qual se fixou as seguintes teses:*
>
> *I – Ao editar a Lei 8.880/1994, a União legislou sobre o sistema monetário e exerceu a sua competência prevista no art. 22, VI, da Constituição de 1988. Assim, qualquer lei, seja ela estadual ou municipal, que discipline a conversão da moeda Cruzeiro Real em URV no que tange à remuneração de seus servidores de uma forma incompatível com a prevista na Lei nº 8.880/94 será inconstitucional, mormente quando acarretar redução de vencimentos;*
>
> *II – O término da incorporação, na remuneração do servidor, do percentual devido em razão da ilegalidade na conversão de Cruzeiros Reais em URV deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma reestruturação remuneratória.*
>
> *Assim também, pela harmonia com o julgamento definitivo do mérito do Resp. nº 1.101.726/SP, Tema nº 15, STJ, DJ de 14.08.2009, que entendeu ser obrigatória a observância, pelos Estados e Municípios, dos critérios previstos na Lei Federal nº 8.880/94 para a conversão em URV dos vencimentos e dos proventos de seus servidores, observada a prescrição quinquenal e que reajustes determinados por lei superveniente*

Acesso ao Sumário

não podem ser compensados e, em cumprimento ao disposto no art. 543-B, § 3º, do revogado Código de Processo Civil (comando correspondente ao disposto no inc. I do art. 1040 da Lei 13.105, de 16.03.15), nego seguimento aos recursos extraordinário e especial interpostos."

A matéria aqui tratada, referente ao direito, ou não, à compensação da diferença de 11,98%, resultante da conversão em URV dos valores expressos em cruzeiros reais, com o reajuste ocorrido na data-base subsequente, é idêntica à examinada pela Suprema Corte em gestão por temas de Repercussão Geral no *leading case* RE nº 561.836/RN, Tema nº 5: "U R V", em que restou reconhecida a repercussão geral da matéria, asseverando, ***verbis***:

"1) Direito monetário. Conversão do padrão monetário: Cruzeiro Real em URV. Direito aos 11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, e a sua incorporação. Competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Art. 22, inciso VI, da Constituição da República. Inconstitucionalidade formal da lei estadual nº 6.612/94 que regula o tema da conversão do Cruzeiro Real em URV. 2) O direito ao percentual de 11,98%, ou do índice decorrente do processo de liquidação, na remuneração do servidor, resultante da equivocada conversão do Cruzeiro Real em URV, não representa um aumento na remuneração do servidor público, mas um reconhecimento da ocorrência de indevido decréscimo no momento da conversão da moeda em relação àqueles que recebem seus vencimentos em momento anterior ao do término do mês trabalhado, tal como ocorre, *verbi gratia*, no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário por força do art. 168 da Constituição da República. 3) Consectariamente, o referido percentual deve ser incorporado à remuneração dos aludidos servidores, sem qualquer compensação ou abatimento em razão de aumentos remuneratórios supervenientes. 4) A limitação temporal do direito à incorporação dos 11,98% ou do índice decorrente do processo de liquidação deve adstringir-se ao *decisum* na ADI nº 2.323-MC/DF e na ADI nº 2.321/DF. 5) O término da incorporação dos 11,98%, ou do índice obtido em cada caso, na remuneração deve ocorrer no momento em que a carreira do servidor passa por uma restruturação remuneratória, porquanto não há direito à percepção *ad aeternum* de parcela de remuneração por servidor público. 6) A irredutibilidade estipendial recomenda que se, em decorrência da reestruturação da carreira do servidor, a supressão da parcela dos 11,98%, ou em outro percentual obtido na liquidação, verifica-se com a redução da remuneração, o servidor fará jus a uma parcela remuneratória (VPNI) em montante necessário para que não haja uma ofensa ao princípio, cujo valor será absorvido pelos aumentos subsequentes. 7) A reestruturação dos cargos no âmbito do Poder Judiciário Federal decorreu do advento da Lei nº 10.475/2002, diploma legal cuja vigência deve servir de termo *ad quem*

Acesso ao Sumário

para o pagamento e incorporação dos 11,98% no âmbito do referido Poder. 8) Inconstitucionalidade."

Não aproveita à recorrente argumentar que, no caso em exame, a carreira do servidor experimentou reestruturação que atrairia a incidência do mesmo *leading case* em ordem a fixar o limite temporal para a incorporação de eventual percentual decorrente da não observância da conversão do padrão remuneratório em URV.

Isso porque referida tese – que não atina a fato ou a direito superveniente – somente veio aos autos ao tempo do manejo deste agravo interno, não sendo suscitada em instância ordinária, tampouco nas razões de recurso extraordinário.

Ora, a competência desta Eg. Câmara Especial de Presidentes circunscreve-se ao exame da correção da decisão agravada à luz das razões articuladas no recurso excepcional inadmitido. Dessa forma, não é dado ao recorrente, mercê de agravo interno interposto contra a decisão denegatória de recurso excepcional, introduzir fundamento não suscitado no apelo extremo. Impede-o a ocorrência da preclusão consumativa, da qual já se ocupou a Suprema Corte no julgamento de matéria em tudo assemelhada, por acórdão cujas razões, *mutatis mutandis*, aproveitam ao caso em testilha:

> *"III. Na forma da jurisprudência desta Corte, 'é vedado, em sede de agravo interno, ampliar-se o objeto do recurso especial, aduzindo-se questões novas, não suscitadas no momento oportuno, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa." (Agint no AREsp 885651/SP; rel. Min.* ***ASSUSETE MAGALHÃES****; DJe 26.04.17)" (grifei).*
>
> No mesmo sentido:
>
> ARE 726.343/MG, Rel.(a) Min.(a) **CARMEN LÚCIA**, DJe 06.02.2013.

Cumpre destacar, ainda, segundo o entendimento dos nobres julgadores quando do julgamento do mérito do RE nº 561.836/RN, que o princípio da irredutibilidade estipendial recomenda que eventual percentual decorrente da incorreta aplicação da conversão em URV prevista na Lei nº 8.880/94, será apurado no momento da liquidação de sentença, junto ao juízo de primeiro grau.

Ademais, a verificação da alegada ocorrência de reestruturação da referida carreira para fins de estabelecimento do limite temporal da incorporação do percentual relativo à perda salarial, está afetada ao Tema nº 913 (RE 968.574 – AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO) do Col. Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, já se pronunciou definitivamente do sentido de reconhecer a ausência de repercussão geral por entender que demandaria análise de legislação infraconstitucional.

Noutra espiral, não se avista desacerto na decisão ora agravada, eis que decisão da Eg. Turma Julgadora afeiçoa-se à jurisprudência do Col. STJ

Acesso ao Sumário

estratificada pelo julgamento do Resp. nº 1.101.726/SP, Tema nº 15, sob a técnica de casos repetitivos, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"De acordo com entendimento firmado por este Superior Tribunal de Justiça é obrigatória a observância, pelos Estados e Municípios, dos critérios previstos na Lei Federal nº 8.880/94 para a conversão em URV dos vencimentos e dos proventos de seus servidores, considerando que, nos termos do artigo 22, VI, da Constituição Federal, é da competência privativa da União legislar sobre o sistema monetário. Divergência jurisprudencial notória. 3. Os servidores cujos vencimentos eram pagos antes do último dia do mês têm direito à conversão dos vencimentos de acordo com a sistemática estabelecida pela Lei nº 8.880/94, adotando-se a URV da data do efetivo pagamento nos meses de novembro de 1993 a fevereiro de 1994. 4. Reajustes determinados por lei superveniente à Lei nº 8.880/94 não têm o condão de corrigir equívocos procedidos na conversão dos vencimentos dos servidores em URV, por se tratarem de parcelas de natureza jurídica diversa e que, por isso, não podem ser compensadas."

No que atina à prescrição, no encerramento do voto relator, o aludido precedente refere-se, explicitamente – ***verbis***:

> ***"Diante do exposto, conheço do recurso especial pela alínea 'c' do permissivo constitucional e dou-lhe provimento, para reconhecer o direito do recorrente ao pagamento das diferenças resultantes da conversão de seus vencimentos em URV na data do efetivo pagamento, nos termos da Lei nº 8.880/94, com a apuração em regular liquidação de sentença, acrescidas de correção monetária a partir da data em que deveria ter sido efetuado o pagamento de cada parcela e de juros de mora no percentual de 6% (seis por cento) ao ano a partir da citação, observada a prescrição quinquenal."*** (Grifo nosso).

Não é preciso dizer-se mais. No mesmo sentido:

> Rel. Ministro **PAULO GALLOTTI**, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 06/04/2009; Rel. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 29/09/2008; AgRg no Ag 955.012/MG, Rel. Ministra **LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2008, DJe 24/03/2008.

Inexistente erro na subsunção do caso concreto nos paradigmas julgados pelas Cortes Superiores, fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0002281-36.2007.8.26.0372/50002, da Comarca de Monte Mor, em que é agravante RENATA ANSELMO DE OLIVEIRA.

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 27.289)**

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, 29 de maio de 2018.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Agravo interno. Decisão monocrática que julgou prejudicado recurso extraordinário. Recurso com repercussão geral reconhecida e julgamento definitivo do 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.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 719/720) que, com fundamento nos Temas 339 e 660, ambos do Colendo Supremo Tribunal Federal, julgou prejudicado o recurso

extraordinário com base no artigo 1.030, inciso I, alínea "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. 793/810).

É o relatório.

Propõe-se, respeitosamente, o indeferimento do presente agravo à Câmara Especial de Presidentes, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 1ª 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 julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na r. decisão de fls. 719/720, ora atacada.

No tocante ao Tema 339, o Excelso Pretório, no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, em sessão de julgamento realizada aos 23 de junho de 2010, por maioria e nos termos do voto do Relator, reconheceu a repercussão geral e reafirmou a jurisprudência no sentido de que o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, exige que o v. acórdão ou r. decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

A Defesa aludiu às fls. 662, 664 e 683 que:

> *[...]*
>
> ***Verifica-se assim, que a SENTENÇA É NULA, POIS CERCEOU TODOS OS DIREITOS DE DEFESA DA RÉ, instituídos no Código Penal, no Código de processo Penal e na Constituição Federal, nos termos do artigo 5º da CF/88 LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla Defesa com os meios e recursos a ela inerentes;***

Acesso ao Sumário

[...]

NULIDADE DA R. SENTENÇA CONDENATÓRIA e DO R. ACÓRDÃO, que é fundamentada apenas em supostas e equivocadas provas produzidas na fase policial, no inquérito policial pelo Delegado, longe do princípio constitucional e judicial do contraditório e da ampla defesa.

[...]

De outra parte, o Magistrado, face ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF. 88) deverá sempre fundamentar a escolha do regime prisional mais severo, não bastando a referência genérica as circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do CP., posicionamento este que vem sendo comumente adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Já o v. acórdão de fls. 549/551, registrou que:

[...]

Ainda que o Magistrado, ao prolatar a sentença, não tenha especificamente analisado cada uma das teses levantadas pela Defesa, não há que se falar em desrespeito às disposições contidas no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, ou mesmo no art. 381, inciso III, do Código de Processo Penal. Ao concluir pela condenação da apelante, o MM. Juiz refutou, mesmo que indiretamente, todas as alegações defensivas.

Frise-se que a nulidade, com base no inciso IV do art. 564 do Código de Processo Penal, somente pode ser decretada em caso de omissão de formalidade essencial ao ato, o que não ocorre na hipótese, visto que a referida decisão contém esmiuçada análise da prova produzida durante a instrução, expondo os devidos motivos de fato e de direito ensejadores da condenação, ao mesmo tempo em que contempla todos os requisitos formais previstos nos demais incisos do art. 381 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

STF: "A indicação dos motivos de fato e de direito em que se funda a decisão feita de maneira sucinta, mas com precisa remissão aos documentos probatórios existentes nos autos, é bastante ao entendimento da exigência de fundamentação" (RT 557/406).

TJRS: "APELAÇÕES CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO DE TESE DEFENSIVA. AFASTAMENTO. Ainda que de forma indireta, a tese da participação de menor importância do réu, proposta pela defesa, foi refutada pela sentença. A magistrada enfrentou as alegações na medida em que fundamentou seu convencimento de que o réu praticou o delito de furto qualificado. Por outro lado, desnecessária expressa alusão às teses defensivas, bastando seu enfrentamento, ainda que de forma

implícita, o que ocorreu no caso" (ACR: 70045161585 RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Data de Julgamento: 18/01/2012, 8ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/02/2012).

TJMS: "APELAÇÃO CRIMINAL – ENTORPECENTE – TRÁFICO ILÍCITO – PRELIMINAR – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR OFENSA AO ART. 157 E 381, III, AMBOS DO CPP E ART. 93, IX, DA CF – NÃO-OCORRÊNCIA – SENTENÇA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – REJEITADA – MÉRITO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – MATERIALIDADE COMPROVADA – AUTORIA – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL – RETRATAÇÃO – IRRELEVÂNCIA – AMPARO NOS FIRMES DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS – PROVA SUFICIENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA – MAJORANTE DA ASSOCIAÇÃO – PEDIDO DE EXCLUSÃO – CO-AUTORIA COMPROVADA – MANUTENÇÃO – PENA – REDUÇÃO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DEVIDAMENTE VERIFICADAS – AUMENTO JUSTIFICADO – RECURSO IMPROVIDO. Não há falar em falta de fundamentação, se a sentença expõe os motivos de fato e de direito e está formalmente perfeita, além de preencher os requisitos do artigo 381, III, do CPP, inexistir afronta ao disposto no art. 93, inciso IX, da CF" (ACR: 12746 MS 2005.012746-6, Relator: Des. José Augusto de Souza, Data de Julgamento: 19/10/2005, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 10/11/2005).

Já no que diz respeito ao alegado cerceamento de defesa em razão da não realização de acareação entre a apelante e a vítima e da não realização das oitivas judiciais de quatro testemunhas arroladas pela Defesa, faz-se menção às decisões de fls. 280/280 vº e 321/321 vº, proferidas pelo Magistrado de primeiro grau antes mesmo da sentença guerreada, a qual, inclusive, a elas se referiu para deduzir o mesmo que ora se corrobora, para que se conclua pela preclusão de tais pedidos.

Com efeito, nos termos do art. 230 do Código de Processo Penal, enfatizando-se que, na audiência de instrução em que apreciado o pedido pela acareação nem vítima e nem apelante estavam presentes, entendeu o Magistrado de primeiro grau inconveniente e inoportuna a diligência requerida. Solidificando o acerto da referida decisão, depreende-se que a pretendida acareação geraria demora prejudicial ao processo, além do fato de que, inadvertidamente, causaria grave constrangimento à ofendida, a qual teria de colocar-se frente a frente com a pessoa que afirmou ter sido uma das responsáveis por privar-lhe a liberdade e causar-lhe grave sofrimento físico e moral em razão de maus tratos, consubstanciados em variados tipos de agressões físicas e psicológicas. Ademais, tendo a Defesa se comprometido a fornecer os endereços corretos das testemunhas arroladas e/ou apresentá-las independentemente de intimação à audiência, mas assim não tendo feito, foram corretamente declaradas preclusas suas respectivas oitivas.

Acesso ao Sumário

Tal r. decisão, assim, está em conformidade com o r. *decisum* do Pretório Excelso no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, o que afasta o acolhimento deste agravo interno.

Quanto ao Tema 660, verifico que o mesmo Sodalício, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, deliberou sobre a idêntica matéria debatida no recurso extraordinário apresentado pela Defesa, qual seja, a violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada, não sendo reconhecida a repercussão geral.

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 1009427-10.2014.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada VERA POMPONI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44333)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 29 de maio de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF (AÇÃO COLETIVA Nº 1998.01.1.016798-9). OBSERVÂNCIA

DA COISA JULGADA. 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). EXPURGOS INFLACIONÁRIOS POSTERIORES A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA DO DÉBITO. INCIDÊNCIA (TEMA 887). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.391.198/RS, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP, e 1.392.245/DF, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC; (b) necessidade de alteração do termo inicial dos juros de mora para a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; e (c) violação à coisa julgada, em razão da inclusão indevida de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito. Sustenta a aplicação do entendimento do Supremo Tribunal Federal proferido nos recursos extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP. Indica, ainda, que a matéria também é objeto de análise no Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial nº 1.438.263/SP, que determinou o sobrestamento dos recursos que tratem do mesmo tema.

Houve apresentação de contraminuta a fls. 533/544.

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

Acesso ao Sumário

especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.391.198/RS, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa – também por força da coisa julgada –, independentemente de fazerem parte dos quadros associativos do IDEC, para o ajuizamento do cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública nº 1998.01.1.016798-9, pelo Juiz da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (tema 724).

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). Confira-se a fls. 509/510.

Neste contexto, o entendimento adotado no acórdão recorrido (fls. 366/368) está em perfeita sintonia com as orientações superiores ao concluir pela: (a) desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação; (b) incidência do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública; e (c) aplicação da Tabela Prática do TJSP para atualização monetária do débito exequendo.

Acesso ao Sumário

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos, que não pressupõe trânsito em julgado conforme manifestação da própria Corte Superior: *"A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para aplicar a tese firmada em julgamento de recurso especial repetitivo ou de recurso extraordinário sob repercussão geral. Precedentes."* (EDcl no AgRg no REsp nº 1.460.732/PR, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 26.2.2018).

De resto, a pretensão de análise da aplicabilidade do entendimento exposto nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP desborda

dos limites desta via recursal, estreita, e não se aplica a suspensão dos processos exposta 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2220586-84.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de Franca, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado ORLANDO FABIO CARRERA.

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 44653)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 4 de junho de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF (AÇÃO COLETIVA Nº 1998.01.1.016798-9). OBSERVÂNCIA DA COISA JULGADA. LEGITIMIDADE ATIVA DOS POUPADORES E DE SEUS SUCESSORES, INDEPENDENTEMENTE DE FAZEREM PARTE DOS QUADROS ASSOCIATIVOS DO IDEC (TEMA 724). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

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 a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.391.198/RS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Sustenta a necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC. Indica, ainda, que a matéria é objeto de análise no Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial nº 1.438.263/SP, que determinou o sobrestamento dos recursos que tratem do mesmo tema.

Houve apresentação de contraminuta a fls. 12/14.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, o entendimento estabelecido pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.391.198/RS, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa – também por força da coisa julgada –, independentemente de fazerem parte dos quadros associativos do IDEC, para o ajuizamento do cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública nº 1998.01.1.016798-9, pelo Juiz da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (tema 724). Confira-se a fls. 217/219.

Acesso ao Sumário

Neste contexto, a decisão monocrática (fls. 153/158), confirmada pelo acórdão recorrido (fls. 183/190), está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, não se aplica a suspensão dos processos exposta 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2188407-97.2016.8.26.0000/50001, da Comarca de Araçatuba, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada ANGELINA LOPES PICOLINI.

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 45041)**

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, 8 de junho de 2018.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF (AÇÃO COLETIVA Nº 1998.01.1.016798-9). JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DO DEVEDOR NA FASE DE CONHECIMENTO (TEMA 685). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.391.198/RS, 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega que foram cumpridos todos os requisitos

Acesso ao Sumário

de admissibilidade do recurso e que houve violação aos princípios da segurança jurídica, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Discorre, ainda, sobre os dogmatismos do direito. Assinala a existência de precedente jurisprudencial que fixou o termo inicial dos juros de mora na data da citação do cumprimento individual da sentença coletiva.

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, o entendimento estabelecido pelo STJ não se aplica ao caso concreto, conforme previsto no Acordo de Cooperação celebrado para regulamentação dos procedimentos relativos ao processamento e julgamento de recursos especiais repetitivos (cláusula 4.4).

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgados os Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, o Superior Tribunal de Justiça determinou que os juros de mora devem incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685). Confira-se a fls. 411/412.

Neste contexto, a decisão monocrática (fls. 331/335), confirmada pelo acórdão recorrido (fls. 354/356), está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela incidência do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004346-37.2016.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante ARLINDO TADEU BONFOGO, é apelado OFICIAL DE REGISTROS DE IMÓVEIS DA COMARCA DE LEME.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.457)**

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, 27 de abril de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE FORMAL DE PARTILHA – Falecida casada com o viúvo pelo regime da comunhão universal de bens – Necessidade de se inventariar a totalidade do bem havido em comunhão no casamento – Universalidade de direito que se extrema somente com a partilha – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Arlindo Tadeu Bonfogo contra r. sentença que julgou procedente a dúvida e manteve a recusa do registro de formal em razão do arrolamento na primeira partilha da metade ideal e não da totalidade do bem imóvel de propriedade da falecida e seu marido, casados pelo regime da comunhão universal de bens.

O apelante sustenta a regularidade do título e o cabimento do registro ante sua correção em consideração à metade ideal da falecida.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do

recurso (fls. 214/217).

É o relatório.

A natureza judicial do título apresentado não impede sua qualificação registral quanto aos aspectos extrínsecos ou aqueles que não foram objeto de exame pela Autoridade Jurisdicional.

O item 119, do Capítulo XX, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça é expresso acerca do dever do Oficial do Registro de Imóveis a tanto, como se constata de sua redação:

> *119. Incumbe ao oficial impedir o registro de título que não satisfaça os requisitos exigidos pela lei, quer sejam consubstanciados em instrumento público ou particular, quer em atos judiciais.*

Essa questão é pacífica nos precedentes administrativos deste órgão colegiado, entre muitos, confira-se trecho do voto do Desembargador Manuel Pereira Calças, Corregedor Geral da Justiça à época, na apelação nº 0001561-55.2015.8.26.0383, j. 20.07.17:

> *A origem judicial do título não afasta a necessidade de sua qualificação registral, com intuito de se obstar qualquer violação ao princípio da continuidade (Lei 6.015/73, art. 195).*
>
> *Nesse sentido, douto parecer da lavra do então Juiz Assessor desta Corregedoria Geral de Justiça, Álvaro Luiz Valery Mirra, lançado nos autos do processo n.º 2009/85.842, que, fazendo referência a importante precedente deste Colendo Conselho Superior da Magistratura (Apelação Cível n.º 31.881-0/1), aduz o que segue:*
>
> *"De início, cumpre anotar, a propósito da matéria, que tanto esta Corregedoria Geral da Justiça quanto o Colendo Conselho Superior da Magistratura têm entendido imprescindível a observância dos princípios e regras de direito registral para o ingresso no fólio real – seja pela via de registro, seja pela via de averbação – de penhoras, arrestos e sequestros de bens imóveis, mesmo considerando a origem judicial de referidos atos, tendo em conta a orientação tranquila nesta esfera administrativa segundo a qual a natureza judicial do título levado a registro ou a averbação não o exime da atividade de qualificação registral realizada pelo oficial registrador, sob o estrito ângulo da regularidade formal (Ap. Cív. n. 31.881-0/1)."*

Na primeira sucessão, apesar do casamento da falecida com o viúvo pelo regime da comunhão total de bens e a titularidade dominial sobre a totalidade do bem, houve a partilha de somente 50% do bem imóvel.

Em virtude do regime de bens do casamento, havia comunhão de direitos entre a falecida e o viúvo quanto ao imóvel inventariado.

Acesso ao Sumário

Havendo universalidade de direito em relação à integralidade do único bem a ser partilhado, é necessário inventariar a totalidade do bem e proceder sua partilha.

Desse modo, como decidido pelo MM. Juiz Corregedor Permanente, competia arrolar a totalidade do imóvel na primeira sucessão e proceder à partilha, pois, antes desta, o direito dos titulares da universalidade é sobre a totalidade do patrimônio.

Por fim, cabe mencionar a existência de precedente deste Conselho Superior da Magistratura, consistente na Apelação Cível n.º 764-6/8, de 30 de outubro de 2007, na qual o Exmo. Sr. Des. Gilberto Passos de Freitas, Corregedor Geral da Justiça à época, referiu:

> *Não se discute que meação de cônjuge não se enquadra no conceito legal de herança (e, por isso, não havendo transmissão, seu valor não deve ser considerado na base de cálculo de tributo); mas isso não significa que deva ser desprezada na partilha.*
>
> *Ao contrário, justamente porque a situação é de massa indivisa, que abrange a comunhão decorrente do casamento e a herança gerada pela sucessão "mortis causa", que se extrema apenas com a partilha, não há como deixar de incluir a integridade do bem, e não apenas sua metade ideal, na partilha, que deve prever não só o pagamento do quinhão da herdeira, mas também a atribuição da parte que couber à viúva-meeira.*
>
> *Diversos são, aliás, os precedentes do Conselho Superior da Magistratura neste sentido, deles destacando-se não só a verdade de que "a comunhão decorrente do casamento é pro indiviso" (CSM, Ap. Civ. nº 404-6/6, rel. JOSÉ MÁRIO ANTONIO CARDINALE) – e, por isso, a meação da cônjuge sobrevivente "só se extremará com a partilha" (CSM, Ap. Civ nºs 404-6/6, rel. JOSÉ MÁRIO ANTONIO CARDINALE e 17.289-0/7, rel. JOSÉ ALBERTO WEISS DE ANDRADE) –, mas também a conseqüência lógica de que, até a partilha integral, "permanece a indivisão" (CSM, Ap. Civ. nº 15.305, rel. DÍNIO DE SANTIS GARCIA).*
>
> *Logo, com Afrânio de Carvalho, se pode repetir a pertinente e apropriada lição de que a "partilha abrange todo o patrimônio do morto e todos os interessados, desdobrando-se em duas partes, a societária e a sucessória, embora o seu sentido se restrinja por vezes à segunda" (AFRÂNIO DE CARVALHO. Registro de Imóveis. Ed. Forense: 3ª edição, 1982, pág. 281).*

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000791-27.2017.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante MATHEUS NEVES CARRASCO SANTOS, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE TAUBATÉ.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação, para o fim de julgar improcedente a dúvida registral e determinar o registro da carta de adjudicação, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.315)**

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, 15 de maio de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Carta de Adjudicação – Desqualificação do título judicial, exigindo-se certidão negativa de débitos (CND) expedida conjuntamente pela Receita Federal e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – Impossibilidade – Item 119.1, do Capítulo XX, Tomo II, das NSCGJ – Registrador que não pode assumir o papel de fiscal dos tributos não vinculados ao ato registrado – Dúvida improcedente – Apelação provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Matheus Neves Carrasco Santos contra a sentença de fls. 91/93, que manteve a recusa ao registro da carta de adjudicação expedida nos autos de ação de Execução Extrajudicial n.º 0024474-23.2011.8.26.0625, da 5ª Vara Cível da Comarca de Taubaté, sob argumento de que é correta a exigência contida na nota de devolução expedida pela Registradora, consistente na apresentação de *"certidão negativa de débitos expedida conjuntamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (CFB)*

e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGN), referente a todos os créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União (DAU) por elas administrados, em nome de ALCOPRADO REPAROS PREDIAIS LTDA. ME devidamente atualizada" (fls. 19).

Sustenta o apelante que as certidões negativas federais são inexigíveis, uma vez que tais débitos tributários não guardam relação com o ato de registro do título.

Sobrevieram contrarrazões.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

A origem judicial do título não afasta a necessidade de sua qualificação registral. Sobre o tema, o douto parecer da lavra do então Juiz Assessor desta Corregedoria Geral de Justiça, Álvaro Luiz Valery Mirra, lançado nos autos do processo n.º 2009/85.842, que, fazendo referência a importante precedente deste Colendo Conselho Superior da Magistratura (Apelação Cível n.º 31.881-0/1), ressaltou que:

> *"De início, cumpre anotar, a propósito da matéria, que tanto esta Corregedoria Geral da Justiça quanto o Colendo Conselho Superior da Magistratura têm entendido imprescindível a observância dos princípios e regras de direito registral para o ingresso no fólio real – seja pela via de registro, seja pela via de averbação – de penhoras, arrestos e seqüestros de bens imóveis, mesmo considerando a origem judicial de referidos atos, tendo em conta a orientação tranqüila nesta esfera administrativa segundo a qual a natureza judicial do título levado a registro ou a averbação não o exime da atividade de qualificação registral realizada pelo oficial registrador, sob o estrito ângulo da regularidade formal (Ap. Cív. n. 31.881-0/1)."*

Feitas essas considerações iniciais, impõe-se a análise da exigência impugnada.

Não se justifica a exibição de CND (certidões negativas de débitos previdenciários e tributários), diante da contemporânea compreensão do Colendo Conselho Superior da Magistratura, iluminada por diretriz estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal (ADI n.º 173/DF e ADI n.º 394/STF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 25.9.2008), a dispensá-la, porquanto a exigência, uma vez mantida, prestigiaria vedada sanção política (Apelação Cível n.º 0013759-77.2012.8.26.0562, rel. Des. Renato Nalini, j. 17.1.2013; Apelação Cível n.º 0021311-24.2012.8.26.0100, rel. Des. Renato Nalini, j. 17.1.2013; Apelação Cível n.º 0013693-47.2012.8.26.0320, rel. Des. Renato Nalini, j. 18.4.2013; Apelação Cível n.º 9000004-83.2011.8.26.0296, rel. Des. Renato Nalini, j. 26.9.2013; e Apelação Cível n.º 0002289-35.2013.8.26.0426, rel. Des. Hamilton Elliot Akel, j. 26.8.2014; Apelação Cível n.º 14803-69.2014.8.26.0269, rel.

Acesso ao Sumário

Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 30.6.2016).

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, já se posicionou pela inconstitucionalidade de atos do Poder Público que traduzam exercício abusivo e coercitivo de exigência de obrigações tributárias, inclusive com natureza de contribuições previdenciárias.

Tal entendimento se encontra consubstanciado em enunciados da Suprema Corte (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva, quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas (RTJ 125/395, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI), conforme voto do E. Ministro CELSO DE MELLO:

> *"O fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acertamento da elação tributária, para, em função deles – e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional – constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso."*[1]

Na situação em apreço, a confirmação da exigência representa indevida restrição ao acesso de título à tábua registral, imposta como forma oblíqua e instrumentalizada para, ao arrepio e distante do devido processo legal, forçar o contribuinte ao pagamento de tributos.

Caracteriza, em síntese, limitação a interesses privados em desacordo com a orientação do E. STF, à qual se alinha este Colendo Conselho Superior da Magistratura, mascarando uma cobrança por quem não é a autoridade competente, sem observância do procedimento adequado à defesa dos direitos do contribuinte, em atividade estranha à fiscalização que lhe foi cometida, certo que as obrigações tributárias em foco não decorrem do ato registral buscado.

Segundo lição de Humberto Ávila, *"a cobrança de tributos é atividade vinculada procedimentalmente pelo devido processo legal, passando a importar quem pratica o ato administrativo, como e dentro de que limites o faz, mesmo que – e isto é essencial – não haja regra expressa ou a que seja prevista estabeleça o contrário."* (Sistema Constitucional Tributário, 5ª. Ed., São Paulo. Saraiva, 2012, p. 173).

Nessa mesma direção, sob inspiração desses precedentes, assim dispõe o subitem 119.1. do Cap. XX das NSCGJ: *"com exceção do recolhimento do imposto de transmissão e prova de recolhimento do laudêmio, quando devidos, nenhuma exigência relativa à quitação de débitos para com a Fazenda Pública, inclusive quitação de débitos previdenciários, fará o oficial, para o registro de títulos particulares, notariais ou judiciais."*

Acesso ao Sumário

1 STF, RE 666405/RS.

À dispensa afirmada também leva a intelecção do parágrafo único do art. 21 da Lei n.º 9.393/1996, que, ao fazer remissão ao art. 134 do CTN, condicionou a responsabilidade solidária (e subsidiária) dos tabeliães e registradores pelas obrigações não cumpridas pelo contribuinte à existência de um vínculo entre o tributo não pago e o ato praticado, ausente, em se tratando dos tributos federais, cujo fato gerador é alheio ao registro da carta de adjudicação.

Acrescente-se que, recentemente, o C. Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no julgamento do Pedido de Providências nº 0001230-82.2015.2.00.000, por votação unânime, firmou entendimento de que, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 1º, inciso IV, da Lei nº 7.711/88 (ADI 394), não há mais que se falar em comprovação de quitação de créditos tributários, de contribuições federais e de outras imposições para o ingresso de qualquer título do registro de imóveis.

Com essas considerações, suficientes para afastar, *in concreto*, toda e qualquer exigência ligada à comprovação de pagamento ou de inexistência de débitos fiscais desatrelados do registro idealizado, conclui-se, respeitado o entendimento do MM. Juiz Corregedor sentenciante, que a recusa não deve prevalecer.

Em suma, afastada a exigência, o ingresso do título se impõe.

Diante do exposto, **dou provimento** à apelação, para o fim de julgar improcedente a dúvida registral e determinar o registro da carta de adjudicação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025556-75.2017.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que são partes é apelante HENRIQUE CARANI COUBE, é apelado PRIMEIRO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE BAURU/SP.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a preliminar e deram provimento à apelação, para julgar a dúvida improcedente e determinar o ingresso da escritura pública de renúncia ao direito de propriedade por condômina em condomínio geral, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.305)**

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

Acesso ao Sumário

DIREITO PÚBLICO), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 15 de maio de 2018.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Condomínio Geral. Renúncia de Condômino. Renúncia incondicional e imotivada. Aplicação da regra geral de extinção da propriedade imóvel por renúncia constante do artigo 1.275, inciso II, do Código Civil. Ingresso do título de renúncia – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Sr. Henrique Carani Coube contra a r. sentença de fls. 55/56, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo 1º Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Bauru mantendo a recusa do ingresso de renúncia à propriedade efetuada por condômina em condomínio geral.

Sustenta o apelante, em preliminar, nulidade da r. sentença por falta de fundamentação e no mérito a possibilidade do registro da renúncia à propriedade imóvel por se cuidar de ato unilateral (fls. 64/80).

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 102/104).

É o relatório.

A r. sentença, apesar de sucinta, enfrentou os pontos fundamentais das questões postas, mantendo a qualificação registral negativa efetuada pelo Sr. Oficial.

Afasto, portanto, a preliminar de nulidade da sentença.

A propriedade por ser um direito real patrimonial permite o exercício de disposição por seu titular, enquanto exercício da autonomia privada.

A renúncia é um dos modos de disposição do direito de propriedade, pelo qual o titular do direito real efetua declaração negocial voltada à extinção daquele.

De acordo com Miguel Maria de Serpa Lopes (*Tratado dos registros públicos*. v. IV. Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 158):

> *A verdadeira renúncia é a abdicativa. Pode ser definida como o ato unilateral em que se manifesta a vontade de perder um direito com a completa ausência de uma intenção principal e direta de com isso*

Acesso ao Sumário

outorgar uma vantagem a quem quer que seja.

A renúncia por encerrar um negócio jurídico unilateral e incondicional, não depende da aceitação de terceiro; cuidando-se, de acordo com Francisco Eduardo Loureiro (*Código civil comentado*. Barueri: Manole, 2015, p. 1.203) de declaração de vontade não receptícia.

Entretanto, a renúncia não pode afetar direitos de terceiros, ocorrendo isso, há necessidade do consentimento dos titulares dos direitos afetados, nesse sentido José Alberto C. Vieira (*Direitos reais*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 448/449) menciona:

> *Encontrando-se o direito de usufruto onerado, o poder de disposição é afectado pela medida da oneração. Como resultado, sempre que o titular do direito real cause com a renúncia a extinção de outros direitos reais sobre a coisa, ele deve obter antecipadamente o consentimento dos titulares dos direitos implicados.*

A renúncia ao direito de propriedade também não é cabível na hipótese do exercício abusivo de posição jurídica.

Nesse sentido, há precedente deste Conselho Superior da Magistratura, como se observa do voto do Des. Ruy Camilo, Corregedor Geral da Justiça à época, na apelação cível nº 957-6/9, j. 11.11.08:

> *A renúncia pretendida pela apelada altera claramente o loteamento registrado, pois reduz a área total da gleba loteada e, ainda, põe em risco a continuidade da proteção ao manancial, visto que, em essência, terá como resultado prático o abandono da área, transferindo à coletividade o ônus de sua preservação, além de retirar dos adquirentes dos lotes uma área de natureza preservada, que estava prevista originalmente no projeto que foi aprovado e registrado.*

No caso em julgamento, a renúncia ao direito de propriedade foi efetuada por condômina, titular da quarta parte do imóvel em condomínio geral.

O Oficial do Registro Imobiliário entendeu pela necessidade da participação dos demais condôminos para o ingresso do título, fundado nas disposições do artigo 1.316 do Código Civil que dispõe:

> *Art. 1.316. Pode o condômino eximir-se do pagamento das despesas e dívidas, renunciando à parte ideal.*
>
> *§ 1º Se os demais condôminos assumem as despesas e as dívidas, a renúncia lhes aproveita, adquirindo a parte ideal de quem renunciou, na proporção dos pagamentos que fizerem.*
>
> *§ 2º Se não há condômino que faça os pagamentos, a coisa comum será dividida.*

A renúncia constante dessa previsão legal não tem a finalidade única de extinção do direito real, porquanto motivada pela exoneração das obrigações *propter rem* da responsabilidade do condômino renunciante.

Acesso ao Sumário

Seja como for, como consta da escritura pública de fls. 10/11 e documento de fls. 12, não há qualquer dívida sobre o imóvel da parte da renunciante ou dos demais condôminos, portanto, a natureza jurídica da renúncia em exame é puramente abdicativa e incondicional objetivando despedir-se do direito de propriedade. Além disso, também é do corpo da escritura a notícia da existência de ação de usucapião do mesmo imóvel, movida pela renunciante em face dos demais condôminos, a qual, aquela, igualmente, providenciará a renúncia e desistência (a fls. 11).

Diante disso, a renúncia à propriedade imóvel pela condômina segue a regra geral do artigo 1.275, inciso II, do Código Civil, cujos efeitos são subordinados ao registro do título.

A esta altura é possível concluir pela não ofensa de direitos de terceiros até porque a propriedade é o direito real mais amplo, a inexistência de elementos para se apurar exercício abusivo de direito, bem como a não incidência da especificidade das disposições do artigo 1.316 do Código Civil, destarte, compete o ingresso do título no registro imobiliário face ao caráter unilateral e incondicional da renúncia.

Por todo o exposto, pelo meu voto, rejeito a preliminar e dou provimento à apelação, para julgar a dúvida improcedente e determinar o ingresso da escritura pública de renúncia ao direito de propriedade por condômina em condomínio geral.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

MARCELO FORLI FORTUNA (Juiz de Direito)

Discurso proferido por ocasião da instalação do Setor das Execuções Fiscais da Comarca de Jaguariúna (Cerimônia realizada em 26.04.2018).

Em primeiro lugar cumprimento o Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente Doutor Manuel de Queiroz Pereira Calças, estendendo o cumprimento a todas as demais autoridades presentes.

Ações efetivas! É isso que todos esperam da Justiça. Um amplo acesso, resposta rápida, efetividade e qualidade na prestação jurisdicional, tudo isso é imprescindível para o aperfeiçoamento do nosso modelo constitucional.

A estruturação adequada do judiciário é o primeiro passo para alcançarmos tais objetivos., ainda mais quando pensamos em execução fiscal.

Há muito nos preocupamos com questão da execução fiscal. Em 2016 e 2017 mobilizamos verdadeiro mutirão com parceria com o CEJUSC visando obter êxito em conciliações em processos que envolviam dívidas fiscais.

Em Jaguariúna no ano de 2016 foram 400 audiências com acordos que totalizaram cerca de R$ 80 mil reais. Em Santo Antônio de Posse no ando de 2017 foram cerca de 740 conciliações pré-processuais e 105 audiências realizadas e nessas audiências 94 acordos.

O problema é que ações como essas devem ser permanentes, continuas e efetivas. Para isso, é preciso servidores especializados, técnicos, que dediquem-se exclusivamente à matéria fiscal, diante de suas peculiaridades.

A criação do anexo fiscal vem ao encontro de tudo isso.

Em Jaguariúna existem 40.923 processos em andamento (dados de março/18). Destes, mais de 50% são da área da Execução Fiscal, com cerca de 22.000.

Com o anexo fiscal, teremos a estruturação de instalações voltadas à arrecadação de dívidas públicas, fundamentais para a construção do sistema de cobranças do crédito público.

Assim, ganharemos em especialização, atendimento, efetividade, desvinculação das ações de conhecimento, melhoria na duração razoável do processo, prestigiando os direitos e deveres fundamentais.

Em primeiro lugar, a especialização é característica do anexo fiscal,

Acesso ao Sumário

pois os servidores ao lidarem com demandas exclusivamente fiscais, poderão aperfeiçoar o conhecimento na área, desenvolvendo técnicas próprias desse tipo de processo, que auxiliam na efetivação e resolução dos feitos.

Decorrendo da especialização, temos uma melhoria no atendimento. Quando os servidores passam a tratar de demandas específicas, o conhecimento passa a fazer parte do hábito e da rotina diária. Problemas vão se repetindo e soluções já desenvolvidas anteriormente em casos semelhantes, permitem uma resposta mais rápida ao jurisdicionado.

Em conjugação com a especialização e melhoria no atendimento, temos ainda a efetividade, ou seja, a satisfação do crédito em tempo mais ágil e com maior qualidade. A preocupação com a satisfação do crédito público devido é fundamental para a preservação de postulados como a legalidade e isonomia na administração pública.

Em sequência, a desvinculação com ações de conhecimento é extraordinariamente útil para que se prestigie a execução fiscal nos termos da sua lei de regência. Isso porque, deixa de existir aquela prática de se priorizar ações de conhecimento em detrimento às execuções fiscais, prática essa que não encontra amparo em nosso sistema Constitucional.

Tudo isso acaba por prestigiar os direitos e deveres fundamentais. Isso mesmo! Não só os direitos fundamentais do devido processo legal, duração razoável do processo, amplo acesso a Justiça, mas também os deveres fundamentais que todos os indivíduos têm para com o estado. Em uma sociedade de direitos, em uma era de constitucionalismos, muito se fala em direitos, esquecendo que o Capitulo I do titulo II de nossa constituição trata dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Nesse sentido, a promoção da plena satisfação dos créditos públicos exigindo-se a sua satisfação, é uma das formas de se garantir que os deveres fiscais sejam cumpridos por todos, promovendo-se assim cidadania e igualdade.

Afinal, se nem todos pensam como Oliver Wendel Holmes Junior quando disse “eu gosto de pagar tributos. Com eles eu ganho cidadania”, precisamos de uma Justiça Fiscal efetiva, para garantirmos a civilidade. O anexo é um dos primeiros passos para isso.

Acesso ao Sumário

MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA (Desembargador)

Discurso proferido em nome do Tribunal de Justiça, por ocasião da outorga do Colar do Mérito Judiciário a Celso Lafer, Professor Emérito da USP (Cerimônia realizada em 04.06.2018).

Inicio agradecendo ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na pessoa do Presidente Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, a honra de fazer a saudação em nome de nossa Corte de Justiça ao Professor Doutor Celso Lafer, por ocasião da outorga do Colar ao Mérito Judiciário.

Nesse momento de saudações, não posso deixar de render minhas sinceras homenagens a todos os Desembargadores e Desembargadoras, Juízes e Juízas de nosso Tribunal de Justiça, homens e mulheres que desempenham de forma exemplar, muitas vezes com sacrifício do convívio com a Família, o mister de distribuir a Justiça.

Estendo os cumprimentos a todos os Funcionários e Funcionárias de nosso Poder Judiciário Estadual, pessoas dedicadas e preparadas para as funções que desempenham, sem os quais toda estrutura nada seria.

Peço especial licença para saudar dois artífices deste momento, o Professor Doutor Desembargador José Renato Nalini, ex-Presidente desta Corte de Justiça, e o Poeta Paulo Bomfim, cujas poesias costuram o tecido da vida, Amigos fraternos com que tivemos a honra de pensar e levar adiante esta honraria ao nosso homenageado, bem como dos Desembargadores Paulo Dimas de Bellis Mascareti e Ademir de Carvalho Benedito, respectivamente Presidente e Vice-Presidente do nosso Tribunal, por ocasião da propositura da comenda.

Senhoras e Senhores,

Falar de Celso Lafer é uma tarefa fácil e ao mesmo tempo difícil. **Fácil** por que é um cidadão atento às coisas do mundo e das letras. Um homem que preza a justiça e o bem. Tem consciência de que a cultura e de maneira muito particular a cultura jurídica só ganham dimensão planetária se estiver a serviço do bem comum.

Difícil porque é um intelectual incomum, de formação sólida e conhecimentos vastos e talvez, insondáveis. É um fazedor de pontes, arquiteto de alianças, mas também, sem remédio ou cura, um inquebrantável "bandeirante" daquilo que o "pensamento forte" é capaz de criar por mor de rupturas virtuosas. É um crente no homem real e concreto, feito de barro e de asas de azul que vive na história e dela não pode sair.

Não me é possível, pelas circunstâncias do momento, analisar em profundidade e extensão, a vida e obra do nosso homenageado.

Acesso ao Sumário

Mas posso, com alegria e sinceridade, afirmar o meu testemunho e, juntamente com todos que o conhecem, suas marcantes qualidades de professor, jurista, diplomata, e principalmente, de humanista.

Celso Lafer nasceu em São Paulo, no dia 7 de agosto de 1941, filho de Abraão Jacob Lafer e da professora e assistente social Betty Lafer, sendo casado com a intelectual Mary Lafer.

Fez seus estudos primários no American Graded School de São Paulo e o secundário (ginásio e clássico) no Colégio Dante Alighieri, também na capital paulista, vindo a cursar a Faculdade de Direito da USP e formou-se em 1964, completando sua formação acadêmica na Universidade de Cornell, em Ithaca (EUA), onde concluiu o mestrado, em 1967, três anos depois o doutorado em ciência política, com uma tese sobre o Programa de Metas do governo Kubitschek. Em Cornell, foi aluno de Octavio Paz e da filósofa e pensadora política Hannah Arendt.

De volta ao Brasil, foi professor da disciplina instituições de direito público na Escola de Administração de Empresas de São Paulo (EAESP) da Fundação Getulio Vargas, de 1967 a 1970. Em 1971 passou a lecionar na Faculdade de Direito da USP.

No mesmo ano passou a dedicar-se à área empresarial, integrando o conselho de administração da Metal Leve. Entre 1971 e 1993, substituiu por diversas vezes o presidente da diretoria e do conselho de administração da empresa, José Mindlin.

Atuou também na Papelão Ondulado do Nordeste S.A. (Ponsa), no qual ocupou o cargo de vice-presidente (1971-1977) e foi membro do conselho de administração da empresa (1977-1980). Foi ainda assessor jurídico especial das empresas do Grupo Klabin (1971-1984) e desenvolveu intensa atividade junto à Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP) e o Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP), participando de conselhos e diretorias de vários órgãos vinculados a estas instituições patronais. Em 1974 tornou-se vice-presidente do Sindicato dos Fabricantes de Autopeças (Sindipeças), cargo que ocuparia até 1992. Foi ainda diretor da Associação Comercial de São Paulo (1970-1973) e membro de seu conselho deliberativo (1973-1976). Entre 1971 e 1974 exerceu o cargo de segundo tesoureiro e, entre 1974 e 1977, o de membro do conselho fiscal da Associação Paulista dos Fabricantes de Papel e Celulose. Desde o início de sua carreira, participou também de várias outras entidades profissionais, associações científicas e de extensão de serviços à comunidade.

Assessorou, informalmente, José Mindlin quando este assumiu, em 1975, a Secretaria de Cultura, Ciência e Tecnologia de São Paulo, no governo de Paulo Egídio Martins (1975-1979).

Acesso ao Sumário

Títulos acadêmicos

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP – 1960-1964.

Mestrado em Ciência Política pela Cornell University (1967) e doutorado em Ciência Política pela mesma Universidade (1970).

Livre-docência em Direito Internacional Público na Faculdade de Direito da USP em 1977 e titularidade em Filosofia do Direito em 1988.

Cargos e funções

Presidente do Conselho de Administração da Metal Leve S/A Indústria e Comércio no período 1993-1995.

Chefe do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP (1993-1995 e 2003-2005).

Co-editor, com Gilberto Dupas, da Revista Política Externe, no período de 2009 - 2009.

Titular, em 2006, da Countries and Cultures Chair, centro John W.Kluge, Bilblioteca do Congresso dos EUA,Washington, DC.

Ministro de Estado das Relações Exteriores em 1992 e, nesta condição, Vice-Presidente ex-officio da Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Rio-92.

Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, em 1999.

Embaixador, Chefe da Missão Permanente do Brasil junto às Nações Unidas e à Organização Mundial do Comércio em Genebra, de 1995 a 1998.

Presidente do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, em 1996.

Presidente do Conselho Geral da Organização Mundial do Comércio, em 1997.

Presidente do painel da OMC "Índia – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textiles and Industrial Products", de 1998 a 1999.

Presidente do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – CONJUR/FIESP de 1998 a setembro de 2004. (Licenciado no período em que exerceu função pública).

Ministro de Estado das Relações Exteriores em 2001-2002. Na sua segunda gestão no Itamaraty chefiou a delegação brasileira à Conferência Ministerial da OMC em Doha, que deu início à Rodada de Doha.

Presidente do Conselho Deliberativo do Museu Lasar Segall, eleito em 9/12/2003, Presidente do Conselho Editorial da Revista Política Externa desde março de 2009, Presidente do Instituto Brasileiro de Filosofia, eleito em 11 de abril de 2007, Presidente da Fundação Cultural Ema Gordon Klabin desde dezembro de 1995. É, desde 2002, membro da Corte Permanente de Arbitragem

Acesso ao Sumário

Internacional de Haia, Membro titular da Academia Brasileira de Ciências, eleito em 2004, Membro do Conselho de Administração de Klabin S/A., eleito em 2005, Chefe do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP desde maio de 2009.

É importante ressaltar que, com sua nomeação para Ministro das Relações Exteriores coroa com galhardia sua vida pública, tendo ocupado, como visto, posições de destaque e com desempenho invulgar, em 1992 e voltou ao cargo entre 2001 e 2002. Foi também chefe da Missão Permanente do Brasil junto às Nações Unidas e à Organização Mundial do Comércio, em Genebra.

Merece destaque que foi eleito "imortal" na Academia Brasileira de Letras, Quinto ocupante da cadeira 14, eleito em 21 de julho de 2006, na sucessão de Miguel Reale, e recebido em 1º de dezembro de 2006 pelo acadêmico Alberto Venâncio Filho.

Membro da Academia Brasileira de Ciências, sendo presidente da FAPESP de 2007 a 2016.

Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, título concedido a professores que tenham se destacado por atividades didáticas e de pesquisa ou contribuído, de modo notável, para o progresso da ciência, no dia 02 de abril de 2018.

É possuidor de sólida e invejável cultura humanista e histórica, sendo Cultor do Direito e inquestionável defensor dos Direitos Humanos.

Como sabemos, é antiga e nobre a tradição de homenagear homens responsáveis, os quais não podem e não se colocam em omissão cômoda de apreciar o que os outros fazem. Homem do porte de CELSO LAFER não é acomodado em visão canhestra de mundo. Ao contrário, não se conforma com o estado atual da sociedade. Quer mudanças. Tem ideias. Mais que isso, tem compromisso com a comunidade em que vive. Compromisso político de alteração. Daí a visão de mundo diferenciada que apresenta.

Pessoas como nosso homenageado engrandecem o mundo jurídico, nosso País. Somente assim é que se pode pensar na criação de um mundo melhor, mais fraterno e humano, em que todos convivam e tenham chances de se realizar.

A versatilidade de nosso homenageado, o vigor de seu espírito, a retidão de sua conduta e a vontade de ajudar o próximo, nos dão a certeza de que o Professor CELSO LAFER continuará contribuindo para o enriquecimento do Direito, da Cultura e do Brasil.

Em nome do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a devida licença de nossa Augusta Presidência, dos amigos presentes, e alguns ausentes ante as invencíveis impossibilidades, agradecemos ao nosso homenageado, CELSO LAFER, por tudo que fez e continuará fazendo pela coletividade brasileira.

Acesso ao Sumário

Agradeço a atenção e parabenizo o Tribunal de Justiça de São Paulo pela justa homenagem.

CELSO LAFER (Professor Homenageado)

Discurso de agradecimento por ocasião da outorga do Colar do Mérito Judiciário em sua homenagem (Cerimônia realizada em 04.06.2018).

A minha primeira palavra é a de um sensibilizado agradecimento ao Tribunal de Justiça que me confere pela uníssona decisão de seus órgãos competentes o Colar do Mérito Judiciário. É uma grande honra este reconhecimento do meu percurso de professor de Direito, emanado do Tribunal de Justiça do meu Estado – um tribunal de grande e notória tradição e prestígio na vida jurídica do nosso país, integrado no passado e no presente por grandes figuras do Direito brasileiro. Um tribunal cuja jurisprudência acompanho como jurista atento ao seu significado e muito consciente do seu alcance como fonte determinante da revelação do Direito que se processa através do exercício da jurisdição de segunda instância. Na palavra sempre iluminadora do poeta e querido amigo Paulo Bomfim:

"... Tribunal de Justiça
Sobre a espada da Lei a balança
É o saber que se faz julgamento
É sentença que é o sol de esperança."

Norberto Bobbio, observava que na medida em que passam os anos, os "affeti" – os afetos – se conjugam com os "concetti" – os conceitos.

Permito-me assim iniciar esta alocução com a memória dos afetos, registrando que o tribunal, para evocar o livro de Natalia Ginzburg, integrava o meu léxico familiar. Meu pai A. Jacob Lafer, que era da turma de 1930 da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, a inscrição nº 2 da OAB e que iniciou a sua atividade profissional trabalhando no escritório do Profº Octavio Mendes, seu professor de Direito Comercial na Faculdade, sempre manifestou, em família, o seu alto apreço pelo Tribunal. Apreciava as qualidades de seus colegas que integraram o Tribunal e com os quais conviveu. Entre eles, Raphael de Barros Monteiro, que foi presidente do Tribunal e subsequentemente Ministro do Supremo Tribunal Federal e aliás, também um dos primeiros a receber o Colar do Mérito Judiciário; Edgar de Moura Bittencourt grande figura do Direito da Familia e com o qual se solidarizou quando o arbítrio o afastou de suas funções

Acesso ao Sumário

judicantes; João Baptista de Arruda Sampaio e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Com meu pai aprendi, na prática advocatícia, a importância do Direito na construção de soluções para equacionar e resolver problemas e relembro que o seu contínuo e afetuoso apoio respaldou a minha vida universitária e profissional. Faço assim com saudades esta remissão ao léxico familiar registrando que ninguém mais do que meu pai teria maior satisfação em saber que hoje estou recebendo o Colar do Mérito Judiciário do Tribunal do seu Estado, que ele tanto apreciava.

A minha turma da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – a turma de 1964 – é uma turma que apreciou e aprendeu com a convivência acadêmica e a vem prolongando no correr dos anos, na frequência dos nossos encontros regulares, inspirado pela vocação agregadora da nossa Associação dos Antigos Alunos. É uma turma, como é usual na experiência dos egressos de São Francisco, que se destacou em vários campos – na advocacia, na vida pública, na diplomacia, no ministério público, nas procuradorias, no magistério e na magistratura. A nossa turma sempre valorizou, na reciprocidade dos afetos e da amizade, as etapas dos caminhos profissionais dos colegas. Entre eles os dez que se tornaram desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Lembro os mais próximos na constância dos contatos: Maurício da Costa Carvalho Vidigal que foi recentemente Corregedor Geral da Justiça e Pedro Luiz Ricardo Gagliardi, meritório pioneiro da informática jurídica e que exerceu a direção da Escola Paulista de Magistratura, o braço acadêmico do judiciário paulista. Faço esta averbação para indicar que o Tribunal de Justiça não é apenas parte do meu léxico familiar, graças à saudosa lembrança do meu pai. É igualmente um local de memória da querida turma de 1964, o que dá a esta solenidade de outorga do Colar do Mérito Judiciário um peso afetivo adicional.

Durante 40 anos, de 1971 a 2011, fui professor da Faculdade de Direito da USP, o que me deu a oportunidade de ter como alunos destacados integrantes da Magistratura Paulista. Tive a honra de ser até a minha aposentadoria compulsória titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito e acabo de receber da Faculdade este ano, a grande distinção de professor-emérito. A isto se soma, para o meu desvanecimento, a insígnia com a qual foram agraciados eminentes Mestres da Faculdade de Direito da USP, que enriqueceram com o seu saber a cultura jurídica. É uma láurea que ilumina com sua outorga o sentido dos meus passos nos caminhos do Direito.

Acesso ao Sumário

Tobias Barreto num texto sobre a jurisprudência da vida diária de Jhering observou, adaptando uma formulação de Emerson, que no seu percurso, arribou, como um canoeiro, em parte aonde pretendia arribar e em parte onde lhe conduziu a força da correnteza. Minha reflexão e análise do Direito tem algo da metáfora da canoagem de Tobias Barreto. O seu ponto-de-partida provém de uma visão da Filosofia e da Teoria Geral do Direito, *sub specie juris*, tal como formulado

por Norberto Bobbio. É uma área do conhecimento elaborada por juristas com inquietações filosóficas que se viram instigados em sua análise e reflexão pelos desafios e problemas que não encontram adequada solução e encaminhamento no âmbito estrito do Direito Positivo.

Hoje, muito mais do que no passado, "a lei não está mais pronta para o uso", como observa Rainer Wahl. Daí a pertinência de uma Filosofia do Direito dos juristas, que provém de um "parar para pensar" arendtiano, lastreado no concreto da dinâmica da experiência jurídica que enseja o conhecimento e a identificação das aporias que a criação e aplicação das normas suscitam.

No meu caso pessoal, o "parar para pensar" beneficiou-se do trato com o Direito Internacional que também lecionei, numa dialética de mútua complementariedade, concomitantemente com a Filosofia do Direito. É também de Bobbio a observação que os internacionalistas oferecem elementos relevantes para a Teoria Geral do Direito ao estudar as peculiaridades de um direito em movimento e os correspondentes problemas de sua juridicidade. Permito-me neste sentido, recordar uma experiência do período em que fui Embaixador do Brasil em Genebra perante a Organização Mundial do Comércio, no momento inicial de sua institucionalização.

A criação da OMC, fruto das negociações da Rodada Uruguai do GATT, é uma expressão de um direito em movimento. Implantou no plano internacional um inédito sistema de solução de controvérsias, de adensada juridicidade e dotado de automaticidade de jurisdição. Criou também uma inovadora segunda instância – o Órgão de Apelação, incumbida de apreciar e rever as matérias de Direito e de interpretação proveniente das decisões de primeira instância dos "panels". Presidi em 1996, eleito pela prática de consenso da OMC, o seu Órgão de Solução de Controvérsias o que me deu "ex-officio" a oportunidade de ter uma visão do conjunto e encaminhar a operacionalização de um sistema que estava adquirindo institucionalidade própria.

A minha presidência coincidiu com o início do funcionamento do Órgão de Apelação, o que me ofereceu, *ex lege* a oportunidade de discutir com os seus nove membros os dispositivos de seu regimento interno. As discussões foram muito interessantes para um Embaixador professor de Direito e acabei endossando uma proposta dos membros do Órgão de Apelação. Esta abria um prévio espaço para uma troca de opiniões de todo o colegiado do Órgão de Apelação sobre qualquer controvérsia, mantendo evidentemente a responsabilidade exclusiva da Câmara de Três, a qual incumbe a decisão de uma controvérsia nos termos do ordenamento jurídico da OMC.

Respaldei a proposta perante os membros da OMC nela identificando um válido contexto que contribuiria para ampliar a coerência e consistência da futura jurisprudência do Órgão de Apelação. Esta não tem, como é de praxe do Direito

Internacional, a natureza de precedentes obrigatórios mas a colegialidade da discussão prévia, no meu entender e dos membros do Órgão de Apelação, teria, como teve, um papel positivo no assegurar a segurança da previsibilidade na aplicação e interpretação do Direito da OMC.

Deste modo, veio a ser um componente adicional da expansão de uma das funções do Direito Internacional Público, no caso a de informar e indicar por obra da vis directiva de sua jurisprudência, padrões aceitáveis da conduta no âmbito das disciplinas jurídicas contempladas pelo ordenamento da OMC.

Evoco esta experiência porque ela me deu oportunidade de lidar, na prática, com um problema que em nosso país crescentemente me preocupa como professor de Direito e advogado: o da segurança jurídica. "Um direito incerto é também um direito injusto", como observou Teophilo Cavalcanti Filho em pioneiro livro de 1964 sobre a questão. É o nexo incerto/injusto que faz da segurança jurídica um valor de primeira grandeza em qualquer ordenamento democrático. Na sua acepção normativa, configura-se, como expõe Humberto Ávila – meu colega de magistério na Faculdade de Direito – como uma norma-princípio. Esta norma-princípio é o pressuposto para a eficácia da ordem de princípios - dos muitos princípios que permeiam a Constituição de 1988. É por isso que no contexto da aplicação das normas, na interação entre princípios e regras, a ponderação da segurança jurídica tem relevo hierárquico. Por essa razão, na lição de Humberto Ávila, o princípio da segurança jurídica é a "norma das normas". É ele que dá, observo eu identidade própria ao "governo das leis" como algo distinto do "governo dos homens", por mais bem-intencionados que sejam.

Faço esta digressão para registrar, com respeitosa admiração, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça está atenta ao valor estabilizador da segurança jurídica.

Em 2014 o desembargador José Renato Nalini, na condição de Presidente do Tribunal de Justiça, criou um Conselho Consultivo Institucional para o qual me indicou como um dos representantes da sociedade civil. O Conselho assinalou meritória e republicana abertura a uma discussão pela sociedade, que é a destinatária do serviço público da prestação jurisdicional, dos desafios que enfrenta o Tribunal na distribuição da justiça.

A experiência do Conselho me deu a oportunidade de, em parceria com seus membros, de "parar para pensar", com uma visão de conjunto, importantes elementos com os quais o Judiciário se depara nos dias de hoje.

No contexto desta solenidade, parece-me oportuno fazer alguma indicação de como esta experiência complementou e enriqueceu a minha visão de uma Filosofia e Teoria Geral do Direito, *sub specie juris*.

O Direito, ensinava o Prof. Goffredo Telles Jr. – paraninfo da minha turma

Acesso ao Sumário

de 1964 e que recebeu o Colar de Mérito Judiciário na década de 1990 – é a disciplina da convivência humana. Esta disciplina tem entre os seus ingredientes fundamentais a interpretação e a aplicação do Direito.

A interpretação integra o léxico fundamental do Direito, e aos seus desafios epistemológicos dediquei-me nos cursos de pós-graduação, em parceria com o meu fraternal colega e amigo, o Profº. Tercio Sampaio Ferraz Jr., reconhecida autoridade na matéria. É na *praxis* do direito em ação – na *"law in action"* - para falar como Roscoe Pound - que o magistrado-intérprete se ocupa e se preocupa com a passagem de *verba legis* para *sententia legis*. Esta passagem tem a sua complexidade própria. Por esta razão, os problemas de interpretação e da aplicação do Direito são temas recorrentes da Teoria Geral do Direito que se renovam continuamente numa dinâmica entre continuidade e mudança, adquirindo novas configurações por obra dos processos de transformação do Direito. Esta origina-se da interação entre Fatos e Valores, para evocar a teoria tridimensional de Miguel Reale, meu caro professor de Filosofia do Direito que recebeu o Colar do Mérito Judiciário em 1978.

O Direito não é só experiência, como dizia Holmes, mas não se capta sem a experiência como pontuava Miguel Reale. Esta, na minha canoagem de professor de Filosofia do Direito, para lembrar a metáfora de Tobias Barreto foi devidamente enriquecida, como mencionei, pela participação no Conselho Consultivo Institucional criado pelo desembargador José Renato Nalini.

Alargou minha compreensão a respeito da profundidade das transformações que estão ampliando ratione materiae o conteúdo do jurídico e que são uma expressão de um direito em movimento que aprendi a avaliar como internacionalista. É o que me leva a lembrar uma lição de San Tiago Dantas, tratando da renovação do Direito: "O jurista está no mundo de hoje como deve ter estado o geógrafo na época das descobertas", para indicar como a nova cartografia, com os seus problemas, é constitutiva dos desafios que enfrenta a prestação jurisdicional.

O avassalador avanço do conhecimento científico-tecnológico vem propiciando a transposição de barreiras antes tidas como naturais e efetivas e impactando o cotidiano das pessoas e a vida dos países. Nesta dinâmica, a natureza deixou de ser um dado para ser um construído da ação humana. Daí como consequência uma nova área da Filosofia do Direito, a Bioética, voltada para o esclarecimento de questões suscitadas pelas inovações que tornam possível agir sobre fenômenos vitais de maneira inédita, e por via de consequência, acarretando os problemas jurídicos da biossegurança.

Na *praxis* do Direito isto vem ampliando o escopo e as transformações do Direito de Família (paternidade, gênero, inseminação in vitro) e do Direito da Saúde (transplante de órgãos, próteses, novos remédios, prolongamento de vida)

Acesso ao Sumário

ensejando no campo dos valores o jogo dialético entre o possível e o aceitável, que, com frequência o magistrado se vê na obrigação de dirimir.

A civilização industrial contemporânea evidenciou a fragilidade dos ecossistemas que, integrados, sustentam a vida na terra, o que converteu a natureza num horizonte de vulnerabilidade. Daí a razão de ser do Direito do Meio-Ambiente, das novas dimensões da responsabilidade jurídica, de novos institutos como os de análise de impacto ambiental e do princípio da precaução que passaram a se inserir no âmbito da prestação jurisdicional.

A era digital vem levando a crescente informatização do Direito mudando o funcionamento da atividade jurídica com desdobramentos nas lides submetidas à apreciação do Judiciário. Ampliou-se o acesso à informação e à sua divulgação, facilitado pelo armazenamento eletrônico de dados. Daí novos problemas para tutela de direito à intimidade, do sigilo bancário e tributário, da contenção dos "escritos de ódio" nas redes sociais, do direito à informação exata que a propagação das "fake-news" coloca em questão.

A amplitude do armazenamento eletrônico de dados dá outra escala à cooperação internacional das autoridades tributárias, voltada para conter no país e no mundo a evasão fiscal e a lavagem de dinheiro; o mesmo ocorrendo em matéria de escala pelas interações dos Ministérios Públicos e das polícias, o que gera novos desafios para a temática das provas e da sua apropriada aceitabilidade, num estado de direito, com impacto no Direito Penal.

A estas considerações que levaram em conta o peso das mudanças trazidas pelo impacto do Direito proveniente da revolução científico-tecnológica, cabe agregar outras provenientes das exigências da crescente complexidade da sociedade brasileira. É o caso do direito das áreas especializadas dos serviços públicos (p. ex. da energia, das telecomunicações, da infraestrutura) e no campo dos direitos humanos os direitos do consumidor e os direitos que resultam da tutela da especificação dos seres em situação de vulnerabilidade, de onde provém os temas de identidade e de aceitabilidade do "diferente".

No plano mais geral, recordo que o papel do Direito deixou de ser o de conservar a sociedade, como definia Dante Alighieri no De Monarchia, qualificando as condutas em boas ou más. Passou a ser um instrumento de gestão da sociedade atento, como aponta Bobbio, às funções de permitir, proibir, estimular e desestimular condutas. As necessidade de gestão comprometem a estabilidade do Direito, como o produto da durabilidade do *work* de que falava Hannah Arendt e de que são exemplo as grandes codificações. Passam a ter, crescentemente, para continuar com Hannah Arendt na criação das normas, as características do labor, ou seja, expressam o incessante metabolismo da sociedade. É o que explica as medidas provisórias, as contínuas emendas constitucionais e no âmbito do Direito Tributário, na perspectiva do contribuinte,

Acesso ao Sumário

o permanente desafio do custo da conformidade.

A Constituição de 1988 está em sintonia com o que Bobbio qualificou de função promocional do Direito. Os seus muitos princípios têm uma função prospectiva e, em virtude de sua maior generalidade, uma força expansiva. Esta não só colocou na prestação jurisdicional o problema da solução das antinomias entre princípios, mas os desafios da interação entre regras e princípios, com os muitos discutidos temas de interpretação e aplicação do Direito que não cabe neste momento relembrar. O que aponto é que estas características contribuem, na praxis jurídica, tanto para a recepção da obra de Luhmann, ao favorecerem a legitimação pelo procedimento, quanto para a pragmática de uma dogmática de decisão, lastreada na teoria da argumentação elaborada, *"avant la lettre"* entre nós, pelo Profº. Tercio Sampaio Ferraz Jr.

A constitucionalização do Direito enfraqueceu a clássica distinção entre Direito Público e Direito Privado, que o neo kantiano Radbruch na sua Filosofia do Direito, considerava como duas categorias *apriori* do pensamento jurídico. Daí consequências na interpretação e aplicação do Direito.

A constitucionalização do Direito promove uma adensada convergência do Direito administrativo com o Direito Constitucional que tem seus desdobramentos na interpretação e aplicação do Direito. Um exemplo é a perda do sentido operacional do limite entre legalidade e mérito que favorece a politização do controle jurisdicional da função administrativa. Isto impacta concretamente o modus operandi da legalidade e da justiciabilidade, modificando as modalidades, num estado de direito, do que Miguel Reale qualificou como "jurisfação do poder".

A Constituição ampliou o acesso à justiça que encontrou eco na litigiosidade da sociedade e que a multiplicidade de recursos processuais estimula. Daí uma sobrecarga de demandas com as quais se confronta o Tribunal de Justiça. Entre elas as demandas de massa ligadas aos direitos do consumidor e em matérias previdenciárias, somadas às provenientes das obrigações legais que fazem do Estado um grande litigante na segunda instância. São assuntos conhecidos e debatidos que menciono apenas com o intuito de observar que ao lado do "stress" do volume de demandas o Tribunal enfrenta ainda o "stress" da complexidade de demandas trazidas por um direito em movimento, que em rápidas pinceladas procurei traçar nesta exposição.

Não é um ofício simples a função de julgar, que está sempre permeada pela aspiração de justiça da sociedade. Daí, evidentemente, a grande responsabilidade dos juízes. Magistrado e Magistério tem a mesma origem etimológica, o que me dá a liberdade de observar que a função de dizer o direito de magistrado confere, por assim dizer, uma intimidade ontológica entre o juiz e o direito, ao qual dediquei o meu magistério. É o que me permite concluir com plena confiança

Acesso ao Sumário

que o Tribunal de Justiça, inspirado na sua tradição e no conhecimento dos seus desembargadores, saberá dizer o direito nesta época de sua transformação e dos novos desafios de interpretação e aplicação, que envolvem responsabilidades adicionais, que apontei nesta alocução.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Desembargador)

Discurso de encerramento, por ocasião da outorga do Colar do Mérito Judiciário a Celso Lafer, Professor Emérito da USP (Cerimônia realizada em 04.06.2018).

Durante esta magnífica e erudita Aula Magna cada um de nós se viu transportado de volta aos anos da Academia, aula que obviamente foi sintetizada num nível de Pós-Doutorado para todos. Vossa Excelência começou lembrando a segurança jurídica, que axiologicamente deve ser a missão primeira desta Corte de Justiça, e passou pelos grandes mestres da filosofia do Direito. Ao senhor, que tanto fez para nos ensinar o pensamento de Norberto Bobbio e Hannah Arendt e que, como Filósofo, Professor de Teoria do Direito, de Direito Internacional, Advogado militante, Diplomata, Chanceler, Professor que galgou todos os graus da Academia (eu tive a honra de estar presente no dia em que Vossa Excelência recebeu o título de Professor Emérito das Arcadas de São Francisco), só posso dizer que foi uma aula que tocou a fundo em cada um de nós que aqui se encontra. Foi um privilégio termos a oportunidade de lhe homenagear, fazendo exclusivamente aquilo que é a missão primeira desta Corte: Justiça.

Estamos aqui, todos, Juízes e Servidores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (e também falo como Professor da nossa Faculdade sobre colega com quem tanto aprendo e aprendi) para dizer que esta homenagem já tardava. O Tribunal, ao fazer essa homenagem, iniciada pelos nossos dois Presidentes que aqui se encontram, Desembargador José Renato Nalini e Desembargador Paulo Dimas, bem como pelos Desembargadores Maurício da Costa Carvalho Vidigal, Marco Antonio Marques da Silva, Ademir Benedito e todos os demais que participaram dessa homenagem de natureza institucional, apenas cumpre o dever de mostrar para as gerações futuras de Magistrados e de estudantes de Direito o exemplo de vida de alguém de cultura invulgar, de vida acadêmica exemplar, que alia filosofia à participação efetiva num conselho administrativo de uma sociedade anônima, o que demonstra sua riqueza intelectual. Alguém que se dedicou aos seus alunos, aos seus amigos, à sua família e aos Juízes de São Paulo, na medida em que a Academia do Largo de São Francisco é o maior

Acesso ao Sumário

celeiro de Juízes de São Paulo. Por isso, o nosso muito obrigado, Professor! Pelo exemplo de vida que Vossa Excelência nos deu, desde os anos 60, quando ingressou nas Arcadas, até chegar à recepção do título de Professor Emérito. Da mesma forma se destacou na política internacional, elevando o nome do nosso País na diplomacia e nos órgãos internacionais.

E todos nós aqui, mais uma vez insisto, assistimos a uma aula da qual nunca mais nos esqueceremos. As reflexões que Vossa Excelência fez, unindo Bioética, Filosofia do Direito, Direito Internacional e novos direitos que estão sendo cuidados no mundo inteiro, foram para nós, Magistrados, realmente algo invulgar, que sempre servirá de modelo.

Muito obrigado por sua história de vida. O Tribunal de Justiça de São Paulo se sente honrado em fazer Justiça a ela.

Parabéns, Professor!

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do TJSP, por ocasião da instalação da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Piracicaba (Cerimônia realizada em 08.06.2018).

Cumprimento aos presentes.

É um prazer retornara cidade de Piracicaba, onde tive a oportunidade de estar por várias vezes, especialmente quando Presidente da Associação Paulista de Magistrados, e reencontrar colegas que há muitos anos escolheram a comarca para atuarem e que muito contribuem para o prestígio que o Poder Judiciário ostenta nesta localidade.

Esse elevado conceito decorre também do trabalho que aqui é desenvolvido pelo qualificado corpo de dedicados servidores, que de forma perene acompanham as mudanças que a estrutura interna do Tribunal de Justiça exige para o bom desempenho dos nossos trabalhos.

Dignificam a Justiça, por reconhecido compromisso com atuação harmônica, independente e sempre de respeito mútuo, os Advogados, Defensores Públicos, Procuradores de Estado, Promotores de Justiça e demais profissionais da área do Direito que aqui atuam.

É exatamente nesta linha de atuação, que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atento às necessidades das pessoas que aqui vivem, promove na manhã de hoje a instalação da 2ª Vara da Fazenda Pública.

Acesso ao Sumário

Temos acompanhado as modificações que a comarca de Piracicaba sofreu ao longo do tempo. Para os mais antigos, como eu, é possível relembrar do tempo em que a competência das Varas era cumulativa, com os juízes atuando na área cível, de família, infância e juventude, criminal, de execuções penais, de juizado especial, enfim, sem divisão de tarefas.

Desde então, muitas modificações foram realizadas na organização judiciária do Estado de São Paulo, algumas das quais me orgulho de haver ajudado a promover, na condição de dirigente da APAMAGIS, com o auxílio de vários dos juízes que aqui se encontram.

Destaco, dentre outas, a elevação da Comarca à Entrância Final, dando a Piracicaba a mesma estatura política e organizacional da Comarca da Capital.

A par desta reclassificação assistimos nos últimos anos uma divisão de competências, que permitiu aos magistrados a atuação direcionada a áreas especializadas, deslocando a atribuição para conhecer de causas que envolvem a Fazenda Pública, antes exclusiva das Varas da Capital, também para o interior, de modo que o jurisdicionado tenha maior facilidade de acesso à Justiça.

Tudo isso vem facilitado pela completa informatização dos nossos serviços, que atualmente permite apenas a propositura dos processos pela via digital.

O fato, contudo, é que o cidadão, cada vez mais bem informado e consciente de seus direitos, busca com maior frequência a Justiça e isso pode ser percebido pelo grande volume de demandas que tramitam atualmente na 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca, que no último mês totalizou 6205 processos comuns, 840 processos de Juizado da Fazenda e mais de 241.000 processos de execuções fiscais.

Exatamente para atender a essa necessidade é que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo promove na data de hoje a instalação da 2ª Vara da Fazenda Pública de Piracicaba.

A comarca ganha duplamente: em primeiro lugar pela ampliação da prestação dos serviços pela nova unidade; em segundo, porque o responsável pela unidade será o Juiz Fernando Figueiredo Bartoletti.

Conheço o Dr. Fernando Bartoletti desde seu ingresso na carreira e com ele guardo relação de amizade. Trabalhamos juntos na APAMAGIS, quando era eu o Presidente e ele integrante da minha diretoria. Hoje nos orgulhamos de vê-lo à frente da Associação, como seu presidente, depois de haver ocupado vários cargos na administração da nossa entidade de classe.

As qualidades de bom administrador já haviam sido percebidas pela cúpula do Tribunal de Justiça, onde atuou como assessor da Presidência, em duas gestões, desempenhando importante função de chefe de gabinete com a responsabilidade ajudar a gerir a estrutura administrativa gigantesca do Tribunal.

Acesso ao Sumário

O Dr. Fernando é reconhecido por sua capacidade técnica, sua especialização na área do Direito Público, visto que há muitos anos é titular de Vara da Fazenda no Fórum Hely Lopes Meirelles na Capital, onde foi diretor e responsável pelo setor de Execuções contra a Fazenda Pública.

Em nome do Tribunal de Justiça de São Paulo, cumprimento a todos por mais esta conquista, reitero minha alegria de poder compartilhar este momento e DECLARO INSTALADA A 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE PIRACICABA.

Muito Obrigado!

RENATO DE SALLES ABREU FILHO (Desembargador)

Discurso proferido em nome do TJSP, por ocasião da posse solene do Desembargador Roberto Teixeira Pinto Porto (Cerimônia realizada em 11.06.2018).

Por honrosa designação do Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, Presidente desta Corte, coube a mim o privilégio de, em nome do Tribunal de Justiça, fazer a saudação ao novo membro da Casa, Roberto Teixeira Pinto Porto, recentemente nomeado para o cargo de Desembargador pelo Governador do Estado, na vaga reservada ao Quinto Constitucional do Ministério Público.

Roberto Porto é o caçula dos três filhos do casal Odyr José Pinto Porto e Maria Júlia Pinto Porto. Conheci-o já nos seus primeiros anos de vida, na primeira metade da década de 1970, quando nossas famílias, além de outras de ilustres integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público, encontravam-se na cidade de Itanhaém, na então quase deserta Praia de Cibratel 1. Lembro-me de vê-lo correr pela casa e na areia da praia, juntamente com os irmãos Oscar, hoje brilhante cirurgião plástico, e Lia, ilustre Procuradora do Estado, ocupante de alto cargo no gabinete do Procurador-Geral do Estado de São Paulo, bem como primos, sempre esbanjando alegria e felicidade.

Seria até mesmo desnecessário, pois de todos sabida, contar a grande trajetória de vida de seu pai, o Desembargador Odyr José Pinto Porto, ex-Presidente desta Casa e de nossas Associações de classe, APAMAGIS e AMB, quando pontificou marcante atuação no acompanhamento da Constituinte Federal em 1987/1988 e da Constituinte Estadual em 1988/1989, por isso, pelo conjunto de sua obra e, por méritos pessoais, alcançou todas as honras que Magistratura Paulista concede a seus verdadeiros condutores.

Acesso ao Sumário

Desnecessário, ainda, senhor Presidente, mas não me sinto em condição de não fazê-lo mais uma vez, o registro da minha admiração pessoal e o carinho filial que dediquei e ainda dedico ao Desembargador Odyr Porto, grande mentor de minha carreira na Magistratura.

Roberto Porto nasceu em 6 de setembro de 1968, nesta cidade de São Paulo, onde concluiu os cursos inicial e médio e aqui bacharelou-se em 1991 na Faculdade de Direito da Universidade Presberitana Mackenzie, onde obteve, ainda, o título de Mestre em Direito Político e Econômico.

O ano de 1993 foi o último do biênio do Desembargador Odyr, seu pai, na Presidência deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, ao final do qual se aposentou e foi exercer os elevados cargos de Secretário de Estado, inicialmente na Segurança Pública e depois na Justiça.

E por que seu saudoso pai ainda exercia o cargo máximo de Presidente desta Corte, Roberto teve natural constrangimento de, buscando seguir sua vocação, prestar o Concurso de Ingresso na Magistratura Paulista. Mas, enfim e agora, aqui chega.

Então prestou concurso e ingressou no Ministério Público já no ano de 1993, exercendo suas atividades em várias comarcas do interior paulista, como Sorocaba, Guariba, São Sebastião, Suzano e também desta Capital, onde integrou por 12 anos o Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (GAECO); foi ainda Promotor Assessor do Corregedor-Geral do Ministério Público e do Procurador-Geral de Justiça, onde atuou junto ao Centro de Apoio Operacional às Promotorias Criminais e na Escola Superior do Ministério Público; e na sua fase final no Ministério Público, ainda como Promotor de Justiça convocado, passou a atuar em Segundo Grau, junto à Procuradoria de Justiça Criminal.

No ínterim, afastou-se de sua carreira, para, sempre com o mesmo brilhantismo e operosidade que lhe são peculiares, exercer no Poder Executivo cargos e funções complementares ao nosso ambiente jurídico. Assim, foi Secretário Municipal de Segurança Urbana de São Paulo e Controlador-Geral do Município de São Paulo, de 2013 até junho de 2016, e atualmente é integrante do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC) e do Grupo Anticorrupção, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Tal como seu talentoso pai, Roberto Porto encontrou tempo para se dedicar ao ensino universitário e à elaboração de obras jurídicas. É Professor Associado da Fundação Armando Álvares Penteado de Direito Processual no curso de Bacharelado e Direito Penal no curso de Pós-Graduação; é, ainda, Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público. Além dessas

atividades docentes, dedicou-se à elaboração de obras jurídicas, onde se destacam "Apontamentos à Lei Eleitoral", em coautoria com Odyr José Pinto Porto (Ed. Malheiros – 1996), "Outras Formas de Criminalidade Organizada" (Escola Superior do Ministério Público – 2001), "Crime Organizado e Sistema Prisional" (Ed. Atlas – 2007), "Lei Eleitoral Anotada" (Ed. Saraiva – 2009), "Direito Penal – Parte Especial" (Elsevier – em coautoria com José Reinaldo Guimarães Carneiro – 2009); participou, ainda da coletânea "A Cultura Brasileira na Tribuna da Folha", elaborada por Francisco Fernandes de Araújo (Ed. Komedi – 2008).

Homem tranquilo, inteligente e culto, de trato cordial, afável e ameno, Roberto Porto chega ao Tribunal de Justiça com a bagagem de conhecimentos técnicos necessários ao exercício do cargo de Desembargador, como bem o demonstrou durante toda sua longa carreira no Ministério Público e nas demais áreas e cargos em que atuou e ainda atua, gerando, em nosso meio, grande expectativa, pois significa não só a chegada de mais um Desembargador, mas de um descendente direto de um dos maiores nomes da centenária história deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Tenho a certeza de que ele está à altura deste elevado cargo que ora assume, seja em razão de sua trajetória no Ministério Público como em outras áreas da Administração Pública, seja em decorrência de sua constante atualização nas questões jurídicas para o exercício do cargo de Promotor de Justiça e de Professor Universitário, nos cursos de bacharelado e de pós-graduação, como de autor de obras jurídicas, e também em razão dos frequentes cursos de aperfeiçoamento que participa, no Brasil e no Exterior.

Roberto Porto sempre aspirou à Magistratura, e disso sou testemunha, pessoal e familiar, pois nossos pais eram amigos, mas que por circunstâncias do momento não pode abraçá-la no início de sua vida profissional, como antes explicitado, ingressando no Ministério Público do Estado, onde permaneceu por quase 25 anos. Chega, agora, no mais alto posto de sua aspiração primeira, a Magistratura, no cargo de Desembargador deste centenário Tribunal, sem conseguir esconder a emoção que o atinge.

Em razão de seu vasto conhecimento jurídico, largamente demonstrado nos vários cargos e atividades que exerceu, de seu temperamento ameno e de seu humanismo, o Poder Judiciário de São Paulo e seus jurisdicionados são os grandes beneficiados da chegada deste, desde já, grande juiz.

Seja muito bem-vindo meu amigo de longa data e, a partir de agora, para minha honra, meu colega Desembargador Roberto Porto.

Acesso ao Sumário

GIANPAOLO POGGIO SMANIO (Procurador-Geral de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido em nome do Ministério Público, por ocasião da posse solene do Desembargador Roberto Teixeira Pinto Porto (Cerimônia realizada em 11.06.2018).

A lista das autoridades presentes na plateia demonstra que o Doutor Roberto Teixeira Pinto Porto é uma pessoa querida – mas muito querida – por toda a comunidade jurídica do Estado de São Paulo. Sem dúvida nenhuma herdou do Doutor Odyr José Pinto Porto, seu pai, as maiores qualidades que fizeram dele Presidente desta Casa.

É afável no trato, extremamente educado e tem a humildade dos grandes homens, daqueles que sabem a sua importância, a sua qualidade pessoal, mas sabem também lidar com todos os que o cercam. Não há ninguém que chegue perto do Desembargador Roberto Teixeira Pinto Porto e não saia extremamente alegre, agradecido, feliz por estar com uma pessoa extremamente destacada por sua cultura e brilho.

Gostaria de saudar a sua família em no nome da Doutora Maria Lia Pinto Porto Corona, também com uma carreira de tantos anos na área jurídica, com um trabalho maravilhoso e elogiado na Procuradoria do Estado, que demonstra junto com o Roberto aquelas qualidades que todos admiramos e fazemos questão de ressaltar.

No Ministério Público Roberto teve uma carreira destacadíssima. Foi um dos Promotores pioneiros no combate à corrupção. Teve no Gaeco e na Promotoria da Improbidade Administrativa e Cidadania uma atuação importantíssima desde o início dos trabalhos. O Gaeco teve no Roberto um de seus Promotores mais brilhantes – o seu trabalho, no dia a dia, junto com outros colegas também destacados, fez a história do Gaeco. O Roberto se sobressaiu pela coragem do seu trabalho, pelo brilho da sua qualidade intelectual, por estar em todos os momentos demonstrando suas qualidades que todos nós respeitamos. Roberto é um defensor absoluto da Justiça, da legalidade, da moralidade, desses valores que tanto prezamos e que ele representa e representou ao longo de sua vida e de seu trabalho no Ministério Público do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Nós, do Ministério Público, temos honra imensa de contribuir com o Tribunal de Justiça de São Paulo trazendo colegas pelo Quinto Constitucional. Para nós é motivo de muito orgulho dizer que também participamos deste Tribunal; que aqui também estamos presentes e que nossos colegas que se destacam vêm realizar carreira também de destaque no Tribunal de Justiça. Nós, do Ministério Público, temos absoluta confiança – e já tive a oportunidade de

dizer várias vezes nesta tribuna –, absoluto respeito pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. É aqui que as causas do Ministério Público em defesa da sociedade encontram guarida, é aqui que a sociedade recebe a Justiça de São Paulo como exemplo no seu dia a dia e fazemos questão de ressaltar a grandeza do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na visão do Ministério Público. Esses são os momentos em que podemos reafirmar esse nosso respeito, nossa admiração. Quando colegas da distinção de Roberto Porto, da qualidade, moral e intelectual do Roberto Porto, vêm fazer parte do mais alto posto desse Tribunal de Justiça.

Para nós, é momento de extremo orgulho trazer um Promotor de Justiça tão destacado como foi e é Roberto Porto aqui para o Tribunal. Temos absoluta convicção de que a Justiça de São Paulo ganha mais um de seus grandes defensores, mais um dos grandes baluartes da sua atividade.

Também queria pedir licença para dizer ao amigo querido (Roberto é de fato um amigo muito querido de todos os que aqui estão) da alegria que tive em acompanhar a sua carreira e da alegria que tenho de vê-lo aqui no Tribunal. Tenho imenso orgulho da sua pessoa, da sua trajetória, do seu caminho e de estar saudando-o nesse momento importantíssimo da sua vida, da sua carreira, tendo, insisto, a convicção de que todos – a sociedade paulista, a sociedade brasileira – ganhamos mais um grande Jurista, um grande Desembargador que fará também história neste Tribunal.

Muito obrigado a todos.

ROBERTO TEIXEIRA PINTO PORTO (Desembargador)

Discurso de agradecimento proferido por ocasião de sua posse solene do Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo (Cerimônia realizada em 11.06.2018).

Estou no maior Tribunal de Justiça do mundo.

Perdoem-me, mas eu preciso dizer, com humildade, mas com muita emoção: Que honra! Sou Desembargador do maior Tribunal de Justiça do mundo.

Não pensem que não pesa a responsabilidade deste cargo. Pesa e muito.

Ser justo. Ser implacável com toda forma de incorreção, de desvios, de condescendência com práticas criminosas.

Aos meus amigos da 8ª Câmara Criminal, venho para somar. Para

aprender. Para compartilhar da minha experiência de apreço pela Justiça.

O cheiro do tempo me traz o meu pai. E a minha infância. Eu servia café, eu ouvia uma conversa aqui outra ali enquanto ele falava sobre a Justiça e consumia os seus dias com amigos que tinham os mesmos ideais. Como era gratificante ouvir do meu pai tantas vezes a assertiva "mas o que é o certo?" O certo é ser justo.

Parece simples, mas não é. O Direito é uma ciência que vive de argumentos. Nossas decisões influenciam na vida e na história das pessoas. E decidimos todos os dias. E atrás das decisões moram sonhos, moram expectativas, moram frustrações. É preciso ser cauteloso.

Quando ingressei na Universidade de Direito vi nos olhos do meu pai duas expressões: uma de satisfação por estar tentando seguir suas sendas; outra de preocupação, quem se dedica à Justiça deve dedicar-se com todo o seu empenho, com todo o seu entusiasmo, com toda a sua vida.

Dos professores aos livros, dos colegas aos desafios iniciais.

O primeiro sonho, ser Promotor de Justiça. Entrar na luta dos que não se amedrontam diante dos poderes que sufocam os mais frágeis. O Promotor defende os que ninguém defende. A mulher que é espancada, a criança que é vitimizada, os que não têm casa ou remédio, os que padecem de atenção. Os frágeis, os vulneráveis.

O Promotor de Justiça é incansável na luta contra a corrupção e a malversação dos recursos públicos.

Que escolha feliz. Sentirei saudade. Foram 25 anos de labor, de luta, de aprendizado no Ministério Público de São Paulo. Amigos que fiz e que comigo continuarão desbravando o que for necessário para o plantio da dignidade da pessoa humana.

Mais eis que chego ao Tribunal de Justiça. Aqui sinto cheiro do passado e do futuro. A lembrança do meu pai. Dos meus pais.

Dos tempos que não somos capazes de segurar.

Aqui sinto o cheiro do futuro. Quero colaborar, caros amigos, para cada mulher, para cada homem que ainda sonha com uma Justiça justa. E com aqueles que se desesperançaram também.

Há tantos sofrimentos que poderiam ser evitados. Somos os médicos dessas lides. Há tantas brigas que poderiam ser cessadas. Somos os pacificadores. Há tantos sonhos que poderiam ser realizados. Somos possibilitadores de amanhãs mais corretos.

As palavras hoje serão poucas. Há muitas que aguardam em processos tantos em que terei de atuar.

E é essa a minha disposição. Trabalhar. Trabalhar incansavelmente. Ter

Acesso ao Sumário

dúvidas. Debruçar-me, sem pressa nem preguiça, em cada decisão.

Agradeço a Deus por ter chegado aqui. Agradeço a confiança de todos vocês. Agradeço ao Governador do Estado, Márcio França. Ao meu Procurador-Geral de Justiça, Smanio.

Agradeço aos amigos cujas amizades nasceram no fogo demorado das lenhas, daquelas que só aquecem com uma boa conversa e com bons propósitos.

O meu bom propósito, senhores, com a ajuda de vocês, é dar minha contribuição para esse Tribunal.

Como dizia o poeta Drummond, "ser feliz sem motivo é a mais autêntica forma de felicidade". No meu caso, tenho motivos de sobra para ser feliz.

A amizade de vocês.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento proferido por ocasião da posse solene do Desembargador Roberto Teixeira Pinto Porto (Cerimônia realizada em 11.06.2018).

(Cumprimentos às autoridades, empossados e familiares)

Nesta solenidade ouvimos primeiramente a saudação do Doutor Renato de Salles Abreu Filho, que falou com o coração sobre o amigo, do irmão com quem foi criado lado a lado, e também do seu próprio pai e do saudoso Desembargador Odyr José Pinto Porto. Histórias, exemplos, conversas, sejam na praia, sejam nas casas de São Paulo ou Campos do Jordão... Em tantos lugares em que as famílias amigas tiveram suas trilhas entrecruzadas na história de cada uma.

Ouvimos também as palavras do nosso Procurador-Geral de Justiça, Doutor Gianpaolo Poggio Smanio, reflexões brotadas do coração, da convivência e da lídima amizade construída ao longo de muitos anos, por força de laços familiares ou comporem a mesma instituição, o Ministério Público do Estado de São Paulo. Nada mais fizeram do que expressar a verdade.

Hoje, sinto-me realmente privilegiado por presidir esta solenidade, porque também tive a honra, a alegria e a felicidade de ser um amigo muito próximo, um aluno do Desembargador Odyr José Pinto Porto. Não posso deixar de testemunhar que foi o Doutor Odyr quem me trouxe para assessorar a Presidência desta Corte, a Corregedoria desta Corte e o setor de Recursos Extraordinários e Especiais. Fui assessor direto do Doutor Odyr, mas – muito

antes – já convivia com ele, como seu Diretor no Interior na Associação Paulista de Magistrados. Foi ele quem me levou para participar das lides da Magistratura. Não posso deixar de dizer em público que, graças ao apoio que recebi do Doutor Odyr, consegui chegar neste elevado cargo que hoje representa a Presidência do Tribunal de Justiça. Com ele, aprendi a ser juiz, a ser humano, a ser rigoroso, a ser exigente e trago muitos exemplos vividos nos 3º, 4º e 5º andares deste Palácio e conversas que tivemos em viagens pelo Interior, em Lins, Ribeirão, Rio Preto, Marília, Bauru, Santos e Guarujá. Tenho fotos guardadas na memória e, em casa, papelizadas que me fazem sempre recordar desses tempos.

Não poderia, então, deixar de dizer da minha alegria, porque sei o berço em que o Doutor Roberto Teixeira Pinto Porto foi criado, os valores que ele recebeu. Ele apenas continua sua trajetória por meio dos exemplos que recebeu do Doutor Odyr Porto e também de sua mãe, que sempre esteve presente aqui no Tribunal, Dona Maria Júlia. Sei que esta é uma festa muito mais de amigos do que de autoridades, ainda que todos que estão aqui desempenhem altíssimos cargos na Magistratura, no Ministério Público e no Executivo.

Então, o que quero é dar esse testemunho, a saber, de que a trajetória do Doutor Odyr Porto se refletiu na trajetória dos seus três filhos, notadamente Doutora Lia e Doutor Roberto, que escolheram a área jurídica. É uma responsabilidade muito grande ser filho do Doutor Odyr Porto, mas o Doutor Roberto demonstrou no Ministério Público do Estado de São Paulo o preparo que recebeu em casa, como relatou de forma minuciosa o Doutor Gianpaolo Smanio.

A carreira no Ministério Público, na vida pública no Executivo de São Paulo, na vida acadêmica e no Magistério o credenciam para escrever com letras de ouro a continuidade da saga da família Porto nesta Corte de Justiça a partir deste momento, em que Vossa Excelência toma posse neste sacrário do Tribunal de Justiça, no Tribunal do Júri de São Paulo, neste salão magnífico em que tantas vezes seu pai atuou presidindo sessões. Com certeza, aqui, ainda ecoam as palavras do Doutor Odyr, sempre pregando dignidade, ética, retidão, bom caráter, princípios do Direito, amor ao próximo, comprometimento, dignidade da pessoa humana e, principalmente, a lealdade dos amigos, como Vossa Excelência falou em seu discurso.

Acesso ao Sumário

O exemplo de seu pai frutificou e hoje somos testemunhas de que o Doutor Odyr e a Dona Maria Júlia estão, lá de cima, participando e abençoando este ato. Estou certo de que a sua trajetória persistirá na mesma linha daquilo que recebeu do seu pai e da sua mãe, dos irmãos e dos amigos que estão aqui presentes e compartilham, festejam e auguraram que o sucesso, que já foi construído continue cada vez mais, com votos de felicidade na vida pessoal, na vida familiar e que o Magistrado traçado no seu coração em pinceladas pelo Doutor Odyr e pela Dona Maria Júlia aflore cada vez mais e se cristalize, concretize-se e faça

com que o Tribunal de Justiça se engrandeça ainda mais nesta história mais do que secular para o povo da terra de Piratininga.

Muito obrigado. Parabéns e trate de ser feliz.

PAULO MARCOS VIEIRA (Juiz Diretor do Fórum de São José do Rio Preto)

Discurso proferido por ocasião da inauguração do Fórum "Doutor Silvio Irineu Bednarski", da Comarca de São José do Rio Preto (Cerimônia realizada em 25.06.2018).

EXCELENTÍSSIMO DOUTOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, DD PRESIDENTE DO TJ DO ESTADO DE SÃO PAULO

EXCELENTÍSISMO DOUTOR EDINHO DE ARAÚJO, PREFEITO MUNICIPAL DE MOCOCA

EXCELENTÍSSIMO DEPUTADO ESTADUAL ORLANDO BALÇONE

EXCELENTÍSSIMO VEREADOR JEAN CHARLES OLIVEIRA DINIZ SERBERTO, DD. PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

EM NOME DOS QUAIS SAÚDO A TODAS DEMAIS AUTORIDADES PRESENTES JÁ NOMINADAS PELO PROTOCOLO

Dias atrás perguntaram qual a importância do novo Fórum para a comunidade jurídica e sociedade de São José do Rio Preto.

Muito refleti e passei a rever os acontecimentos havidos desde a reunião realizada em um hotel da cidade, quando comissão de juízes, tendo a frente o então diretor, Doutor Osny Assis Pereira, reuniu com autoridades políticas locais, com destaque ao Prefeito Edinho de Araujo e deputados Estaduais Orlando Bolçone e Vaz de Lima.

Definiu-se a escolha da área e a construção em parceria do Governo Estadual e Municipal. As dificuldades que se seguiram, com duração de mais de uma década, foi amplamente publicada pela mídia local.

O certo é que hoje se colhe o fruto do sonho plantado. Embora não em sua integralidade, mas, certamente, resultado da vontade política e limites do orçamento.

Acesso ao Sumário

Como não foi possível a edificação do tamanho da grandiosidade da Comarca de Rio Preto, restou impossível a instalação das oito varas cíveis, conforme se pretendia no início. Daí se optar pela ocupação do prédio pelo Juizado da Infância e Juventude e seus apoios técnicos (setor de Psicologia e Assistência Social), pelas duas Varas da Família e pelo Juizado Especial Cível.

Para essa escolha, considerou-se, principalmente, os interesses da população de Rio Preto, ou seja, dos jurisdicionados.

Explico.

A infância e Juventude trata de questões envolvendo adolescente e crianças, ou seja, aquelas que tem grande reflexo da sociedade, pois é evidente o impacto que causa em nossa comunidade os problemas enfrentados por nossos jovens e crianças. Presta ainda, serviços socioeducativos, com setores na área da Psicologia e Assistência Social.

As Varas da Família apreciam e decidem os litígios de interesse da família, que é o núcleo e a base da sociedade, possuem conciliadores e mediadores, que são pessoas capacitadas a ajudarem os envolvidos na solução amigável do conflito.

Já os Juizados Especiais Cíveis têm como intuito resolver causas de menor complexidade (que não exceda a 40 salários mínimos) com maior rapidez, buscando, sempre que possível, o acordo entre as partes. Visam, pois, atender aos anseios de todos os cidadãos, especialmente os menos abastados, portanto é uma justiça que proporciona prestação simples, rápida e econômica.

Nessas condições, este fórum, com certeza, será a "Casa da Justiça" com maior acesso da população, fato que torna incontestável sua importância para a comunidade jurídica e, principalmente, para a população rio-pretense.

Demonstrada a importância deste fórum, necessária se faz trazer a público, que desta data, designada pelo Exmo. Presidente do TJSP, Doutor Manoel de Queiroz Pereira Calças, foi importante porque estabeleceu um objetivo a ser alcançado, tirando todos do imobilismo.

O prazo, doutor Manoel, foi "apertado", mas tenho certeza que estabelecido com base em critérios do interesse público, já que não justificava a sua existência, os gastos suportados pelo PJ para sua manutenção, sem que houvesse a prestação da atividade fim, qual seja, da prestação jurisdicional.

E, aqui trago um testemunho, que somente foi possível realizar esta cerimônia pela participação, apoio e colaboração de diversos pleitos, visando colocar o prédio em condições de uso.

Da parceria desta Diretoria do Fórum com a Direção da RAJ, na pessoa de seu diretor, Doutor Evandro Pelarin, quem, inclusive, de pronto, passou a diligenciar para efetivar a mudança do Juizado da Infância e Juventude, tanto que é possível constatar todos seus setores já devidamente instalados neste

prédio.

A colaboração intensa e eficaz dos servidores responsáveis pela Administração Sra. Ana Natal, e pela RAJ, Dr. Cláudio Miguel. O trabalho incansável do servidor Valdir de Freitas Cirillo, que trabalhou diuturnamente, inclusive neste último final de semana, no intuito de fazer reparos e instalação de sistemas necessários ao funcionamento do prédio. Da Coordenadoria do Juizado Especial, Sra. Silvia Brunca, responsável pela obtenção do paisagismo que muito embeleza este edifício.

O empenho e trabalho que exigiu muito esforço físico prestado por reeducandos do sistema prisional, isso graças ao empenho dos Doutores Zurich Oliva e Doutor Ademir Panciera, respectivamente, Juiz da Vara de Execuções Criminais e Decrim, e Diretor do estabelecimento penal.

E a colaboração sempre prestada pelos Coordenadores de NOSSA 16ª CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA, Desembargadores ALDEMAR JOSÉ FERREIRA e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

A todos, para não trilhar o caminho da ingratidão, externo nosso agradecimento, que estendo aos demais serventuários que, de alguma forma, colaboraram e contribuíram.

Finalizo, Doutor Manoel, dizendo da existência de problemas neste fórum a serem resolvidos, com destaque ao sistema de refrigeração do prédio, fator primordial para que se possa desenvolver trabalho humano em seu interior, considerando nossa realidade climática.

Mas também destaco que este prédio, que com justiça recebe o nome do doutor Silvio Irineu Bednarski, juiz com atividade intensa no interesse da sociedade rio-pretense, também é popularmente intitulado, pelos serviços que prestará, como FÓRUM DA CIDADANIA.

Por fim, certo que serão eles os grandes beneficiados com a efetiva inauguração deste fórum, só me resta parabenizar e agradecer a compreensão de todos cidadãos de São José do Rio Preto.

Acesso ao Sumário

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso proferido por ocasião da inauguração do Fórum "Doutor Silvio Irineu Bednarski", da Comarca de São José do Rio Preto (Cerimônia realizada em 25.06.2018).

Senhoras e Senhores

A Família Forense de São José do Rio Preto, constituída por servidores, advogados, membros do Ministério Público, Magistrados, cidadãos, autoridades civis e militares, amigos dos participantes da vida jurídica desta cidade reúnem-se, mais uma vez, para assistir mais um passo dado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na longa e penosa caminhada de cumprir, de forma mais digna e eficiente, a árdua e difícil missão de distribuir justiça.

Ao reler a história de São José do Rio Preto, iniciada com a chegada dos primeiros sertanistas mineiros Luiz Antonio da Silveira e seus parceiros de aventura, nos idos de 1830 a 1840 tem início o desbravamento do Sertão de Avanhandava, abrindo as primeiras picadas e clareiras que permitiram a chegada do fundador João Bernardino Seixas Ribeiro e familiares, edificadores da primeira capela da região. As dificuldades que os pioneiros enfrentaram estão descritas nas páginas da história desta cidade. A emancipação do imenso território limitado pelos Rios Grande, Turvo, Tietê e Paraná ocorre em 1894. A elevação de vila a cidade ocorre em 1904, mesma data da instalação da Comarca de Rio Preto, desmembrada da Comarca de Jaboticabal.

Com admiração recordei-me na leitura dos anais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de nossos primeiros Juízes: Pela ordem:

Dr. Antonio de Souza Barros (1904)

Dr. João Batista de Castro Rodrigues

Dr. Lafaiete Salles, que aqui judicou de 1910 a 1923

Dr. Amaral Vieira

Dr. Mário Guimarães.

Dos primórdios da civilização da região de São José do Rio Preto até hoje nosso País passou por grandes transformações políticas, sociais e econômicas. Estamos hoje aqui, reunidos em uma das mais importantes e mais desenvolvidas cidades de nosso País.

No entanto, as dificuldades para se dotar nossos cidadãos de um serviço judicial à altura da relevância de São José do Rio Preto ainda persistem. As crises econômicas e sociais se repetem, mas, gradativamente, vão sendo superadas pelo esforço de nossa gente, mesmo com os percalços enfrentados ao longo

Acesso ao Sumário

destes quase 180 anos da história de nosso município.

A simples narrativa das imensas dificuldades para dar início às atividades deste fórum serve de exemplo para evidenciar que não podemos esmorecer: o trabalho tem que ser constante – diuturno – e a esperança não pode ser relegada ao olvido.

Participei das primeiras reuniões realizadas com o escopo de se construir um novo Fórum para Rio Preto, haja vista que os esforços para se ampliar o Fórum da Comarca, com a construção de um anexo no próprio terreno não tiveram êxito. A Municipalidade de São José do Rio Preto e o Governo do Estado de São Paulo se uniram para dotar nossa cidade de um prédio à altura das necessidades dos jurisdicionados. O terreno foi doado pelo Município. O Executivo estadual, que é o encarregado da edificação dos prédios usados pelo Judiciário, também não nos faltou. Iniciada a construção em 2007, as dificuldades foram constantes e frequentes. As empreiteiras abandonaram a edificação. O critério legal da licitação pelo menor preço numa época de inflação e instabilidade econômico-financeira foram a causa da longa e penosa edificação deste Fórum. Os ilustres Prefeitos de São José do Rio Preto: Edinho Araújo e Waldomiro Lopes não mediram esforços para lograr sucesso no empreendimento. O Governador Geraldo Alckmim também deu todo o apoio. Os Secretários da Justiça dos diversos governos valeram-se de todos os expedientes para que a obra chegasse ao fim. Os Engenheiros da Prefeitura de Rio Preto, Secretários Municipais e diversos Presidentes do Tribunal de Justiça uniram seus esforços para o encerramento da edificação. Em 30 de janeiro de 2017 a construção do prédio, em termos estruturais foi concluída, quando ocorreu a entrega do edifício para sua finalização e utilização pelos servidores, juízes, jurisdicionados, advogados, defensores e promotores. O Poder Judiciário paulista recebeu o novo prédio em plena crise política, econômica, financeira e social resultante do impeachment da Presidente Dilma Rousseff. Desde então o Brasil prossegue em constantes sobressaltos, com a conhecida e ainda persistente instabilidade política, social e econômica que se abate sobre nossa Nação. Tomei posse como Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em janeiro de 2018, portanto, há quase seis meses. Desde então, na condição de ex-juiz desta Comarca e morador de Rio Preto há mais de 42 anos, tenho lutado, diuturnamente, para realizar a mudança de parte do serviço forense para o novo prédio.

As dificuldades são imensas. A contratação de qualquer serviço complementar é inçada de burocracia, procedimentos, prazos, formalidades, tudo a conspirar para uma quase impossível conclusão dos serviços. Por incrível, senhores: ainda há muito por fazer. Por isso a decisão. Vamos iniciar a mudança para parar de pagar a locação de vários prédios e tentar, todos juntos, complementar, efetivamente, a instalação e o início das atividades no novo prédio.

Acesso ao Sumário

Feita a prestação de contas, vamos às homenagens.

Por iniciativa deste que vos fala e dos Desembargadores Aldemar Ferreira da Silva, Fernando Simão, José Alberto Pezzarinni e com o apoio unânime de todos os magistrados da Comarca e da Região, bem como dos servidores e cidadãos, fizemos a indicação ao Colendo Órgão Especial do TJSP para que o novo prédio recebesse o nome do Dr. SILVIO IRINEU BEDNARSKI, proposta unanimemente aprovada pela Corte Especial.

Esta solenidade, portanto, tem o escopo principal de gratidão, de carinho, de reconhecimento, de saudades e de esperança.

O Patrono deste Fórum, Dr. Silvio Irineu Bednarski, nasceu em 23 de outubro de 1932, no Bairro do Bom Retiro, São Paulo, filho dos imigrantes José Bednarski e Angelina Brognoli Bednarski, portanto, descendente europeu: Poloneses e Italianos. Teve apenas um irmão: Milton Bednarski. Bacharel pela velha e sempre nova Academia do Largo de São Francisco, nela exerceu o cargo de secretário do Centro Acadêmico XI de agosto. Colou grau em 1959. Inicialmente foi Delegado de Polícia. Em 1963 é aprovado no Concurso da Magistratura paulista, exercendo o cargo de Juiz Substituto em Marília com atuação em diversas comarcas da região. Foi Juiz Titular de Junqueirópolis, Mirassol, Santo Anastácio e, finalmente, veio promovido para São José do Rio Preto. Foi Juiz da 3ª Vara nos anos de 1967 a 1975. Assumiu a 1ª Vara Cível de São José do Rio Preto em 1975 e nela permaneceu até 1982.

Tornou-se um riopretense de coração, apaixonado e vibrante. Juiz sério, firme, sistemático, temperamento forte, muito operoso, justo e competente, dinâmico e vocacionado, destacou-se como um dos grandes magistrados de nosso Estado. Tinha o dom da síntese: suas sentenças eram objetivas, lógicas, precisas, claras, em vernáculo impecável e eram decisões de fácil execução.

Como Juiz de Menores teve intensa atuação, realizando grandes empreendimentos em favor da infância e juventude. Dedicou-se com ardor intenso, com acendrado amor, com todas as forças de sua alma à jurisdição da infância e adolescência.

Acesso ao Sumário

O Dr. Silvio construiu a Casa do Menor e fundou a ARPROM – Associação Riopretense de Promoção do Menor, cuja história se inicia em 24 de outubro de 1967, entidade sem fins lucrativos, com o objetivo de atender jovens de famílias de baixa renda, promovendo o seu desenvolvimento, bem como o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. Os primeiros garotos recebidos pela Arprom foram os pequenos engraxates que atuavam na antiga Praça Ruy Barbosa, como noticia o eminente Promotor de Justiça, Dr. Paulo Humberto Borges em excelente texto escrito em prol da Arprom, ao qual eu adiro expressamente nesta solenidade. Inicialmente a Arprom funcionou na rua Voluntários de São Paulo, ao lado do Fórum, em prédio cedido pela Prefeitura

de Rio Preto, na gestão do prefeito Loft João Bassit. O estatuto da entidade foi escrito pelo eminente advogado Olímpio Rodrigues dos Santos.

Frequentei a Arprom a partir de 1976, quando aqui cheguei, juntamente com o Dr. Olavo Martins dos Santos Júnior, como Juiz Substituto. Sou testemunha, portanto, do excelente trabalho realizado sob a coordenação do Dr. Silvio, como o apoio voluntário da ilustre e querida Professora Maria Luiza Silva. Comandava a disciplina e educação da garotada o saudoso Cabo Adélcio Parra, cedido pela Política Militar de São Paulo, que imprimia aos "guardinhas" noções básicas de educação, postura, compostura, dedicação, disciplina, hierarquia e amor ao trabalho e aos estudos. Em 1988, a Municipalidade de Rio Preto, sob o comando do Prefeito Manoel Antunes, construiu sede própria situada na Rua Prudente de Moraes, sede da Arprom. Ao longo de mais de cinquenta anos a Arprom, como auxílio voluntário de inúmeros colaboradores, que eu saúdo nas pessoas de José Vita Medina e Paulo Humberto Borges, saudação dirigida a todas as pessoas que auxiliam a ARPROM, exercendo a importante tarefa de proteger, amparar, educar, ensinar, velar e amar as crianças carentes de nossa região. As crianças recebem ensinamentos de ética, cidadania, noções de informática, contabilidade, saúde, respeito, dignidade, etc. O apoio de diversas instituições de nossa cidade tem sido imprescindível para que a obra prossiga. A Prefeitura Municipal de São José do Rio Preto é a parceira constante da atuação da Arprom. Há, no entanto, órgãos de fiscalização, notadamente na área federal, que apegados à exegese gramatical e fria dos regulamentos, sem levar em conta os objetivos maiores que inspiraram o Dr. Silvio Bednarski e seus colaboradores à fundação desta notável instituição, têm causado entraves ao cumprimento do disposto no art. 6º da Carta Federal que ordena: são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à INFANCIA, a assistência aos desamparados.

E mais: diz o 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, saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Constituição prevê, expressamente, a participação de entidades não governamentais na proteção às crianças.

Como se constata, ao fundar a Arprom em 1967, o Dr. Silvio Bednarski, pioneiramente promoveu a união do Poder Judiciário, Executivo, Legislativo e sociedade civil organizada para realizar a política pública de proteção aos menores carentes, dando a eles um acolhimento e tutela fundada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Rio Preto tem que se unir para que a obra realizada pela ARPROM continue e prossiga na senda idealizada por

Acesso ao Sumário

seu fundador.

Não posso deixar de rememorar e agradecer, alguns já em outro plano, à família do Dr. Silvio Irineu Bednarski. Seus pais: José Bednarski e a doce e querida Dona Angelina. Seus sogros: Seu Luiz Ferreira da Silva e dona Brasilina. Sua esposa: Dona Marinha. Seus filhos: A professora Silvia, a Engenheiro Agrônomo: Ivana; o Promotor de Justiça, também graduado pelas Arcadas Franciscanas, Dr. José Luiz Bednarski. Seus netos e bisnetos. Todos ostentam o justo orgulho do magistrado, do professor, do pecuarista, do administrador, do homem de bem: SILVIO BEDNARSKI.

Quero saudar a todos os amigos do Dr. Silvio Bednarki, os presentes e os ausentes, que tiveram a felicidade de conviver com a figura paradigmática e exemplar de nosso homenageado. Eu e minha esposa Maria Amélia, meus filhos Ruth Maria e Thomaz, agradecemos publicamente a felicidade, a alegria e a honra que tivemos de conviver, durante muitos anos, em nossa casa, com o amigo de todas as horas, Dr. Silvio Irineu Bednarski, patrono deste Fórum. A Vara da Infância e da Juventude de São José do Rio Preto não poderia estar instalada em outro prédio que não tivesse o nome do grande juiz SILVIO IRINEU BEDNARSKI.

Declaro encerrada esta solenidade.

Acesso ao Sumário