REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 31 – ANO 6

JANEIRO E FEVEREIRO DE 2019

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 58
c) Agravos Internos 119
d) Apelações 124
e) Embargos de Declaração 368

Seção de Direito Público

a) Ações Rescisórias 381
b) Agravos de Instrumento 383
c) Apelações 409
d) Apelações/Remessas Necessárias 532
e) Embargos de Declaração 573
f) Reclamações 575
g) Remessas Necessárias 579

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 585
b) Agravos Regimentais 603
c) Apelações 605
d) Cautelares Inominadas Criminais 708
e) Correições Parciais 711
f) Embargos de Declaração 717
g) *Habeas Corpus* 722
h) Mandados de Segurança 731
i) Recursos em Sentido Estrito 739
j) Revisões Criminais 743

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 750
b) Agravos Internos 816
c) Conflitos de Competência 839
d) Mandados de Injunção 867
e) Mandados de Segurança 868
f) Reclamações 881

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos de Instrumento 892
b) Apelações 899
c) Apelações/Remessas Necessárias 903
d) Conflitos de Competência 910
e) *Habeas Corpus* 929
f) Incidentes de Suspeição 947
g) Remessas Necessárias 949

5- Câmara Especial de Presidentes 955
6- Conselho Superior da Magistratura 987
7- Noticiário 1000

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 VI, n. 31, jan./fev. 2019 - São Paulo: Tribunal de Justiça do Estado, 2019.

Bimestral.

Repositório Oficial da Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

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

CDU 34(05)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CARGOS DE DIREÇÃO E DE CÚPULA

Presidente
Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS

Vice-Presidente
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

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

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

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

ÓRGÃO ESPECIAL

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

Luiz Fernando SALLES ROSSI
RICARDO Mair ANAFE
ÁLVARO Augusto dos PASSOS
Artur César BERETTA DA SILVEIRA
ANTÔNIO CELSO AGUILAR CORTEZ
ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI
ARTUR MARQUES da Silva Filho
Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO
GERALDO Luís WOHLERS Silveira
ELCIO TRUJILLO
Maria CRISTINA ZUCCHI
José JACOB VALENTE

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Presidente
Desembargador Manoel de Queiroz PEREIRA CALÇAS

Vice-Presidente
Desembargador ARTUR MARQUES da Silva Filho

Corregedor Geral da Justiça
Desembargador Geraldo Francisco PINHEIRO FRANCO

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

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

Presidente da Seção de Direito Criminal
Desembargador FERNANDO Antonio TORRES GARCIA

Decano
Desembargador José Carlos Gonçalves XAVIER DE AQUINO

CÂMARA ESPECIAL

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

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

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador VITO José GUGLIELMI***
Desembargador PAULO ALCIDES Amaral Salles
Desembargador EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE
Desembargador MAURÍCIO PESSOA
Desembargador JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA
Desembargadora ANA MARIA ALONSO BALDY **
Desembargador RODOLFO PELLIZARI**
Desembargador DIMITRIOS ZARVOS VARELLIS*
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 622)

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**

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

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

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

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

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

7º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 612/616)

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

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

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

Desembargador Everaldo de MELO COLOMBI
Desembargador Sebastião THIAGO DE SIQUEIRA
Desembargadora LIGIA Cristina de ARAÚJO BISOGNI***
Desembargador CARLOS Henrique ABRÃO
Desembargador ACHILE Mario ALESINA Junior

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 BRAZIL FONTES OLIVEIRA**

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 IVAN Ricardo Garisio SARTORI
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA
Desembargador RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI***
Desembargarora CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA
Desembargador ANTONIO LUIZ TAVARES DE ALMEIDA**
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

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

Desembargador Gastão Toledo de CAMPOS MELLO Filho
Desembargador Manuel MATHEUS FONTES***
Desembargador ROBERTO Nussinkis MAC CRACKEN
Desembargador EDGARD Silva ROSA
Desembargador ALBERTO GOSSON Jorge Junior
Desembargador HÉLIO NOGUEIRA**

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

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

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

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

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

13º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 618/622)

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

Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador HUGO CREPALDI NETO***
Desembargador CLÁUDIO HAMILTON Barbosa
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargador KLEBER LEYSER DE AQUINO
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

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

27ª Câmara de Direito Privado (sala 403 — 3ª feira — 13:00 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***
Desembargador ALFREDO ATTIÉ JÚNIOR**

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 — 10:00 horas — PJ)

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

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

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

16º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — TERCEIRA-FEIRA — PJ — (SALA 510)

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

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

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

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

17º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — QUARTA-FEIRA — PJ — (SALAS 601/602)

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

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

34ª Câmara de Direito Privado (salas 601/602 — 2ª feira — 13:30 horas — PJ)

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

18º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 604)

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

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador EDUARDO Almeida Prado Rocha de SIQUEIRA
Desembargador SPENCER ALMEIDA FERREIRA***
Desembargador MÁRIO Carlos DE OLIVEIRA
Desembargador FERNANDO Luiz SASTRE REDONDO
Desembargador FLÁVIO CUNHA DA SILVA***
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 501 — 2ª feira — quinzenal — 10:00 horas — PJ)

Desembargador José ARALDO da Costa TELLES
Desembargador Paulo Roberto GRAVA BRAZIL***
Desembargador RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador SÉRGIO Seiji SHIMURA
Desembargador MAURÍCIO PESSOA

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

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**

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

1º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — TERÇA-FEIRA — PJ — (SALA 501)

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

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

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

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

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

Desembargador ANTONIO CARLOS MALHEIROS
Desembargador JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA
Desembargador Luiz Edmundo MARREY UINT
Desembargador Armando CAMARGO PEREIRA
Desembargador José Antonio ENCINAS MANFRÉ***
Desembargador MAURÍCIO FIORITO**
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 José Percival ALBANO NOGUEIRA Júnior
Desembargador LEONEL Carlos da COSTA
Desembargador Carlos Otávio BANDEIRA LINS
Desembargador ANTONIO CELSO Campos de Oliveira FARIA***
Desembargador JOSÉ MARIA CÂMARA JÚNIOR
Desembargador JOSÉ DA PONTE NETO**

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

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

5º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO — SEGUNDA-FEIRA — PJ — (SALA 601)

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

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

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

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

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

12ª Câmara de Direito Público (sala 601 — 4ª feira — 13:00 horas — PJ)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador Ricardo Cintra TORRES DE CARVALHO
Desembargador RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO***
Desembargador José Helton NOGUEIRA DIEFENTHÄLER Júnior
Desembargador MARCELO Martins BERTHE
Desembargador Luiz OTAVIO de Oliveira ROCHA

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

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

COMPOSIÇÃO DE GRUPOS E CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL

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

1ª Câmara de Direito Criminal (salas 201/203 — 2ª feira — 10:00 ou 13:30 horas — PJ)

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

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

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

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

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

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

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

Desembargador LUÍS SOARES DE MELLO Neto
Desembargador EUVALDO CHAIB Filho
Desembargador CAMILO LÉLLIS dos Santos Almeida***
Desembargador EDISON Aparecido BRANDÃO
Desembargador ROBERTO Teixeira Pinto PORTO
Desembargadora IVANA DAVID**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8º GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL — TERÇA-FEIRA OU QUINTA-FEIRA — PJ — (SALAS 201/203 OU 609)

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

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

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

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

*** — Presidente

** — Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau

* — Juiz Auxiliar

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

(em ordem de antiguidade)

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 Brazil Fontes Oliveira
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
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 2180784-11.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora MARIA CÂNDIDA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é réu A.L.D EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÃO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.247)**

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

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

THIAGO DE SIQUEIRA, Relator

Ementa: Ação rescisória - Ajuizamento com fulcro no art. 966, inciso V, do CPC - Pretensão da autora de desconstituição de acórdão que manteve sentença que julgou procedente ação de reintegração de posse ajuizada pela ré - Alegação de violação de dispositivos legais (arts. 1.831, 1.206 e 1.784 do Código Civil) - Fundamentação insuficiente para ensejar o ajuizamento da presente ação, atento às alegações da autora - Questão suscitada pela autora, notadamente quanto a nulidade da citação, que fora dirimida no julgamento da demanda possessória, não comportando ser discutida novamente, no âmbito da presente ação - Ocorrência do vício apontado não configurados - Ação rescisória que deve ser julgada improcedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

MARIA CÂNCIDA DA SILVA ajuizou a presente ação rescisória em face de A.L.D. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÃO LTDA., com fulcro no art. 966, inciso V, VII e art. 238, do novo Código de Processo Civil, visando rescindir a r. sentença proferida pelo D. Juízo da 1ª Vara Cível do Fórum Regional de Itaquera, nos autos do processo nº 1009294-53.2014.8.26.0007 (fls. 685/703), que julgou procedente a ação de reintegração de posse movida por A.L.D. Empreendimentos e Participação Ltda. em face de Desconhecidos e Outros, para reintegrá-la na posse do imóvel objeto da matrícula 92.277 do 7º Cartório de Registro de Imóveis da Capital.

Sustenta, em suma, que reside com sua família no local indicado na inicial há mais de 30 anos, sendo conhecida por muitos moradores do bairro, razão pela qual deveria ter sido incluída no polo passivo da demanda, com a devida citação pessoal. Afirma que não foi notificada para desocupação do imóvel, ou seja, não lhe foi dada a oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa. Entende estar configurado, assim, o motivo ensejador da presente ação rescisória, consoante previsto no art. 966, inciso V do novo Código de Processo Civil, razão pela qual postula sua procedência para rescindir o v. Acórdão, proferindo-se outra decisão.

Atribuiu à causa o valor de R$ 184.140,00, tendo sido a inicial instruída documentalmente.

Procedeu-se a citação da ré, tendo esta apresentado contestação (fls. 73/76), sustentando que a autora não fora citada, pois conforme o documento de fls. 17, fora concedida autorização ao marido da autora Sr. Acetides Pereira da Silva, para residir no imóvel, por ser funcionário da empresa Pedreira São Matheus S/A, antiga proprietária. Afirma que a autora sempre teve ciência de que a propriedade e posse do imóvel em questão era da requerida, a qual consentiu a pedido da proprietária anterior que a autora residisse no local, até que a mesma tivesse tempo hábil de se restabelecer, após o falecimento de seu marido. Assevera que a autora em nenhum momento comprovou a irregularidade pleiteada.

É o relatório.

O presente feito comporta ser julgado no estado em que se encontra, nos termos do art. 355, inc. I, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não há necessidade de serem produzidas outras provas para sua instrução, tendo-se em vista a prova documental já constante dos autos e as alegações das partes, consoante se verificará adiante. Embora o mérito da ação verse sobre questão de direito e de fato, a situação fática aqui versada está devidamente demonstrada e delineada nos autos pelos documentos juntados pelas partes.

Cuida-se, na hipótese vertente, de ação rescisória ajuizada com fulcro no

Acesso ao Sumário

art. 966, inciso V, do Código de Processo Civil, alegando a demandante que o acórdão rescindendo foi proferido em desacordo com as provas constantes dos autos, violando os dispositivos legais que aponta, na medida em que reintegrou na posse do imóvel quem jamais a deteve, em total afronta à segurança jurídica. Pretende, por isso, desconstituir o venerando acórdão que negou provimento ao recurso de Apelação nº 1009294-53.2014.8.26.0007, mantendo a r. sentença de primeiro grau, julgando procedente a ação de reintegração posse que lhe foi ajuizada pela ora ré.

Ora, a este propósito, cumpre destacar, primeiramente, que esta fundamentação invocada pela autora afigura-se insuficiente para ensejar o ajuizamento da ação rescisória, nos termos do inciso V, de citado dispositivo legal, uma vez que não há que se falar em afronta à segurança jurídica e às normas jurídicas invocadas pela demandante, atento às suas alegações e às provas constantes dos autos.

Com efeito, sustenta a demandante, na inicial da presente ação, que o processo de reintegração de posse restou eivado de nulidade, tendo em vista que não houve a sua citação.

A ação possessória em tela ajuizada pela ora ré foi julgada procedente perante a Vara de origem por ter o douto Magistrado entendido que restou demonstrado, em face das provas constantes dos autos, o esbulho praticado pelos réus. Este entendimento, restou mantido pelo v. acórdão rescindendo, ao negar provimento ao apelo interposto pelos réus, consignando que:

Frise-se, embora tal questão foi objeto da decisão de fls. 617/622 pelo Juízo a quo, importa ressaltar que a aventada nulidade da citação é matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida de ofício, se o caso, razão pela qual passa-se ao seu exame.

A citação editalícia não enseja declaração de nulidade, no caso.

Havendo notícia de esbulho praticado por número indeterminado e rotativo de pessoas e diante da impossibilidade de identificação de todos os invasores, de fato, cabível a citação por edital.

Reza o art. 231, I, do CPC/73 (correspondente ao art. 256, I, NCPC).

"Art. 231. Far-se-á a citação por edital: I - quando desconhecido ou incerto o réu;"

De mais a mais, não comporta guarida a alegação de que todas as famílias, ocupantes do terreno, poderiam ser facilmente identificadas.

Denota-se dos autos que o quadro de pessoas que ocupavam o terreno era rotativo, além do que crescente o número de ocupantes desde o ajuizamento da ação.

Ademais, os próprios requeridos discordam quanto ao número exato

Acesso ao Sumário

de invasores, uns falando em torno de "200 famílias e 350 pessoas" (fl. 727), outros em "cerca de 300 famílias" (fl. 756)...

Fato é que, ao contrário do alegado pelos réus apelantes, nulidade haveria caso não fosse determinada e realizada a citação por edital, repita-se, dos réus incertos e desconhecidos.

Desse modo, em nada socorre a demandante sustentar a nulidade da citação, por não ter havido sua citação pessoal, porquanto cuida-se de questão que já foi objeto da decisão de fls. 617/622 e que restou reafirmada no Acórdão julgado pela 13º Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça. Por tratar-se de questão controvertida que foi dirimida nesse julgamento, não comporta, por isso, ser novamente suscitada na presente ação rescisória, não havendo de se falar, neste caso, em violação aos dispositivos legais que aponta, bem como em erro na apreciação das provas constantes dos autos, ou em erro de fato.

De acordo com o afirmado pela ré, ademais, fora concedida autorização ao marido da autora Sr. Acetides Pereira da Silva, para residir no imóvel, por ser funcionário da empresa Pedreira São Matheus S/A, anterior proprietária do imóvel, o que se confirma pelo documento de fls. 17 dos autos, exibido pela autora, situação esta que permaneceu perante a empresa ré. Por esta razão, a demandante não se qualificaria como possuidora do imóvel, mas sim como detentora deste bem, de conformidade com o art. 1.198 do Código Civil, não havendo de se falar, também por isso, que teriam sido violados, no caso, seus direitos como possuidora do imóvel.

Não há de se falar no caso vertente, portanto, em violação manifesta a norma jurídica, pelo v. acórdão rescindendo, conforme previsto no art. 966, inc. V, do CPC, posto que somente se configura quando há "*violação visível, evidente, ou como já se manifestou o STJ a respeito, pressupõe-se que 'é a decisão de tal modo teratológica que consubstancia o desprezo do sistema de normas pelo julgado rescindendo' (STJ, 3ª Seção, AR 2626-PR, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 11.9.2013, DJUE 1º.10.2013* - (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* "Comentários ao Código de Processo Civil - 2ª Tiragem - Novo CPC Lei 13.105/2015, pág. 1917).

É forçoso concluir, por tais razões, que a presente ação encontra-se despida de fundamentação hábil para ensejar o seu acolhimento, impondo-se, por isso, a sua improcedência, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inc. I, do atual Código de Processo Civil. Caberá à autora, em face disso, arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios dos réus, arbitrados, por equidade, em R$ 2.000,00 (dois mil reais), observando-se, neste aspecto, a gratuidade processual que lhe foi concedida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2216126-83.2018.8.26.0000, da Comarca de Descalvado, em que são autores MILTON JORGE NAMURA e VENTURA DELVA NAMURA, é réu AGROPECUÁRIA SÃO JOÃO DA ALIANÇA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a ação rescisória, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29804)**

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

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Pedido de desconstituição de acórdão fundado no art. 966, inciso VII, do CPC - Alegação do autor de que obteve novas provas capazes de alterar o quanto decidido - Inocorrência - Análise dos autos demonstra que os documentos tidos como novos pelo autor foram produzidos após a decisão que lhe foi desfavorável - Impossibilidade de utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal - Inadequação da via eleita - Petição inicial que cabe ser indeferida.

VOTO

1. Trata-se de ação rescisória com fundamento no inciso VII, do artigo 966, do Código de Processo Civil, ajuizada por **MILTON JORGE NAMURA** e **VENTURA DELVA NAMURA** em face de **AGROPECUÁRIA SÃO JOÃO DA ALIANÇA LTDA.**, por meio da qual pretende ver rescindido o acórdão prolatado quando do julgamento do recurso de apelação interposto nos autos da **Ação de Reintegração de Posse nº 0000953-52.2012.8.26.0160**, da lavra da **Desembargadora Relatora Sandra Galhardo Esteves** que negou provimento ao seu recurso, dando parcial provimento ao recurso da autora daquela demanda, argumentando que o *decisum* foi proferido com fundamento nas provas testemunhais e documentais carreadas aos autos, porém, obteve,

Acesso ao Sumário

após o trânsito em julgado da decisão, prova nova cuja existência ignorava ou não pode fazer uso, o que justifica a propositura da presente.

Assim, arguindo a existência de prova nova capaz de alterar o *decisum*, pugna pela rescisão do julgado com a consequente procedência da ação rescisória, pautando seu pedido nos termos do inciso VII do art. 966 do Código de Processo Civil.

É o relatório do necessário.

2. Depois de acurada análise, tem-se que a presente ação não reúne condições de prosseguimento.

O autor justifica a possibilidade de ingresso da presente medida ao argumento de que após o trânsito em julgado do acórdão que pretende ver rescindido, obteve novas provas capazes de alterar o julgado.

Argumenta que na ação de reintegração de posse que tramitou entre as partes, o principal fundamento de fato que levou o juízo singular a julgar a demanda procedente - o que restou confirmado por esta Corte - baseou-se no depoimento prestado pela testemunha Roberto Hugo Jank, o qual havia esclarecido que a área em litígio sempre havia pertencido ao autor daquela demanda, réu nestes autos.

Afirma que posteriormente à prolação da sentença, em 15.02.2017, esta mesma testemunha, prestou depoimento através de escritura pública de declaração lavrada nas Notas do Tabelionato da Comarca de Descalvado, afirmando que se equivocou ao identificar a área que pertenceria ao autor e réus da demanda possessória, o que seria capaz de reverter o julgado.

Pois bem.

Primeiramente, mencione-se que a ação rescisória é uma excepcionalidade dentro do ordenamento jurídico, sendo admitida apenas em situações expressamente elencadas pelo legislador (CPC, art. 966), de forma taxativa e cujo texto deve ser interpretado sempre de forma restritiva.

Nesse sentido, mencione-se que a configuração de documento novo prevista no artigo 485, VII, do CPC/73, atualmente denominado "prova nova" no artigo 966, VII, do atual Código de Processo Civil, exige requisitos que não estão presentes na hipótese, inviabilizando, por conseguinte, a rescisão do trânsito em julgado do acórdão impugnado.

Acesso ao Sumário

O documento novo referido no dispositivo legal deve ser aquele desconhecido da parte sucumbente ou que, por motivo justificável, não foi possível utilizar no curso do processo onde formada coisa julgada desfavorável, e ao mesmo tempo capaz de, por si só, inverter o resultado da sentença ou acórdão transitado em julgado.

No caso presente, não se trata de documento novo e muito menos de

documento cuja existência a parte ignorava ou que não poderia fazer uso. Trata-se de documento produzido após a prolação da sentença, contudo, antes do acórdão que pretende ver rescindido.

Além disso, o que é mais importante ainda, além de não ser novo, o documento não é capaz, por si só, de assegurar aos autores pronunciamento favorável, na medida em que não foi a prova testemunhal determinante no resultado do julgado.

Foi a análise da prova documental em conjunto com os depoimentos colhidos e demais elementos dos autos que levou à procedência da ação, consoante restou decidido nos autos e no acórdão rescindendo.

Tanto é assim que o acórdão destacou que: "*A autora, de outra banda, demonstrou suficientemente a posse sobre a área, pondo em evidência o esbulho praticado pelos réus. O proprietário da fazenda autora arrendou a área em disputa a ELI JORGE HILDEBRAND, no período de 1997 a dezembro de 2009. E, malgrado o zelo e o esforço do ilustre patrono dos réus, a área disputada é exatamente aquela arrendada. O arrendatário foi enfático ao declarar que a área esbulhada pelos réus se encontra nos limites do terreno por ele arrendando (fls. 267/167-A). Prestam-se a comprovar o exercício de posse, ainda, o 'relatório de visita à fazenda do morro alto' (fls. 274/278) e os vários boletins de ocorrência elaborados à época do esbulho, por meio dos quais foram noticiados a derrubada dos laranjais, o uso de defensivos agrícolas e a plantação de cana-de-açúcar na área. Não fosse isso suficiente, a prova oral colhida autoriza concluir, com alto grau de segurança, que era a autora, e não os réus, quem exercia posse sobre a área.*" (fls. 892)

Além disso, na própria sentença o juízo já havia destacado que "***Ao lado de toda prova documental**, o depoimento da testemunha Roberto Hugo Jank, um dos proprietários da Fazenda Agrindus, imóvel rural confrontante de ambas as partes, esclareceu com muita segurança que a posse da área em litígio sempre pertenceu ao autor.*" (fls. 720 - destacamos).

Ou seja, além da distorção quanto ao conceito de provas novas, tem-se que não foi o depoimento prestado por *Roberto Hugo Jank* que levou a procedência da ação, confirmada neste aspecto por esta Corte, mas sim todo o conjunto probatório existente nos autos.

Assim, o que se constata é que o autor pretende o reexame do conjunto probatório, algo a que não se presta a demanda rescisória. Saber quais fatos foram ou não levados em consideração - e em que medida - para a formação do convencimento de quem foi encarregado de prestar jurisdição demanda tal reexame. E só poderia ser acolhida tal alegação caso se chegasse à conclusão de que ocorrera má apreciação da prova existente nos autos originais, o que não pode ser admitido no âmbito da demanda rescisória (STJ - A.R. (AgRg) 3.731/

Acesso ao Sumário

PE, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *apud* Theotônio Negrão, "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", Ed. Saraiva, 41ª ed., 2009, nota 19 ao art. 485, p. 637).

Além disso, de se observar o posicionamento do E. Superior Tribunal de Justiça ao pontuar que: "*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*" (STJ 4ª Turma, REsp nº 136.254-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 03/02/05, DJU 09/05/05).

De qualquer forma, o acórdão deu apenas solução diversa da pretendida pelos autores, nada mais.

Destarte, sob qualquer ótica, vislumbra-se a inadequação da via eleita.

Portanto, diante da ausência de subsunção da hipótese em tela aos ditames do inciso VII - ou a qualquer outro - do art. 966 do diploma processual civil, inadmissível a demanda manejada, que fica, portanto, liminarmente indeferida, a teor do quanto autoriza o artigo 330, I e parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil.

3. Indefere-se, pois, a presente ação rescisória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2140141-11.2018.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é autor REVITA ALIMENTOS, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., é ré OLGA CORRÊA FONTINI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram extinta a ação, por maioria. Declara voto o 3º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33195)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), ROBERTO MAC CRACKEN, ALBERTO GOSSON, SILVEIRA PAULILO, CAMPOS MELLO, MATHEUS FONTES e ITAMAR GAINO.

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

MAIA DA ROCHA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Nulidade de citação - Vício que macula a sentença e impede a formação

Acesso ao Sumário

de coisa julgada - Cabimento de ação declaratória de nulidade - Competência do juízo de primeira instância, sob pena de supressão de um grau de jurisdição - Indeferimento da inicial - Ação julgada extinta.

VOTO

Trata-se de ação rescisória ajuizada com o objetivo de desconstituir o acórdão de fls. 44/53 proferido nos autos do processo nº 1014513-18.2016.8.26.0576, com fundamento no artigo 966, VIII do Código de Processo Civil.

Sustenta a autora ser o *decisum* passível de rescisão porque transitou em julgado e é fundado em erro de fato, porquanto nula a sua citação.

Requereu os benefícios da assistência judiciária gratuita, o que foi indeferido pelo r. despacho de fls. 67/69.

A autora recolheu as custas processuais e realizou o depósito prévio.

É o relatório.

A autora afirma que a citação ocorrida nos autos em que proferido o acórdão rescindendo não é válida porque enviada para endereço diverso de sua sede.

É lição básica de bacharelado que a relação processual apenas se forma com citação válida.

A autora assevera que não foi citada para fazer parte da relação jurídica, ocorrendo violação ao seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

Sabendo-se que esse vício macula o processo de forma a tornar nula a sentença e a impedir que sobre ela se forme a coisa julgada, impossível conhecer desta demanda, nos termos em que deduzida.

Isso porque a "rescindibilidade, que autoriza a ação rescisória, nos termos do art. 966/CPC2015, não se confunde com a nulidade da sentença. A rescisória, portanto, não supõe sentença nula, mas ao contrário, sentença válida, que tenha produzido a coisa julgada.

Rescindir, ensina Pontes de Miranda, não é decretar nulidade, nem anular; é partir, partir até em baixo, cindir. Vale dizer: é desconstituir o ato até então válido e eficaz.

"A sentença é nula *ipso iure* quando a relação processual em que se apóia acha-se contaminada de igual vício. Para conhece-lo não se reclama ação rescisória, posto que dita ação pressupõe coisa julgada que, por sua vez, reclama para sua configuração, a formação e existência de uma relação processual válida.

Acesso ao Sumário

"Se a sentença foi dada à revelia da parte, por exemplo, sem sua citação ou mediante citação nula, processo válido inexistiu e, consequentemente, coisa julgada não se formou. Assim, em qualquer tempo que se pretender fazer cumprir o julgado, lícito será à parte prejudicada opor a exceção de nulidade da sentença (art. 741, nº I - à época vigente).

"Em regra, as nulidades dos atos processuais observa Liebman podem *suprir-se ou sanar-se no decorrer do processo*. E, *ainda que não supridas ou sanadas, normalmente não podem mais ser arguidas depois que a sentença passou em julgado. A coisa julgada funciona como sanatória geral dos vícios do processo*.

"*Há, contudo* - adverte o processualista - *vícios maiores, vícios essenciais, que sobrevivem à coisa julgada e afetam a sua própria existência. Neste caso a sentença, embora se tenha tomado formalmente definitiva, é coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico*.

"Dá-se então a nulidade *ipso iure*, *tal que impede à sentença, passar em julgado (Lobão, Segundas Linhas, I, nota 578). E por isso que 'em todo tempo se pode opor contra ela, que é nenhuma', tal se pode também nos embargos à execução.*

"Nenhuma necessidade se tem de ação rescisória para se obter o reconhecimento da nulidade *pleno iure* de um julgado. Ensina Liebman que *todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito. A nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretende tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteada em processo principal, meramente declaratório. Porque não se trata de reformar ou anular uma decisão defeituosa, função esta reservada privativamente a uma instância superior (por meio de recurso ou ação rescisória); e sim de reconhecer simplesmente como de nenhum efeito um ato juridicamente inexistente.*

"Entre outros exemplos de nulidade absoluta da sentença, pode-se citar, além do caso de falta ou nulidade da citação do réu revel, aquele do processo em que teve curso e julgamento sem a participação de todos os litisconsortes necessários."[1]

Vale colacionar, a esse respeito, o seguinte excerto de julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

"Ora, o fundamento primeiro da presente ação rescisória é a nulidade da citação e esta, ainda no ensinamento de FREDERICO MARQUES (ob. cit, vol, 1º/336):

"*É ato fundamental do processo, porque de outro modo não se configuraria*

Acesso ao Sumário

1 Humberto Theodoro Júnior, "Curso de Direito Processual Civil", vol. 1, Forense, Rio de Janeiro, 1997, págs.656/658.

*este como **actum trium personarum**, desapareceriam o contraditório e o direito de defesa, e inexistiria o **devido processo legal**" Tão importante e essencial é a citação, que sua falta ou nulidade não convalesce nem com a coisa julgada e pode invalidar, por isso, o título executivo constituído por sentença condenatória.*

"*Em razão da importância fundamental do ato citatório, consagrada, com ênfase, pelo Código de Processo Civil nos preceitos atrás lembrados (artigos 9º, inciso II, 214 e 741, inciso I), as formalidades e cautelas previstas para a citação têm o cunho e a marca da indeclinabilidade, sendo insanável a nulidade resultante de sua inobservância ou infringência*.

"Decorre disso que, não bastasse não ter sido a alegada nulidade objeto de discussão nos autos e análise pela respeitável sentença, avista-se cristalino que o que aqui se pretende, na verdade, não é a rescisão daquela sentença proferida em autos de ação de embargos de terceiro mas anular os atos praticados naquele processo desde a ausência de citação válida, e sendo o pedido de decretação de nulidade de atos processuais, posto que a citação nula macularia todo o processado, estar-se-ia frente à **actio nulitatis**, querela de nulidade.

"Uma sentença dada sem regular citação do réu é portadora de nulidade absoluta, insuscetível de ser sanada pelo trânsito em julgado, e, nesse caso, cabível seria a ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença, de competência dos Juízos de Primeiro Grau de jurisdição, e não a ação rescisória, que está estritamente ligada à disciplina da coisa julgada.

"Nulidade tal como esta alegada pela autora faz concluir que um julgado meramente aparente é, na realidade, inexistente e de nenhum efeito, não se o podendo rigorosamente transitado em julgado e, assim, não estando sujeito a uma ação rescisória."[2]

Em nosso ordenamento, a *querela nullitatis* pode ser arguida via impugnação ao cumprimento de sentença, embargos à execução, ou mesmo em ação autônoma (*actio nullitatis*), com base no artigo 19, I, do CPC/2015, que nada mais é do que a *querela nullitatis* de que estamos a tratar.[3]

De rigor, assim, proclamar o descabimento da ação rescisória e reconhecer tratar-se de caso de ação declaratória de nulidade.

Isto posto, ***indefere-se*** a inicial com estribo legal no inciso I, do artigo 966 do Código de Processo Civil/2015, e julga-se extinto o feito com amparo no artigo 485, inciso I do mesmo estatuto.

Sem condenação em honorários advocatícios vez que não houve citação da ré.

2 JTJ 172/266

3 Elpidio Donizetti, Curso Didático de Direito Processual Civil, 19ª Ed. Completamente reformulada conforme o Novo CPC - Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 fevereiro de 2016.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 13.318)

Vistos,

Ouso divergir do nobre e culto relator por entender ser possível admitir no bojo de rescisória, ação que invoca a inexistência ou nulidade de citação.

Admissibilidade da ação rescisória. Fungibilidade com a *querela nullitatis*.

Nesse ponto divirjo do voto do eminente relator e também do quarto desembargador por entender que a ação rescisória é admissível pelo *princípio da fungibilidade*.

É certo que a doutrina defende com rigor técnico que a falta de citação pressupõe a *inexistência* do processo, indo além da própria *nulificação* do mesmo.

Todavia, ressalva-se:

"Acrescentamos, contudo, que, não obstante não seja a ação rescisória, neste caso, o mecanismo processual rigorosamente adequado, entendemos que é possível o reconhecimento do vício decorrente da ausência de citação também por esta via (grifei). Sobre este nosso ponto de vista discorreremos, com mais vagar, adiante". (...)

"O sistema das nulidades do direito processual, tanto no que diz respeito aos institutos quanto aos regimes jurídicos, como já se comentou, apresenta profundas diferenças em relação ao sistema das nulidades no direito substancial. Por isso é que *não se pode dizer* - como se diria se o sistema de nulidades processuais se orientasse exatamente pelos mesmos princípios do sistema de nulidades civis - que para que *a sentença nula desapareça do universo jurídico, basta que seja declarado como tal*. Isto porque a sentença, *ainda que viciada*, terá produzido *coisa julgada*, tendo, pois, de desconstituir-se por meio de *ação de natureza desconstitutiva*, isto é, de ação rescisória (grifei).

Este, o argumento de ordem doutrinária.

"Do ponto de vista do direito positivo, poder-se-ia perguntar: por que teria o legislador elencado expressamente a *incompetência* e o *impedimento* como possíveis fundamentações da ação rescisória, como fez também com a *coisa julgada*, se nos três casos trata-se de pressupostos processuais? Por que não teria incluído os outros? O natural é que figuras da mesma categoria tenham o mesmo tratamento legal".

(Tereza Arruda Alvim Wambier. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 363/364 - itálicos originais).

Nessa mesma linha de entendimento, confira-se:

Acesso ao Sumário

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL. NULIDADE DE CITAÇÃO. CABIMENTO. QUERELA NULLITATIS. FUNGIBILIDADE.

1. Ação rescisória ajuizada em 18/10/2013, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 17/12/2015 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016.

2. Cinge-se a controvérsia a decidir sobre o termo inicial do prazo de decadência para o ajuizamento de ação rescisória, bem como sobre o cabimento desta, quando fundada em nulidade de citação.

3. A decadência do direito de desconstituir, em ação rescisória, a coisa julgada material implementa-se no prazo de dois anos iniciado no dia seguinte ao término do prazo para a interposição do recurso em tese cabível contra o último pronunciamento judicial.

4. O princípio da fungibilidade autoriza que a *querela nullitatis* assuma também a feição de outras formas de tutela - incluindo a ação rescisória -, cuja escolha dependerá da situação jurídica em que se encontrar o interessado no momento em que toma conhecimento da existência do processo (concurso eletivo): se antes do prazo de dois anos, previsto no art. 495 do CPC/73, caberá ação rescisória ou ação de nulidade; se depois de transcorrido o biênio, somente esta, já que não é atingida pelos efeitos da decadência (realcei).

5. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 1600535/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 19/12/2016).

Por estas razões admito para processamento a ação rescisória, ainda que pendente de análise outros requisitos para sua admissibilidade.

É como voto.

ALBERTO GOSSON, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2160989-53.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora SILVANA ROSA SANTANA (E OUTROS(AS)), é réu EMAE - EMPRESA METROPOLITANA DE ÁGUAS E ENERGIA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente a ação rescisória. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28179)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADEMIR

Acesso ao Sumário

BENEDITO (Presidente), EDGARD ROSA, MAIA DA ROCHA, ITAMAR GAINO, ALBERTO GOSSON e SILVEIRA PAULILO.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

ROBERTO MAC CRACKEN, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Parte autora pretende rever a decisão que julgou procedente ação possessória transitada em julgado em 1º.3.2016 - Preenchimento dos requisitos do artigo 966, inciso VII, do CPC/15 - Alegação de que a área localizada na Avenida Belmira Marin, altura do nº 3.000, São Paulo - Capital, tornou-se ZEIS (Zona Especial de Interesse Social) somente em 2016 - Hipótese dos autos em que há comprovação de que, na verdade, a Lei Municipal 16.050/2014 e a Lei nº 16.402/16 entrou em vigor em 22.3.2016 reconheceram fato urbano já existente ou consolidado, sem, contudo, constituir restrição nova, ou seja, a área não é ZEIS-1 em decorrência de direcionamento provocado pela lei, com efeitos constitutivos de uma situação urbanística e novas restrições dominiais, mas sim porque tal lei reconheceu que as comunidades já existiam de maneira consolidada no momento de sua edição, ou seja, a restrição do domínio era prévia, já existia antes do novo regime jurídico - Notícia nos autos do início da ocupação desde os idos de 1974 - A lei municipal apenas reconheceu a comunidade já consolidada, e o interesse na sua regularização, daí tê-la classificada como ZEIS 1. Legitimidade da Douta e Nobre Defensoria Pública do Estado de São Paulo. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Ação Rescisória ajuizada por Silvana Rosa Santana e outros, representados pela Douta e Nobre Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em face de EMAE - Empresa Metropolitana de Águas e Energia S/A, visando rescindir o v. Acórdão proferido pela Egrégia 21ª Câmara de Direito Privado deste Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve resultado de procedência de ação possessória (proc. nº 0114619-93.2007.8.26.0002).

Alega a parte autora a existência de prova nova - apresentada na forma do

artigo 966, inciso VII, do Novo Código de Processo Civil -, já existente antes do trânsito em julgado, mas de conhecimento dos autores e da Defensoria Pública, do fato de a área localizada na Avenida Belmira Marin, altura do nº 3.000, São Paulo - Capital, ter se tornado ZEIS (Zona Especial de Interesse Social) somente em 2016.

Pugna a parte autora por novo julgamento nos autos da ação de reintegração de posse, considerando a prova nova, para julgar improcedente a ação possessória, eis que, a procedência dos pedidos foi fundamentada na aludida ação, no fato de que, por ser a Ré uma concessionária de serviço público, todos os seus bens que estiverem em função do serviço cedido - como no caso do imóvel objeto da ação - são considerados bens públicos, portanto, não são passíveis de usucapião nem geram direito à indenização por benfeitorias. Pugnam, ao final pela rescisão do v. Acórdão proferido pela Egrégia 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e em juízo rescisório, para que seja proferido novo julgamento para julgar a pretensão do proprietário do imóvel improcedente a fim de manter os réus, ora autores da rescisória, na posse da área localizada na Avenida Belmira Marin, altura do nº 3.000, São Paulo, julgando a ação nº 0114619-93.2007.8.26.0002 improcedente.

A presente ação rescisória foi distribuída por prevenção desta Câmara em razão do quanto julgado no Acórdão nº 0114619-93.2007.8.26.0002 (fls. 305).

Às fls. 306 foi determinado o processamento da presente ação rescisória, com deferimento da Justiça Gratuita aos autores.

A ré, EMAE - Empresa Metropolitana de Águas e Energia, citada nos termos do artigo 970 do Código de Processo Civil apresentou resposta às fls. 314/331, pugnando pelo indeferimento da petição inicial, por ausência de qualificação dos autores e de procuração, subsidiariamente, pugna pela intimação da Defensoria Pública a regularizar a qualificação dos autores.

No mérito, aduzindo inexistir prova nova, conforme exige o regramento do artigo 966, inciso VII, do Novo Código de Processo Civil, eis que a r. decisão de mérito que pretendem rescindir transitou em julgado em 17.2.2016 e a prova nova que afirmam ter seria a Lei Municipal nº 16.050/2014, que aprovou a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, foi promulgada em 31.7.2014, com entrada em vigor na mesma data, ou seja, antes do trânsito em julgado.

Subsidiariamente, pugna a ré pela improcedência do pedido de usucapião, já rechaçado pela r. sentença de Primeiro Grau, aduzindo, também, que, ainda que integre o imóvel sub judice Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), o fato e que a perda da posse ou propriedade do requerente por "*necessidade ou utilidade publica, ou por interesse social*" só se legitima após a "*justa e previa indenização em dinheiro*".

Acesso ao Sumário

Em réplica, a Douta Defensoria Pública pugna pelo afastamento da preliminar, informando não haver óbice em atuar em nome próprio, considerando o objeto da ação e sua legitimidade constitucional inclusive para propor ações civis públicas (fls. 391). Em petição apartada, esclarece a Douta Defensoria que: "***... a delimitação da área objeto da ação como ZEIS 1 deu-se em 2014 com a promulgação do Plano Diretor e não em 2016***" e junta precedente (fls. 400 e 402, respectivamente).

Às fls. 405/408 foi juntado o r. Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, opinando pela improcedência da ação rescisória.

Às fls. 417/420, foi determinada a intimação pessoal, para manifestação: do Exmo. Sr. Secretário da SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL; da Exma. Sra. Secretária da SECRETARIA MUNICIPAL DE DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA; do Exmo. Sr. Secretário da SECRETARIA MUNICIPAL DA HABITAÇÃO e Exmo. Sr. Secretário da SECRETARIA MUNICIPAL DE JUSTIÇA.

Conforme Certidão do Cartório, de fls. 463: "***..., em razão das intimações realizadas conforme fls. 422/425, houve manifestação da SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL às fls. 457/462, da SECRETARIA MUNICIPAL DE DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA às fls. 451/453, e da SECRETARIA MUNICIPAL DA HABITAÇÃO às fls. 432/436***".

Manifestou-se a Douta Defensoria Pública às fls. 469/471, informando não haver interesse em produção de outras provas e, a ré EMAE peticionou às fls. 474/475 informando a necessidade de apreciação de questão preliminar, antes da análise dos pedidos de provas. Manifestou-se, também a Douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 479/481 pela improcedência da rescisória.

A questão preliminar arguida pela ré, de ausência de qualificação dos autores e de procuração, pugnando, destarte, pelo indeferimento da petição inicial, por violação ao artigo 319, inciso II, no Novo Código de Processo Civil foi afastada pela decisão de fls. 482/489 que restou irrecorrida.

Manifestou-se nos autos, também, a Municipalidade de São Paulo pelo Procurador Geral do Município às fls. 495/497. Trazendo informações sobre área de desapropriação que não coincide com a área objeto da ação, eis que: "*... a área desapropriada se distancia em aproximadamente 1,5 km da favela Sucupira*" (fls. 496).

Nova manifestação da Douta Defensoria Pública às fls. 553 informando que não possui mais provas a produzir; a requerida manifestou-se às fls. 556/558 pela improcedência da ação e pela apresentação de novos documentos caso seja necessário até o encerramento da instrução, ou seja, até a apresentação das Alegações Finais.

Às fls. 559 foi declarada encerrada a instrução processual, tendo as partes

apresentado alegações finais, respectivamente às fls. 563 (autora) e 565/568 (ré). Por fim, o Nobre Procurador de Justiça manifestou-se às fls. 576 reiterando as manifestações de fls. 404/408 e 479/481.

É o relatório.

De plano, os pedidos preliminares de indeferimento da inicial por ausência de qualificação dos autores e alegado descumprimento ao artigo 319, inciso II, no Novo Código de Processo Civil já foram afastados, nos termos da decisão de fls. 482/489, que restou irrecorrida, que ora se transcreve:

"Vistos, etc.

De plano, não prospera a questão preliminar, arguida pela ré, de ausência de qualificação dos autores e de procuração, pugnando, destarte, pelo indeferimento da petição inicial, por violação ao artigo 319, inciso II, no Novo Código de Processo Civil.

A presente ação foi ajuizada pela Douta Defensoria Pública do Estado de São Paulo na qualidade de Curadora Especial. Não obstante a ausência de qualificação dos autores da ação, com a devida vênia, não se pode desprezar que, *in casu*, considerando-se o objeto da ação e a legitimidade constitucionalmente prevista, não há óbice para que a própria Defensoria proponha a presente ação. Não sendo necessário, ao menos por hora, qualquer espécie de qualificação, em especial, tendo em vista a natureza da atuação da Nobre Defensoria Pública.

Na ação possessória, da qual foi extraído o v. Acórdão que se pretende rescindir, não ocorreu a providência hora almejada e, a mesma Defensoria Pública do Estado de São Paulo atuou a favor dos interesses dos moradores naquela ocasião.

Tal providência apenas postergaria a proclamação de decisão sobre a ação rescisória e com todas as vênias, ao menos por hora, não traria nenhum resultado prático para o deslinde do feito, até porque, salvo melhor juízo, nenhum prejuízo processual foi demonstrado pela ré.

Mais ainda, os Defensores Públicos atuam independentemente de mandato, ressalvados os casos que exijam poderes especiais.

Nesse sentido o artigo 128, inciso XI, da LC federal 80/94, dispõe que:

Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

XI - representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais.

Em igual sentido a previsão do artigo 16, parágrafo único, da Lei 1.060/50, *in verbis*:

Art. 16. Se o advogado, ao comparecer em juízo, não exibir o instrumento do mandato outorgado pelo assistido, o juiz determinará

Acesso ao Sumário

que se exarem na ata da audiência os termos da referida outorga.

Parágrafo único. O instrumento de mandato não será exigido, quando a parte for representada em juízo por advogado integrante de entidade de direito público incumbido na forma da lei, de prestação de assistência judiciária gratuita, ressalvados: (Incluído pela Lei nº 6.248, de 1975

a) os atos previstos no art. 38 do Código de Processo Civil; (Incluída pela Lei nº 6.248, de 1975)

b) o requerimento de abertura de inquérito por crime de ação privada, a proposição de ação penal privada ou o oferecimento de representação por crime de ação pública condicionada. (Incluída pela Lei nº 6.248, de 1975)

Portanto, não há que se falar em necessidade de mandato, cuja exigibilidade é restrita, por força de lei, aos casos em que se exija, de forma expressa, poderes especiais.

Nesse sentido a remansosa jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. JUSTIÇA GRATUITA. DEFENSORIA PÚBLICA. PROCURAÇÃO. DESNECESSIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA

PRESUNÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DEMORA NO ATENDIMENTO. INTERNAÇÃO EM UTI DE HOSPITAL PARTICULAR. MORTE DA PACIENTE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO RESSARCIMENTO DAS DESPESAS MÉDICAS. PEDIDO CUMULATIVO. APRECIAÇÃO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA. DIREITO PATRIMONIAL PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. HERDEIROS.

LEGITIMIDADE. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Afastada a prejudicial de irregularidade na representação processual, visto que o art. 16 da Lei n. 1.060/50 garante a atuação dos Defensores Públicos em juízo sem a necessidade de juntar aos autos instrumento procuratório, sendo, ainda, providenciada a habilitação dos herdeiros, nos termos do 313, § 2º, do CPC/2015, correspondente ao art. 265 do CPC/1973. 3. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "a declaração de hipossuficiência econômica firmada pelo requerente da assistência judiciária ostenta presunção relativa, cabendo à parte adversa, na impugnação ao benefício, demonstrar que o postulante da gratuidade possui capacidade para custear as despesas processuais", situação inocorrente no caso concreto, tendo sido o tema suscitado apenas no agravo interno, o

Acesso ao Sumário

que configura inovação recursal.

4. Não incide a Súmula 211 do STJ na espécie, visto que a autora/recorrente apontou ofensa ao art. 535 do CPC/1973, em face de o Tribunal de origem não ter se manifestado sobre o pedido cumulado de ressarcimento das despesas médicas efetuadas em hospital particular, decorrentes da demora no atendimento pelo Sistema Público de Saúde - SUS, tendo alegado, ainda, violação do art. 292 do aludido Estatuto.

5. Embora o falecimento da autora tenha ensejado a perda do objeto quanto à necessidade do tratamento médico - internação em UTI -, o mesmo não se pode dizer em relação ao pedido remanescente, por não se tratar de direito privado da personalidade, mas patrimonial, devendo o feito prosseguir para o enfrentamento do mérito dessa questão, com a substituição processual da parte ativa pelos herdeiros.

6. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 525.359/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 01/03/2018)

No mais, a ação rescisória em questão deve ser enfocada à luz do artigo 134 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 80/2014, *in verbis*:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do 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, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

A disposição constitucional é aprofundada por disposições legais da LC 80/94, que prevê, em seu artigo 4º, X:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

X - 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; (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

Em igual sentido o Código de Processo Civil, que prevê:

Art. 185. A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais

Acesso ao Sumário

e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.

Como a ação rescisória não exige poderes especiais, não há que se falar em necessidade juntada de procuração.

Nesse sentido, já se pronunciou o Colendo Supremo Tribunal Federal:

"**Igualmente, não se sustenta a necessidade de outorga à Defensoria Pública da União de procuração com poderes especiais para a propositura de ação rescisória. Explica-se. A Lei Complementar 80/1994, Lei de Organização da Defensoria Pública, traz as seguintes prerrogativas de seus membros, *in verbis***: '*Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: (…) XI - representar a parte, em feito administrativo ou judicial, independentemente de mandato, ressalvados os casos para os quais a lei exija poderes especiais*;" - **grifei. Desse modo, a representação processual ocorre por meio de Defensor Público, integrante do quadro funcional da Defensoria Pública da União, não lhe sendo exigida a outorga de procuração para representação em Juízo. A propósito, transcrevo parte do voto proferido no AI- AgR 616.896, de minha relatoria, publicado no DJe 29.6.2011**: '*A representação processual pela Defensoria Pública, in casu, Defensoria Pública da União, faz-se por defensor público integrante de seu quadro funcional, independentemente de mandato, ressalvados os casos nos quais a lei exija poderes especiais, consoante dispõe o artigo 128, inciso XI, da Lei Complementar 80/94.*' **Nesse sentido, possui a Defensoria Pública da União mandato 'ex lege'. Por esse motivo, não se faz necessária a apresentação de procuração para representar judicialmente o autor, inclusive de instrumento que lhe outorgue poderes especiais, tendo em vista a ausência de previsão normativa da necessidade de poderes especiais para propor ação rescisória. Dessa forma, rejeito qualquer óbice em relação à formalidade de representação processual**" (STF - AR 1937, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 02/02/2017, publicado em DJe-021 DIVULG 03/02/2017 PUBLIC 06/02/2017 - os grifos não constam no original).

Com a devida vênia, pelos demais dispositivos acima transcritos, afasta-se a insurgência da ré em face da representação, pela Defensoria, da coletividade de pessoas que vivem no local.

Ante o exposto, afasta-se a questão preliminar arguida pela ré. (...) Int." (fls. 482/489) (destaques do original)

A presente ação foi ajuizada pela Douta Defensoria Pública do Estado de São Paulo na qualidade de Curadora Especial. Não obstante a ausência de qualificação dos autores da ação, com a devida vênia, não se pode desprezar que, *in casu*, considerando-se o objeto da ação e a legitimidade constitucionalmente prevista, não há óbice para que a própria Defensoria, em nome próprio, proponha

Acesso ao Sumário

Ação Civil Pública.

A Douta Defensoria Pública manifestou-se nos autos às fls. 414, nos seguintes termos:

"**Exmo Des. Relator,**

Ciente da r. decisão que determinou a intimação da Prefeitura.

De início, cumpre esclarecer, ratificando a petição de fls. 400, em relação ao cabimento da ação rescisória, que a delimitação da área objeto da ação como ZEIS 1 deu-se em 2014 e não em 2016, tendo a Lei de Zoneamento de 2016 apenas detalhado a regulamentação em ZEIS.

Nesse sentido, vale conferir o anexo do Plano Diretor no link: (endereço eletrônico constante no texto original) que delimitou todas as áreas de ZEIS 1 da cidade.

Outro ponto que merece ser destacado é o número de pessoas na favela sucupira, objeto da presente ação. A Favela é demasiada adensada. Veja-se que no documento oficial da Prefeitura juntado na contestação da ação de reintegração de posse cuja cópia encontra-se a fls. 53, na época, havia 382 domicílios (informação essa apesar de desatualizada, foi reiterada pela prefeitura a fls. 395), sendo que o mesmo documento diz que a ocupação data de 1974. Hoje, o sistema da Prefeitura não tem mais essa informação, mas segundo informantes dos movimentos de moradia, calcula-se 5.000 famílias no local" (fls. 414 - Os destaques não constam no original).

Às fls. 432/436 foi acostado aos autos o Ofício nº 412/SEHAB.G/2018 de fls. 432/436, expedido pela N. Secretaria Municipal de Habitação, subscrito pelo Exmo. Sr. Secretário Municipal de Habitação Fernando Chucre, informando que:

"**A área objeto da ação é identificada como 'Favela Sucupira' e está localizada em Área de Proteção dos Mananciais - Bacia Billings, mas nos termos de manifestação pretérita, já acostada aos autos judiciais, e atual análise técnica desta Pasta, o perímetro da Favela encontra-se, de fato, parcialmente em uma ZEIS-1, já implantada em 2007, como comprova fotografia da EMPLASA.**

No tocante à possibilidade de regularização, ainda que a data de implantação seja compatível com a exigida pela Lei Específica da Billings, sendo passível de enquadramento em ARA1 e utilização do PRIS. Também há indícios de ausência de infraestrutura no local, posto ainda classificada como 'favela' no sistema HabitaSampa.

Todavia, nos termos do zoneamento estadual da represa, diante da proximidade física com a Represa Billings, a eventual regularização da área depende de prova inequívoca de que a ocupação está fora da

Acesso ao Sumário

reserva do limite legal da represa, bem como de que sejam concluídos estudos acerca da inexistência de risco e possibilidade de implantação de infraestrutura no local.

Também impende salientar que não há projeto para a área em nenhuma fase do Programa de Mananciais, o que sinaliza não haver nenhuma intervenção prevista.

Os exatos termos dos riscos e dos limites da represa, assim como a delimitação exata da área inserida no referido zoneamento, depende, necessariamente, da realização de vistorias e elaboração de laudos conclusivos pra a devida aferição, a serem realizados por equipe especializada que o Município não dispõe atualmente" (fls. 432/433 - 0s destaques não constam no original).

O ofício acima veio instruído com imagens mapográficas de fls. 434/435 com indicação precisa da área objeto da ação, bem como do documento denominado "***Folha de informação nº 23***" expedido em 06.3.2018 pela SEHAB - Coordenadoria de Regularização Fundiária, firmado pela Arquiteta Renata Paula Lucas, ficando às claras a necessidade de laudo prévio indicando a inexistência de risco pela proximidade da Represa, se nenhum trecho da favela está sobre o limite legal da represa, bem como verificar condições de implantação de infraestrutura para afirmar se a área é, tecnicamente, passível de regularização:

"**Sra. Coordenadora**

De acordo com os elementos visuais anexados ao documento (fl. 5 e fls. 18 e 19), a ação incide sobre a Favela denominada 'Sucupira', cadastrada no GeoSampa. O perímetro da favela, de acordo com as informações do site citado, realmente encontra-se em uma ZEIS 1 (fl. 21).

Quanto à possibilidade de regularização, informo que a área já estava implantada em 2007, conforme foto da EMPLASA 2007. Por encontrar-se em ZEIS 1 e possuir data de implantação compatível com o exigido pela Lei Específica da Billings, além da provável falta de infraestrutura no local (por ainda estar enquadrada como "favela" no sistema HabitaSampa), a área seria passível de enquadramento em ARA 1 e utilização do PRIS.

Ressaltamos, no entanto, a proximidade da Represa Billings - de acordo com o zoneamento estadual da Represa (fl. 22), a favela encontra-se exatamente no limite da represa. Para saber se a área é, tecnicamente, passível de regularização será necessário elaboração de laudo indicando a inexistência de risco pela proximidade da Represa, indicar se nenhum trecho da favela está sobre o limite legal da represa, bem como verificar condições de implantação de infraestrutura (a área não está indicada para nenhuma fase do

Programa Mananciais, de responsabilidade da CFT). Sem essas informações, não é possível afirmar que a área é passível de regularização.

Por fim, informo que os laudos citados não são elaborados por essa divisão, que não possui técnicos habilitados para assinar esse tipo de documento.

Com os dados acima, solicito encaminhamento para o Núcleo de Mediação de Conflitos Fundiários, conforme solicitado por SEHAB/AJ em fl. 16" (fls. 436 e fls. 445).

Às fls. 437 foi juntada manifestação do Departamento de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio, subscrita pelo Douto Procurador do Município de São Paulo Dr. André Zanetti Papaphilippakis, nos seguintes termos:

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por sua Procuradora infra-assinada, nos autos da ação em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, vem informar que a área objeto da ação, "Favela Sucupira", está parcialmente localizada em ZEI S-1, o que por si só não tem o condão de indicar que será objeto de regularização fundiária, urbanística e ambiental, tendo em vista os diferentes fatores envolvidos, que deverão ser objeto de aprofundados estudos futuros, ainda não desenvolvidos pela Secretaria de Habitação.

Em outras palavras, o mero fato de um a área estar inserida em ZEIS não gera de modo algum o direito de seus ocupantes à regularização fundiária, tese defendida na inicial pela Defensoria Pública.

Tal documento de fls. 437 foi aparelhado com informações de fls. 438/439 (INFORMAÇÃO Nº 389/SEHAB-G/18) firmada pela Assessora Técnica/SEHAB-AJ, Aliana Marques Nascimento, conforme trechos abaixo transcritos:

"**Trata o presente de Ação Rescisória referente aos Autos nº 0114619-93.2007.8.26.0002, em trâmite perante o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por onde se alega que a decisão que determinou a reintegração da posse na área situada na Avenida Belmira Marin, altura nº 3000, deve ser rescindida, visto que o atual Plano Diretor e a Lei 16.402/16 tornaram a área em questão Zona Especial de Interesse Social 1, fato este impeditivo da retirada da população de ocupar o imóvel do local, tendo em vista que a área deve ser regularizada fundiária, urbanística e ambientalmente.**

Assim, a respeito das informações trazidas por DEMAP.22 conforme fl. retro, encaminha-se o presente para ciência e manifestação ao que toca a alegação de enquadramento da área como Zona Especial de Interesse Social 1, segundo o atual Plano Diretor e a Lei 16.402/16, bem como se a área é passível de regularização.

Oportunamente, requer-se as informações sejam prestadas até o dia 06/03/2018, com envio do expediente ao Núcleo de Mediação de

Acesso ao Sumário

Conflitos Fundiários para ciência e manifestação que entenderem próprias e adequadas ao presente feito, com retorno do expediente até 15/03/2018, a esta AJ para envio da resposta `DEMAP, dentro do prazo" (fls. 438/439).

Juntamente com o documento de fls. 437, vieram imagens mapográficas de fls. 440/441 e de fls. 443/44, estas últimas encaminhadas pela Coordenadoria Municipal de Habitação (Coordenadoria de Regularização Fundiária), nos seguintes termos: "***Sr. Responsável, Encaminhamos o presente para resolução das questões apresentadas em fls. 16 por SEHAB/AJ quanto à ciência e manifestação do enquadramento da área em ZEIS-1 e a possibilidade de regularização***" (fls. 442).

Às fls. 447 foi juntada a denominada "***Folha de Informação nº 25***", elaborado pela Assessoria Técnica SEHAB-G do Núcleo de Mediação de Conflitos Fundiários, subscrito por Márcia Maria Fartos Terlizzi, contendo informações sobre adiantadas tratativas do setor junto à empresa ré, no sentido de regularização da área: "***para assegurar aos moradores atuais a posse de seus imóveis***":

"**Informo que esta assessoria técnica por intermédio do Núcleo de Mediação de Conflitos tem por atribuição atuar na mediação de conflitos fundiários desta natureza, na busca de uma solução conciliada. Para tal, já está realizando os devidos mapeamentos e levantamento de lideranças, entidades e órgãos públicos e privados que atuam na área. Foram contatas algumas lideranças e a prefeitura regional.**

Trata-se de área de alto grau de consolidação, dotada parcialmente de infraestrutura e composta por um grande número de famílias. Com base no parecer exarado pela Coordenadoria de Regularização Fundiária em conta retro, somos favoráveis ao aprofundamento dos levantamentos técnicos que definirão precisamente a possibilidade de regularização fundiária. Julgamos necessário também buscar junto à AMAE, proprietária da área, a composição de uma solução que busque a manutenção da posse, se confirmada a possibilidade de consolidação.

Já iniciamos contato com a diretoria de patrimônio da empresa e se for configurada a viabilidade técnica de consolidação da área, daremos continuidade às negociações para assegurar aos moradores atuais a posse de seus imóveis. No entanto, se constatada a manutenção da reintegração de posse, iniciaremos tratativas como os moradores para a composição de uma solução para o conflito" (fls. 447).

Por derradeiro, às fls. 450 foi juntada "INFORMAÇÃO Nº 662/SEHAB-G/18" subscrita por Eliana Gomes, Chefe de Gabinete da SEHAB-G,

Acesso ao Sumário

conforme abaixo transcrito:

"**Senhor Procurador,**

Ante a solicitação de fl. 15, encaminha-se o presente expediente com as informações prestadas pela Coordenadoria de Regularização Fundiária - CRF, constante às fls. 18/23, para manifestação nos autos da Ação Rescisória.

Cumpre notar que, a despeito da informação do Núcleo de Mediação de Conflitos Fundiários (fls. 25), a manifestação definitiva desta Pasta restringe-se à demonstração de que a área objeto da ação, 'Favela Sucupira' está localizada parcialmente em ZEIS-1, o que não tem, por outro lado, o condão de, por si só, significar a possibilidade de sua regularização fundiária, urbanística e ambiental, tendo em vista os diferentes fatores envolvidos, conforme manifestação de CFR (fl. 23), para o quais se necessitaria de laudo para a devida aferição.

Ademais, visando à manifestação unificada nos autos, envia-se, anexo, além da presente manifestação, o Ofício do Secretário Municipal de Habitação em resposta à intimação proveniente ao Tribunal" (fls. 450).

A autora, às fls. 469/471, em resposta, aduz que:

"**... não assiste razão à Prefeitura em sua manifestação no sentido de que o simples fato de a área ser de ZEIS não obriga a Prefeitura a promover a regularizar fundiária.**

De se esclarecer que todo o espirito que permeou a elaboração do Estatuto da Cidade pelo movimento da reforma urbana responsável inclusive pela inserção dos artigos 182 e 183 na Constituição Federal foi bem claro à época acerca da obrigatoriedade de regularização fundiária em área de ZEIS. A respeito, confira-se tese de doutorado do Professor da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da USP Caio Santo Amore (endereço eletrônico constante no texto original)

A doutrina jurídica também é categórica nesse sentido. A respeito, o Professor Doutor da Pós Graduação da PUC/SP Nelson Saule Junior na sua obra 'a Proteção Jurídica da moradia nos assentamentos irregulares' (Porto Alegre: Fabris, 2004) assegura o direito subjetivo por parte dos moradores inseridos em área de ZEIS na obtenção da regularização fundiária da favela:

'*Por meio da aplicação das zonas especiais de interesse social, pelo Poder Público Municipal, as áreas ocupadas pelas favelas, loteamentos, conjuntos habitacionais populares irregulares e cortiços ficam reconhecidas de interesse social' (pg. 364)*'.

E mais adiante:

'*As zonas especiais de interesse social servem para regularizar as ocupações do ponto de vista urbanístico.... (pg. 366)*'

Acesso ao Sumário

Da mesma forma, conforme argumentado na inicial, o Plano Diretor é literal nesse sentido. Além disso, esse Tribunal de Justiça (Apelação nº 0112487-70.2008.8.26.0053, Rel. Des. Dr. Marcelo Berthe, j. 15/10/2015 reconheceu 'incidenter tantum' a obrigatoriedade de regularização fundiária, em se tratando de área de ZEIS).

A fim de corroborar tal entendimento, a novel Lei Federal nº 13.465/2017 é clara (artigos 13, I e 18, §1º) no sentido da obrigatoriedade de o Poder Público promover a regularização fundiária urbana de interesse social e urbanística de núcleo urbano informal ocupado por população de baixa renda" (fls. 469/470).

Pela leitura detida dos documentos juntados aos autos, acima mencionados, resta incontroverso o fato de que, ao menos parte efetivamente expressiva da área indicada pela Defensoria foi, efetivamente, enquadrada como ZEIS 1 e, ainda, já estava consolidada em comunidade denominada "Favela Sucupira" desde o ano de 2007, tendo notícias nos autos do início da ocupação desde os idos de 1974 (cf. doc. 53 que acompanhou a inicial desta ação rescisória).

Conclui-se que, a Lei do Zoneamento, no caso das ZEIS, reconheceu fato urbano já existente ou consolidado, sem, contudo, constituir restrição nova, ou seja, a área não é ZEIS 1 em decorrência de direcionamento provocado pela lei, com efeitos constitutivos de uma situação urbanística e novas restrições dominiais, mas sim porque tal lei reconheceu que as comunidades já existiam de maneira consolidada no momento de sua edição.

Forçoso concluir que, a restrição do domínio era prévia, já existia antes do novo regime jurídico. A lei municipal apenas reconheceu a comunidade já consolidada, e o interesse na sua regularização, daí tê-la classificada como ZEIS 1.

Importante colacionar o seguinte precedente jurisprudencial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça cujo Relator foi o Eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, acompanhando, por unanimidade, o voto do Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Fernando Gonçalves, em julgamento realizado em 21.6.2005, reconheceram que o direito de propriedade não é absoluto em relação à imóvel que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, ante a constatação de uma nova realidade social e urbanística:

Acesso ao Sumário

"**CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.**

I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono

de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva.

II. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' - Súmula n. 7-STJ.

III. Recurso especial não conhecido."

Com todas às vênias ao entendimento do Ilustre Procurador de Justiça, no r. parecer de fls. 404/408 da Nobre Procuradoria Geral de Justiça, que a presente demanda não se enquadra nas hipóteses taxativas que permitem o ajuizamento da ação rescisória, não se discute, in casu, a presença dos requisitos do inciso VII, do artigo 966, do Novo Código de Processo Civil, da forma como constou no pedido inicial.

Consigne-se que, a ação rescisória constitui exceção em nosso sistema jurídico, somente cabível se configurada uma das hipóteses previstas em lei, especificamente nos incisos I a VIII do artigo 966 no Novo Código de Processo Civil.

A presente ação foi ajuizada, tendo como sustentação a alegação de preenchimento do inciso VII do aludido artigo 966 no Novo Código de Processo Civil, que assim dispõe:

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

(...)

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;"

Para tanto, sustenta a parte autora que, o imóvel objeto da ação possessória foi demarcado como sendo de ZEIS 1, estava abandonado e sem cumprir sua função social há muito tempo, inclusive a suposta função pública (fornecimento de energia), porquanto só são demarcadas áreas como sendo de ZEIS 1 para ocupações já consolidadas há mais de trinta anos e que passaram por avaliações dos setores técnicos da Prefeitura (ambiental, urbanístico e fundiário), ou seja, a área passa a ser passível de regularização após análise minuciosa e se passou por esse crivo é porque a área é dotada de equipamentos públicos e integrada à cidade. Esclarece às fls. 400 que: "***... a delimitação da área objeto da ação como ZEIS 1 deu-se em 2014 com a promulgação do Plano Diretor e não em 2016***" (fls. 400).

Acesso ao Sumário

Pela leitura detida dos autos, depreende-se que, o v. Acórdão ao qual se pretende rescindir foi julgado 2011, e o trânsito em julgado deu-se, no Egrégio

Superior Tribunal de Justiça em 24.9.2015 e no Colendo Supremo Tribunal Federal em **1º.3.2016**.

Na verdade, Lei nº 16.402/16, que entrou em vigor em **22.3.2016**, regulamentou a Lei Municipal 16.050/2014 e ambas reconheceram fato urbano já existente ou consolidado, sem, contudo, constituir restrição nova, ou seja, a área não é ZEIS-1 em decorrência de direcionamento provocado pela lei, com efeitos constitutivos de uma situação urbanística e novas restrições dominiais, mas sim porque tais leis reconheceram que as comunidades já existiam de maneira consolidada no momento de sua edição - Ou seja, a restrição do domínio era prévia, já existia antes do novo regime jurídico - A lei municipal apenas reconheceu a comunidade já consolidada, e o interesse na sua regularização, daí tê-la classificada como ZEIS.

Conforme informou a parte autora em sua petição inicial: "***..., a prova nova já existia antes do trânsito em julgado***" (cf. fls. 02 da exordial.)

Constou na inicial que: "***No município de São Paulo, aprovaram-se, em 2014 e 2016, duas leis complementares no presente ano que alteraram substancialmente a dinâmica da cidade e repercutem diretamente no deslinde do presente feito, agora em fase de cumprimento de sentença. A primeira delas é o Plano Diretor do Munícipio (Lei nº 16.050/2014); A segunda delas é a lei de zoneamento aprovada 2016 (Lei nº 16.402/16)***" (fls. 04 - o destaque não consta no original).

Com a devida vênia, já prevalecia entendimento pacificado desde a vigência do Código de Processo Civil de 1973, fazendo referência ao artigo 485 daquele diploma legal, norma correspondente ao atual artigo 966 do Novo Código de Processo Civil, de que "***prova nova***" ou "***documento novo***" é aquele já existente ao tempo da prolação do julgado rescindendo cuja existência o autor da rescisória ignorava ou do qual não pôde fazer uso por motivo estranho à sua vontade.

Na doutrina de José Janguiê Bezerra Diniz, "in" Ação Rescisória dos Julgados, Ed. Atlas, São Paulo, 2017, no capítulo que trata da Admissibilidade da Ação Rescisória quando "obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável", ensina nas páginas 117/118 que:

> "**..., documento novo não significa que somente teve existência após o julgamento da lide. Ao contrário, a sua existência é anterior a ação, mas por algum motivo alheiro à vontade da parte somente veio a ter conhecimento posteriormente. Vale dizer, se tinha conhecimento da sua existência e dele não utilizou não poderá fazê-lo. Se tinha conhecimento e negligenciou na sua apresentação também não poderá fazê-lo agora"**

Acesso ao Sumário

Há de tratar-se de prova documental suficiente a admitir-se a hipótese de que tivesse sido produzida a tempo, para levar o órgão julgador a convicção diversa daquela a que chegou.

(...)

Importa destacar que a mencionada hipótese de admissibilidade da ação rescisória, tratada neste item, estava prevista no art. 485, inciso VII, do CPC, que dispunha: '*Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) VII depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável*'.

No novo Código de Processo Civil, o art. 966, VII, manteve o sentido do legislador, alterando- se o alcance da antiga redação de que dispunha o antigo CPC, dispondo: '*VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável*'.

O novo CPC vem então alterar o denominado '*documento novo*' para '*prova nova*', de modo a ampliar seu cabimento, permitindo o ajuizamento da ação rescisória, ainda que a prova não seja documental. Logo, a prova nova será obtida pelo autor posteriormente ao trânsito em julgado da decisão"

É exatamente o caso aqui tratado, eis que, não se discute nos autos a impossibilidade de se fazer uso de prova de que a restrição do domínio era prévia, antes da edição das aludidas leis, eis que, repita-se, apenas reconheceram que a comunidade já estava ali consolidada, bem como o interesse na sua regularização, daí tê-la classificada como ZEIS-1. Tal prova, apresenta-se, por outro lado, apta a assegurar pronunciamento favorável na ação rescisória.

Vale a oportunidade para colacionar a orientação jurisprudencial acerca do tema do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"**O documento novo apto a dar ensejo à rescisão, segundo doutrina e jurisprudência dominante, é aquele: a) existente à época da decisão rescindenda; b) ignorado pela parte ou que dele ela não poderia fazer uso; c) por si só apto a assegurar pronunciamento favorável; d) guarde relação com fato alegado no curso da demanda em que se originou a coisa julgada que se quer desconstituir**" (STJ-3ªT., REsp 1.293.837, Min. Paulo Sanseverino, j. 02.04.13 o destaque não consta no original).

"**O adjetivo 'novo' expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. Ao contrário: em princípio, para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento já existisse ao tempo do processo em que se proferiu a sentença**" (STJ-3ªT.,

Acesso ao Sumário

REsp 255.077, Min. Menezes Direito, j. 16.03.04 - o grifo não consta no original).

Assim, considerando a aprovação do Plano Diretor, em 2014, e, tendo a Lei nº 16.402/16, que entrou em vigor em 22.3.2016, apenas regulamentado a Lei Municipal anterior, reconhecendo o fato de que a comunidade já estava consolidada na área em litígio, classificando-a como ZEIS - Zona Especial de Interesse Social, caracterizada está a "prova nova", tendo sido atendidos os requisitos do artigo 966 do Novo Código de Processo Civil, para a propositura de ação rescisória.

Em continuação, a Lei Municipal nº 16.050/2014, no inciso I, do **artigo 45** traz, de forma clara o significado de "ZEIS-1" e, em sua "***Subseção III***", que trata "***Da Disciplina de Uso e Ocupação do Solo em ZEIS***" enfatiza, em seu **artigo 55** "caput" obrigações públicas correlatas à preservação das comunidades consolidadas e as limitações daí decorrentes, conforme abaixo transcrito:

"Art. 45.

(...)

I - ZEIS 1 são áreas caracterizadas pela presença de favelas, loteamentos irregulares e empreendimentos habitacionais de interesse social, e assentamentos habitacionais populares, habitados predominantemente por população de baixa renda, onde haja interesse público em manter a população moradora e promover a regularização fundiária e urbanística, recuperação ambiental e produção de Habitação de Interesse Social;

(...)"

"Art. 55. Em ZEIS, o licenciamento de edificação nova ou de reforma com mudança de uso deverá atender à destinação de percentuais mínimos de área construída total para HIS 1 e HIS 2, conforme Quadro 4, anexo à presente lei"

Para o caso, mister a transcrição da doutrina de Nelson Nery Jr e Rosa Maria Andrade Nery, "in" Código de Processo Civil Comentado, 16ª edição, Editora Thomson Reuter Revistas dos Tribunais, 2016, às páginas 1262/1263, em comentários ao artigo 493 do Novo Código de Processo Civil, onde deixam às claras, inclusive, a possibilidade da consideração, de ofício, de fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito que influa no julgamento do mérito após a propositura da ação, lecionando que:

Acesso ao Sumário

"Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

1. Correspondência legislativa (parcial). CPC/1973 462.

2. Direito e fato superveniente. O 'ius superveniens' e o 'factum

supervenies' podem constituir no advento de fato ou direito que possa influir no julgamento da lide. Deve ser levado em consideração pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte ou interessado, independentemente de que possa ser com ele beneficiado no processo. Não se pode, a pretexto de pretender a incidência do 'ius superveniens', a alterar a causa de pedir ou o pedido *(Nery. Direito superveniente - Não cabimento da alteração da causa de pedir [RP 25/214]).* ***O dispositivo tem sido aplicado não só no primeiro grau de jurisdição, mas também em segundo grau e nas instancias extraordinárias.*** *V. coments. CPC933*"

Na mesma linha, o Professor Eduardo Sabbag, em sua obra "Manual de Direito Tributário", 8ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2016, no Capítulo onde trata da existência de leis mais benéficas produtoras de efeitos jurídicos sobre atos pretéritos e aplicação retroativa, de ofício, especificamente na página 221, ensina que:

"**d) Aplicação retroativa de ofício, quanto à lei mais benéfica:** em voto prolatado no REsp 488.326/RS (1ª Turma), pelo Ministro Relator Teori Albino Zavaschi, com julgamento em 03-02-2005, ficou assente que o advento da lei mais benéfica é fato novo, superveniente ao ajuizamento da ação, que incumbe ao juiz tomar em conta mesmo de ofício, nos termos do art. 462 do CPC (atual art. 493 do NCPC). Verifique o trecho do voto:

'*... Isso porque (a) o advento da lei mais benéfica é fato novo, superveniente ao ajuizamento da ação, que incumbe ao juiz tomar em conta mesmo de oficio, nos termos do art. 462 do CPC (atual art. 493 do NCPC)*' - '***se depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz toma-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença***';"

Não se discute que, o artigo 182 da Constituição Federal inserido no capítulo da Política Urbana eleva o Plano Diretor das cidades à categoria fundamental de instrumento básico da política urbana. O Plano Diretor funciona como uma espécie de carta magna da cidade, em se tratando de ordenação das funções sociais da cidade e da propriedade, conforme preceitua o artigo 182 da Constituição Federal, corroborado pelo Estatuto da Cidade e pelo artigo 40, §4º da Lei Orgânica do Município de São Paulo, que prevê quórum diferenciado para sua aprovação.

Como amplamente discutido nestes autos, a área objeto da ação, localizada na Avenida Belmira Marin, altura do nº 3.000, São Paulo - Capital já estava consolidada em comunidade denominada "Favela Sucupira" desde o ano de 2007, tendo notícias nos autos do início da ocupação desde o idos de 1974 (cf. doc. 53 que acompanhou a inicial desta ação rescisória).

A classificação e reconhecimento de tal área como ZEIS-1 somente

Acesso ao Sumário

ocorreu após a aprovação, pelo Município de São Paulo, em 2014 e 2016, que alteraram substancialmente a dinâmica da cidade e repercutem diretamente no deslinde do presente feito.

A primeira delas é o Plano Diretor do Munícipio (Lei nº 16.050/2014) e a segunda é a Lei de Zoneamento Aprovada em 2016 (Lei nº 16.402/16), que entrou em vigor em **22.3.2016**, lembrando que, o trânsito em julgado da ação rescisória havia ocorrido em **1º.3.2016**.

Destarte, o fato de a área ser reconhecida como ZEIS constitui fato impeditivo apto a paralisar a pretensão da Autora da ação de reintegração de posse, ora ré na presente ação rescisória, na medida em que, em relação ao uso do solo, o autor da ação possessória está limitado a fazê-lo para regularização da área ocupada.

Por outro lado, eventual cumprimento da r. sentença de procedência da ação possessória, com desocupação de área de ZEIS-1 pelas famílias ali residentes, boa parte delas desde os idos de 1974, violaria não só o Plano Diretor e Estatuto da Cidade, mas a própria Constituição Federal, visto ser o Plano Diretor, por força do artigo 182, diploma eleito para regulamentar a função social de propriedade urbana.

Não obstante o resultado de procedência da r. sentença proferida na ação possessória, bem como o v. Acórdão rescindendo terem sido fundamentados no fato de ser a Ré uma concessionária de serviço público, e, assim, todos os seus bens que estiverem em função do serviço cedido - como no caso do imóvel objeto da ação - são considerados bens públicos, portanto, não são passíveis de usucapião nem geram direito à indenização por benfeitorias, com todas as vênias, conforme entendimento jurisprudencial, a propriedade pública pode ser objeto de uso especial para fins de moradia destinada a população de baixa renda:

EMENTA:

"Apelação cível - Ação civil pública - Direito social à moradia - Área objeto de desapropriação para implementação de projeto de urbanização de favela - Pleito de reconhecimento do direito subjetivo à concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM), para o fim de compelir a Administração Municipal a promover a regularização fundiária da comunidade em detrimento do projeto urbanístico - Impossibilidade - Constitucionalidade da limitação temporal prevista pela Medida Provisória n.º 2.220/2001 - Norma reconhecida como constitucional pelo C. Órgão Especial, ainda que sob outro enfoque, nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0041454-43.2012.8.26.0000 - Ocupação que supostamente data do ano de 2003, após o marco temporal previsto na r. Medida Provisória - Cerceamento de defesa não configurado - Desnecessidade de perícia para aferição dos requisitos exigidos para a concessão de

Acesso ao Sumário

uso especial - Direito à concessão de uso especial para fins de moradia que, ainda que caracterizado, não permitiria intromissão do Judiciário para determinar a regularização fundiária em substituição ao projeto de urbanização, nos termos do artigo 5.º, inciso II, da mencionada Medida Provisória - Cadastramento socioeconômico de todos os ocupantes para futuro reassentamento ou atendimento em programas habitacionais, sem prejuízo de preferências legais ou da ordem cronológica estabelecida - Possibilidade - Recursos voluntários e oficial desprovidos.

(...)

Como é sabido, os artigos 182 e 183 da Constituição Federal foram regulamentados pela Lei 10.257/2001, que instituiu o Estatuto da Cidade. Todavia, os artigos 15 a 20, que disciplinavam a concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM), foram vetados pelo Excelentíssimo Presidente da Republica, que editou a Medida Provisória n.º 2.220/2001, dando novo tratamento ao instituto previsto no § 1º do artigo 183 da Constituição Federal:

Art. 1.º - Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1.º - A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2.º - O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.

§ 3.º - Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 2.º - Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1.º - O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2.º - Na concessão de uso especial de que trata este artigo, será atribuída

Acesso ao Sumário

igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os ocupantes, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 3.º - A fração ideal atribuída a cada possuidor não poderá ser superior a duzentos e cinquenta metros quadrados.

Tem-se, portanto, que o espírito do instrumento é o reconhecimento do direito à moradia da população de baixa renda que mora em **assentamentos consolidados, como favelas em áreas públicas**. O fio condutor do instituto é a garantia do cumprimento da função social de **imóveis públicos** em área urbana. Embora a propriedade pública não seja passível de usucapião, pode ser objeto de concessão de uso especial para fins de moradia.

Seus requisitos guardam relação de quase paralelismo com os da usucapião especial urbana, exigindo-se para sua concessão que o interessado possua como sua área urbana de até 250m2; tenha a posse pelo período mínimo de cinco anos, ininterruptamente e sem oposição; utilize a área para sua moradia ou de sua família; não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

O instituto, todavia, apresenta grande diferença quando comparado a outros instrumentos de consecução da política urbana e de promoção do acesso ao direito à moradia: a concessão de uso especial não é ato discricionário da administração. Na verdade, reconhecida a presença de seus requisitos, a administração é obrigada a atuar no sentido de conceder o uso.

A Concessão de uso especial para fins de moradia gera um direito subjetivo, de modo que o respectivo ato que a realiza é vinculado. Não há outra interpretação possível, pois o artigo 6º da referida Medida Provisória é expresso quanto à possibilidade de reconhecimento judicial do direito à concessão especial, senão vejamos:

Art. 6.º - O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial.

§ 1.º - A Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo.

§ 2.º - Na hipótese de bem imóvel da União ou dos Estados, o interessado deverá instruir o requerimento de concessão de uso especial para fins de moradia com certidão expedida pelo Poder Público municipal, que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para moradia do ocupante ou de sua família.

§ 3.º - Em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença.

§ 4.º - O título conferido por via administrativa ou por sentença judicial

Acesso ao Sumário

servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis" (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1011282-68.2014.8.26.0053; Relator (a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/03/2016; Data de Registro: 30/03/2016)

Mais ainda, irrelevante ao deslinde da presente ação rescisória, eventuais discussões sobre desinteresse da municipalidade em dar continuidade à regularização da ocupação da área definida como "Zeis-1", eis que, conforme já amplamente discutido, tal ocupação, na verdade já está sedimentada desde os idos de 1974, conhecida como "Favela Sucupira" e Plano Diretor do Munícipio (Lei nº 16.050/2014) e a Lei de Zoneamento Aprovada em 2016 (Lei nº 16.402/16), apenas reconheceu tal situação e atribuiu maior estabilidade às famílias já assentadas, tornando, a situação irreversível, impedindo, em princípio, que o réu dê continuidade à execução da sentença proferida na ação possessória.

Tal situação foi bem retratada em caso análogo julgado pelo Colendo Tribunal de Justiça do Pernambuco, em ação de desapropriação indireta em área de Zona de Interesse Social denominada "Mangueira da Torre":

"**AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO EXPROPRIATÓRIO FUNDADO EM INTERESSE SOCIAL. PROVIMENTO DO APELO. UNÂNIME.**

(...)

Decreto de desapropriação fundado em interesse social. Desnecessidade de imitir na posse a população a ser atendida, face a área já estar ocupada há vários anos. Objetivo do decreto é pacificar os conflitos sociais na área. Impositivo o pagamento de indenização aos proprietários dos imóveis situados na área desapropriada. Procedência do pedido. Apelo provido. Decisão unânime.

(...)

Note-se que o Município apelado não adotou nenhuma providencia posterior à edição do decreto, pelo simples fato de não haver necessidade, pois que a população a ser favorecida já se encontrava na posse (apesar de irregular) dos imóveis"

(...)

Como se pode observar, a manutenção das famílias na área descrita no Decreto Expropriatório, por si só, cumpriu os objetivos do município, tornando a situação irreversível e impedindo os Apelantes de defenderem sua propriedade, pois implícito estava, a partir da edição do decreto, a supremacia de um interesse público protegido pelo município" (TJ-PE Apelação 69918-1, Rel. Luiz Carlos Figueirêdo, 1ª Câmara de Direito Público, julgado em 09/04/2003, DJe 05/06/2003).

Acesso ao Sumário

Destarte, a questão do interesse ou não do Município em dar continuidade aos atos a regularizar o assentamento das famílias que ocupam há muito tempo a área em litígio, com todas as vênias, extrapola aos limites do objeto da ação possessória, bem como da presente ação rescisória, devendo a ré valer-se dos meios próprios para perseguir seus direitos.

Não prospera o pedido subsidiário, deduzido em contestação, eis que, se a área é particular, este domínio já se extinguiu pela usucapião, caso a posse tenha sido exercida sem oposição desde 1974. Por tais razões, com o devido respeito, mostra-se inviável eventual direito a algum ressarcimento a ser postulado pela Ré.

Assim, por ser de rigor, nos termos do artigo 966, inciso VII, do Código de Processo Civil, julga-se procedente a presente ação rescisória para rescindir o v. Acórdão anterior e julgar improcedente a ação possessória (processo 0114619-93.2007.8.26.0002), bem como condenar a ré ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios ora fixados em R$30.000,00 (trinta mil reais), nos termos §8º do artigo 85 do Código de Processo Civil, observando o disposto nos incisos do §2º do mesmo dispositivo legal.

Ante o exposto, julga-se procedente a presente ação rescisória.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2230525-20.2018.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante G.R.A., é agravado S.A.A.

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 33.957)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUI CASCALDI (Presidente sem voto), CHRISTINE SANTINI e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 19 de dezembro de 2018.

FRANCISCO LOUREIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. Decisão que fixou critérios de cobrança de prestação alimentar inadimplida. Pode o credor de alimentos executar as prestações vencidas de maio a outubro de 2017, com base na última remuneração auferida pelo alimentante. Situação de desemprego que não desnatura a obrigação alimentar, tampouco tem o efeito automático de exigir novo acertamento entre as partes do valor dos alimentos. Verbas rescisórias têm o escopo de projetar no tempo os ganhos do trabalhador assalariado e permitir que ele honre suas obrigações (inclusive a alimentar) durante o período de desocupação. Correta a parte da decisão que nega a incidência dos alimentos sobre os rendimentos de fundo de previdência privada. Toda e qualquer poupança de longo prazo tem exatamente o mesmo propósito, de garantir o investidor contra incertezas futuras, em especial a provável queda de renda depois de certa idade. Título executivo que nada diz a respeito da incidência dos alimentos sobre os proventos de previdência privada, mas sim sobre rendimento com origem em salário ou atividade profissional. Recurso provido em parte.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, tirado de decisão (fls. 97/99 dos autos digitais de primeira instância) que fixou critérios a serem observados pelas partes da execução de alimentos promovida pelo agravante G.R.A. em face de seu genitor S.A.A., ora agravado.

Fê-lo o *decisum*, na parte que interessa ao presente recurso, nos seguintes termos:

> "Vistos.
>
> Trata-se de execução de alimentos, os quais foram fixados 'em 18% dos rendimentos líquidos do polo passivo, considerados estes como sendo o bruto, menos os descontos legais/oficiais obrigatórios, com incidência sobre 13º salário e férias' (fls. 9).
>
> No caso, para fins de apuração da prestação mensal devida, deve ser considerado o valor efetivamente recebido pelo alimentante.
>
> [...]
>
> II - Nos meses de maio a outubro/2017 o executado não recebeu rendimentos da (ex-) empregadora, o que torna equivocado o cálculo

Acesso ao Sumário

realizado pelo exequente com base no último salário completo recebido pelo executado antes da rescisão do contrato de trabalho. Não há previsão no título judicial que possibilite a interpretação pretendida.

No caso, para o período compreendido entre o desligamento da empregadora a implementação dos descontos pela Autarquia Previdenciária, a base de cálculo dos alimentos deve ser o valor da aposentadoria, por melhor representar quais foram os rendimentos recebidos pelo executado no período. Nos referidos meses não houve recebimento de salário da ex-empregadora que pudesse justificar a planilha apresentada.

[...]

IV - Por fim, não prospera a pretensão de recebimento do valor resgatado pelo executado a título de previdência privada.

Enquanto era empregado da Volkswagen, o executado realizou contribuições a título de previdência privada. Ao se desligar da empregadora, as prestações até então pagas foram resgatadas pelo funcionário.

Este resgate não se trata de uma remuneração adicional, mas apenas a restituição daquilo que havia sido pago, logo, não pode ser considerado salário, devendo ser excluído da pretensão executória aqui deduzida.

Salienta-se que da base de cálculo dos alimentos há dedução de contribuição previdenciária oficial, mas não da complementar, de modo que a incidência da prestação alimentícia sobre este resgate seria motivo de enriquecimento sem causa do exequente, uma vez que as prestações alimentícias já vinham sendo pagas sem prévia dedução das contribuições à previdência complementar.

Além disso, é presumível que grande parte do valor resgatado pelo empregado (admitido na empregadora em jan/1986 - fls. 34) é fruto de contribuições realizadas antes do ajuizamento da ação de alimentos (em 2014), época em que o exequente ainda estava sob a guarda do executado (antes do divórcio dos genitores do exequente), circunstância que também demonstra que a incidência dos alimentos sobre tal resgate é indevida.

[...]"

Aduz o exequente, em apertada síntese, que seu pai foi condenado a pagar-lhe 18% (dezoito por cento) de seus rendimentos líquidos a título de alimentos.

Afirma que o executado saiu do antigo emprego e requereu aposentadoria em abril de 2.017. Com isso, o pagamento do crédito alimentar foi feito a menor nos meses de maio a outubro de 2.017, à razão de R$ 500 reais por mês; somente em novembro de 2.017 foi normalizado o pagamento. Desse modo, sustenta que a última remuneração deve ser projetada para os meses de maio a outubro de 2.017.

Acesso ao Sumário

Defende que os alimentos devem incidir sobre a previdência privada, que tem natureza salarial.

Em razão do exposto, e pelo que mais argumenta às fls. 01/10, pede, ao final, o provimento do recurso.

O pedido de liminar foi parcialmente concedido (p. 12/24).

Houve decurso de prazo sem resposta (p. 27).

As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

1. O recurso comporta parcial provimento.

Conforme ficou estabelecido em sede de análise liminar, cujo entendimento ratifico integralmente, nota-se que a execução de alimentos ajuizada pelo filho do executado - distribuída aos 06 de abril de 2018 - foi intentada pelo rito da execução por quantia certa, sem possibilidade de se decretar a prisão civil do devedor.

Lembre-se que se consideram presentes apenas os alimentos vencidos nos três meses anteriores ao ajuizamento da ação, assim como os vencidos posteriormente, no curso da execução.

Dispõe o enunciado da Súmula nº 309, do C. Superior Tribunal de Justiça, que "*o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo*" (**Enunciado alterado, cf. publicação no DJ 19.04.2006, p. 153 e RSTJ vol. 190 p. 646**). Aludida súmula foi positivada no art. 528, § 7º, do NCPC.

2. A decisão recorrida determinou o decote dos cálculos apresentados pelo exequente relativos aos meses de maio a outubro de 2017, para afastar a cobrança de alimentos com base no último salário percebido pelo devedor de alimentos; assim procedeu o Magistrado de Primeira Instância, forte no argumento de que o título judicial não possibilita essa medida.

Na mesma oportunidade, foi afastada a pretensão do credor de calcular o valor dos alimentos sobre os rendimentos auferidos pelo devedor a título de previdência privada.

Foi justamente essa a decisão que desafiou a interposição deste Agravo.

Duas são as questões colocadas em debate neste recurso.

A primeira delas versa sobre a possibilidade de o credor de alimentos executar prestações vencidas nos meses de maio a outubro de 2.017 com base na última remuneração auferida pelo alimentante.

A segunda diz respeito ao cálculo incluir os rendimentos auferidos pelo executado a título de previdência privada.

3. Assiste razão ao credor de alimentos apenas no que tange à pretensão

Acesso ao Sumário

de executar as prestações de maio a outubro de 2017 com base na última remuneração auferida pelo alimentante.

Segundo consta, o executado saiu do antigo emprego e requereu aposentadoria em abril de 2017. Com isso, o encargo alimentar foi feito a menor nos meses de maio a outubro de 2017, à razão de R$ 500 reais por mês; somente em novembro de 2017 foi normalizado o pagamento dos alimentos.

Sustenta o credor nas razões recursais que o percentual de 18% (dezoito por cento) sobre a última remuneração deve ser projetado para os meses de maio a outubro de 2017. Isso porque "*o desemprego do Alimentante não reduz de forma automática o valor da pensão*" (fl. 04).

Cumpre observar que, se o título executivo não previu a incidência de alimentos para a hipótese de eventual desemprego do alimentante, tal fato não o desnatura, tampouco tem o efeito automático de exigir novo acertamento entre as partes do valor dos alimentos.

Dizendo de modo diverso, se o título não fixa alimentos em caso de desemprego do alimentante, tal fato não degrada obrigação líquida em ilíquida, pois a superveniência do desemprego não torna ilíquida a obrigação.

Lembro que o pagamento de determinada quantia em dinheiro é a base da obrigação alimentar. Logo, persiste, em tese, o valor relativo ao último mês em que houve o desconto.

O entendimento de nossos tribunais é no sentido de que o último pagamento efetuado se consolida e passa a ser o novo patamar da prestação alimentar.

O único efeito automático do desemprego é que não mais haverá variação de acordo com o reajuste salarial, ou verbas diversas que eventualmente conduzissem à majoração ou mesmo diminuição do salário base, sobre o qual incide o percentual de desconto.

Sobre o assunto, há farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "*esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a rescisão do contrato de trabalho do devedor de alimentos não retira a liquidez do título executivo judicial que fixa a pensão alimentícia em percentual incidente sobre a remuneração mensal do executado. Ocorrendo alteração na situação econômica do alimentante, tal fato será motivo de defesa ou de ação revisional, mas não de extinção da ação de execução. O cálculo do valor devido deve se basear na última remuneração efetivamente percebida*" (**REsp 726752-SP, 4ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 14/06/2005, DJ 01/07/2005 p. 559**).

Acesso ao Sumário

O julgado líder dessa corrente, da letra do Min. **Ruy Rosado de Aguiar Jr.**, tem a seguinte ementa:

"*ALIMENTOS. Petição inicial. Inépcia. Desemprego. Calculada a pensão dos filhos, acordada quando da separação dos pais, em quantitativo sobre*

a remuneração do alimentante, a rescisão do contrato de trabalho do devedor não retira a liquidez do título. A mudança na situação econômica, se houve, será motivo de defesa a ser apresentada pelo devedor, ou de ação de revisão, mas não de extinção do processo. Art. 733 do CPC. A dívida deve ser calculada segundo a última remuneração efetivamente recebida. Recurso conhecido e provido" **(STJ, REsp 330011-DF, 4ª Turma, j. 27/11/2001, DJ 25/02/2002, p. 387)**.

No caso concreto, a situação de desemprego perdurou por apenas seis meses, posto que em novembro de 2017 o credor passou a receber os valores provenientes da aposentadoria auferida pelo genitor, "*normalizando-se o pensionamento a partir de então*" (fl. 03).

As verbas rescisórias têm o escopo de projetar no tempo os ganhos do trabalhador assalariado e permitir que ele honre suas obrigações - inclusive a alimentar - durante o período de desocupação.

Dizendo de outro modo, as verbas rescisórias têm justamente a finalidade de projetar no tempo ganhos pretéritos da relação de trabalho, permitindo ao empregado dispensado honrar seus compromissos, em especial a prestação alimentar.

Diante de tal cenário, os alimentos dos meses de maio a outubro de 2017 devem ser executados com base na última remuneração percebida pelo alimentante.

4. Por outro lado, correta a decisão ao negar que os alimentos incidam sobre os rendimentos de fundo de previdência privada.

Não pretende o exequente a penhora do crédito em conta de previdência privada do alimentante. Na verdade, o que deseja o alimentado é que o percentual de 18% (dezoito por cento) dos alimentos incida sobre os proventos de previdência privada do pai.

Já assentou este Tribunal de Justiça de São Paulo que a "*previdência privada nada mais é que acúmulo de capital, acúmulo de dinheiro que passa a ser administrado por pessoa jurídica especialmente criada ou contratada para esse fim, mediante remuneração e promessa de boa rentabilidade do capital amealhado*". (**Agravo de Instrumento n° 435.220-4/6-00, rel. Des. Jose Roberto Lino Machado; no mesmo sentido, Agravo de Instrumento n° 302.675.4/6-00, rel. Des. Munhoz Soares, j. 26/08/2004**).

Reza o art. 202 da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional n° 20/1998: "*O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar*".

Disso decorre que os fundos de previdência privada, embora regidos

Acesso ao Sumário

por normas próprias e com inúmeros benefícios fiscais, constituem produto financeiro de longo prazo.

Evidente a preocupação geral com o porvir e a garantia de rendimentos razoáveis para complementação da pensão previdenciária oficial. São inúmeras as estratégias de acumulação de patrimônio com tal escopo. Alguns investem no ramo imobiliário, visando à percepção de alugueres. Outros montam carteiras de ações para perceber dividendos. Existem aqueles que optam por investimentos em renda fixa ou variável, inclusive sob a forma de fundos de investimentos para diluição de riscos. Há, ainda, quem prefira montar o próprio negócio e administrá-lo diretamente, ou por pessoa de confiança. Finalmente, existe a escolha dos fundos de previdência privada, que gerarão renda proporcional ao capital investido depois de alguns anos.

Forçoso concluir que o desconto direto pretendido pela recorrente é inviável.

Isso porque o título executivo nada diz a respeito da incidência dos alimentos sobre os proventos de previdência privada, mas sim de contrato de trabalho.

Nada impede que o alimentado postule em ação própria - revisional - a incidência dos alimentos sobre a verba auferida pelo alimentante a título de previdência privada.

O que não se admite é a incidência do percentual de 18% (dezoito por cento), por arrastamento, sobre os proventos de previdência privada, posto que o título executivo judicial não contempla a previdência privada na base de incidência dos alimentos *in pecunia*.

Sobre o assunto, há precedente desta 1ª Câmara de Direito Privado:

"*O que incumbe decidir, em essência, é a base de cálculo/percentual/valor a aplicar para o cômputo dos alimentos devidos à recorrente* [...].

De princípio, ressalto que a ação de origem é de natureza revisional - sabido que estabelece a Lei 5.478/68 - art. 15, que a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados -, de forma que, em tese, o juízo de origem não estaria adstrito aos termos do acordo de fls. 18/20, se este fosse o acordo em revisão nos autos, oriundo de ação outra ou anterior manifestação de vontades extra-autos.

Mas não é o caso.

O acordo cujo alcance agora discutem as partes (fls. 18/20 do agravo 2123730-92.2015), foi justamente o acordo homologado nos autos da ação de origem, ou seja, já é a prestação jurisdicional vinculada à pretensão revisional que se discutiu na ação.

N'outro dizer, o título judicial já está constituído nos autos da revisional, e embora possam ser estabelecidos outros termos para o dever alimentar,

Acesso ao Sumário

tal depende do ajuizamento de outra ação revisional, com ampla instrução, para que se verifique a mudança ou permanência da situação das partes.

O que é possível, no âmbito do feito de origem, é a execução do título judicial ali constituído, e nos exatos limites e termos em que lançado, não se admitindo interpretação extensiva, analogia, ou outra variedade exegética que autorize que se excedam, reduzam ou modifiquem os contornos da obrigação alimentar estabelecida por sentença homologatória.

[...]

Ora, é bastante claro e evidente que o título judicial não contempla e nem autoriza a incidência de quaisquer descontos sobre rendimentos oriundos de previdência privada ou aposentadoria.

A bem dizer, as hipóteses tratadas são apenas o emprego (vínculo empregatício) ou desemprego do recorrente [...]*, não se ventilando em qualquer momento qual seria o desenlace da obrigação alimentar na hipótese de aposentadoria, observado que, como sabido, emprego, desemprego e aposentadoria são institutos de todo diversos.*

Assim, não se cogita da possibilidade de - com base no título existente, e ressalvada a possibilidade de posterior ajuizamento de outra ação revisional - pretender que, incontroverso que o recorrente José é aposentado, venham a incidir descontos a título de obrigação alimentar seja sobre a aposentadoria por ele recebida, seja sobre aquilo que receba do fundo de previdência complementar para o que contribuiu." **(TJ-SP, Agravos de Instrumento nº 2117633-76.2015.8.26.0000 e nº 2123730- 92.2015.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Augusto Rezende, j. 15/12/2015)**

Em suma, os alimentos *in pecunia* não devem incidir neste momento sobre a previdência privada do devedor de alimentos, sem prejuízo de que o alimentado ajuíze ação revisional buscando essa finalidade.

A decisão atacada deve ser reformada tão somente para que os alimentos dos meses de maio a outubro de 2017 sejam executados com base na última remuneração percebida pelo alimentante.

Dou parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2204810-73.2018.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é agravante ALEXANDRA MARCIA ISABEL DE FREITAS, é agravado MRV

Acesso ao Sumário

ENGENHARIA E PARTICIPAÇÕES S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. Por maioria de votos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35790)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES, vencedor, RODOLFO PELLIZARI, vencido, PAULO ALCIDES (Presidente) e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 19 de dezembro de 2018.

PAULO ALCIDES, Relator Designado

Ementa: Ação de indenização. Assistência judiciária. Insurgência contra indeferimento da benesse legal. Decisão correta. Insuficiência da mera declaração de pobreza. Ausência de documentos aptos a demonstrar a efetiva necessidade da agravante de se beneficiar da justiça gratuita, a qual não pode ser concedida por qualquer motivo. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Na forma do relatório elaborado pelo i. desembargador relator sorteado Rodolfo Pellizari:

"*Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra r. decisão de fls. 66/67 dos autos de origem, proferida nos autos de "Ação de Indenização" (sic), que indeferiu o pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça pretendido pela agravante, determinando o recolhimento das custas iniciais.*

A recorrente sustenta que, para a concessão da gratuita pretendida, basta a afirmação de que não está em condição de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, sem prejuízo do seu sustento próprio ou da família, sob pena de se impedir o acesso à Justiça, em violação ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Aduz que os documentos juntados aos autos são suficientes para a comprovação de sua condição de hipossuficiência financeira. Isto porque, seus rendimentos líquidos não ultrapassam a monta de R$ 2.500,00. Além disso, conforme comprovou às fls. 57/65 dos autos de origem, é responsável pelas despesas de seu filho 'Rafael', que reside e cursa faculdade em outra cidade. Conclui, portanto, que a r. decisão recorrida contraria o disposto no artigo 99 do novo Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Ressalta que não há um parâmetro legal estabelecido para que a hipossuficiência seja demonstrada, de forma que o indeferimento da benesse calcado em mera presunção de capacidade econômica é descabido.

Pugna pela suspensão dos efeitos da r. decisão recorrida e, ao final, o provimento do recurso, concedendo-lhe os benefícios da gratuidade da justiça.

Efeito suspensivo concedido, conforme despacho de fls. 09/12."

É o relatório.

O benefício da justiça gratuita encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal: "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.*"

Muito embora se presuma verdadeira a alegação dessa insuficiência, a benesse legal não é ampla e absoluta, podendo o juiz indeferir o pedido diante da presença de elementos que evidenciem a falta de pressupostos legais para a sua concessão.

Por certo que o fato de estar utilizando os serviços de advogado contratado não faz pressupor que pode arcar com as custas e despesas do processo, até porque, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil/2015, "*A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.*" (artigo 99, § 4º)

Entretanto, quem postula gratuidade judicial deve apresentar prova documental apta a demonstrar a efetiva necessidade, sendo certo que, na espécie, os agravantes não se desincumbiram a contento desse ônus.

Consigne-se que o benefício deve ser concedido somente àqueles que efetivamente não podem pagar, e não para dispensá-los do pagamento por qualquer motivo.

No caso, a gratuidade foi indeferida porque a parte não demonstrou ser hipossuficiente economicamente.

De se anotar que os documentos trazidos pela agravante às fls. 57/65 dos autos principais, os quais deveriam comprovar a necessidade da gratuidade, dizem respeito ao seu filho, nascido em 28.04.1996.

Observa-se, ainda, que o salário base da recorrente nos meses de junho e julho/2018 foi de R$ 3.986,88 (fls. 24/25 dos autos principais).

Como bem pontuado pelo douto Juízo de primeiro grau:

"*Os documentos que juntou agora (fls.57/65) são referentes ao seu filho, Rafael Vitor de Freitas Lima, já maior de idade, que só poderia ser considerado seu dependente, efetivamente, se assim tivesse sido indicada em DIRPF.*

Já, em relação às despesas comprovadas às fls.26/32, há entre elas

Acesso ao Sumário

uma fatura de cartão de crédito de mais de R$800,00 e um boleto de financiamento para aquisição de automóvel com prestação mensal de quase R$540,00, fatores estes que, respeitados entendimentos contrários, não podem ser considerados como próprios de um padrão de vida realmente modesto, ao enquadramento de hipossuficiência financeira para o fim aqui tratado."

Além disso, considerando que o valor atribuído à causa é de R$ 55.339,15, o montante das custas iniciais não se revela exorbitante a ponto de comprometer o seu sustento.

Por fim, como muito bem afirmou o nobre Des. Dimas Carneiro "*Frequentemente notam-se pleitos de gratuidade com claro objetivo de poupar recursos da parte para pagar verba advocatícia, em detrimento de taxa judiciária e despesas processuais (geralmente perícia), casos em que o Juiz, embora não seja coletor fazendário, tem o dever de evitar prejuízo fiscal, pois embora independentes são harmônicos os poderes estatais*".

Nesse contexto, andou bem o Magistrado ao indeferir a benesse legal.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo de instrumento.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 05322)

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto contra r. decisão de fls. 66/67 dos autos de origem, proferida nos autos de "Ação de Indenização" (*sic*), que indeferiu o pedido de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça pretendido pela agravante, determinando o recolhimento das custas iniciais.

A recorrente sustenta que, para a concessão da gratuidade pretendida, basta a afirmação de que não está em condição de arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, sem prejuízo do seu sustento próprio ou da família, sob pena de se impedir o acesso à Justiça, em violação ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

Aduz que os documentos juntados aos autos são suficientes para a comprovação de sua condição de hipossuficiência financeira. Isto porque, seus rendimentos líquidos não ultrapassam a monta de R$ 2.500,00. Além disso, conforme comprovou às fls. 57/65 dos autos de origem, é responsável pelas despesas de seu filho "Rafael", que reside e cursa faculdade em outra cidade. Conclui, portanto, que a r. decisão recorrida contraria o disposto no artigo 99 do novo Código de Processo Civil.

Ressalta que não há um parâmetro legal estabelecido para que a hipossuficiência seja demonstrada, de forma, que o indeferimento da benesse

calcado em mera presunção de capacidade econômica é descabido.

Pugna pela suspensão dos efeitos da r. decisão recorrida e, ao final, o provimento do recurso, concedendo-lhe os benefícios da gratuidade da justiça.

Efeito suspensivo concedido, conforme despacho de fls. 09/12.

É o relatório.

Inicialmente, anoto que o presente recurso é conhecido independentemente do recolhimento das custas processuais, levando em conta que a matéria discutida versa sobre gratuidade da justiça.

Respeitado o entendimento adotado pelo Meritíssimo Juiz da causa, o recurso merece provimento.

O Juízo de primeiro grau indeferiu o pleito nos seguintes termos (fls. 66/67 dos autos origem):

"*(...)Guardado o devido acatamento, a presunção de hipossuficiência não prevalece pelas razões já expostas às fls.53 e o que foi trazido aos autos pela requerente não autoriza aquela reconsideração inicial. Os documentos que juntou agora (fls.57/65) são referentes ao seu filho, Rafael Vitor de Freitas Lima, já maior de idade, que só poderia ser considerado seu dependente, efetivamente, se assim tivesse sido indicada em DIRPF. Já, em relação às despesas comprovadas às fls.26/32, há entre elas uma fatura de cartão de crédito de mais de R$800,00 e um boleto de financiamento para aquisição de automóvel com prestação mensal de quase R$540,00, fatores estes que, respeitados entendimentos contrários, não podem ser considerados como próprios de um padrão de vida realmente modesto, ao enquadramento de hipossuficiência financeira para o fim aqui tratado.*" (*sic*).

Ora, no caso em análise não há nenhum elemento capaz de demonstrar que a agravante possui condição de arcar com o pagamento das custas processuais, portanto, faz jus ao benefício pleiteado.

É o que se colhe da redação dos §§2º e 3º do art. 99 do novo Código de Processo Civil:

"*§ 2º. <u>O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade</u>, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.*

§ 3º. Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência."

Conforme, me manifestei no despacho inicial, o conjunto probatório demonstra que a recorrente possui renda de, aproximadamente, R$3.800,00 (fls. 24/25 dos autos de origem), embora seja superior a 03 salários mínimos, é possível observar que é responsável por despesas de cartão de crédito, cuja monta corresponde a R$ 800,00 (fls. 27 dos autos de origem), bem como pelas

Acesso ao Sumário

despesas estudantis do filho, motivo pelo qual há de ser concedido o benefício.

Desta forma, de rigor a reforma da r. decisão recorrida, em razão da inexistência de fundamento para o indeferimento da gratuidade judiciária. Não há insinceridade no pedido do recorrente, diante de sua declaração de hipossuficiência.

Desta maneira, já se pronunciou este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"*JUSTIÇA GRATUITA - Indeferimento - Rendimentos na faixa de isenção do imposto de renda - Se a parte prova a sua incapacidade econômico-financeira de arcar com as custas processuais, há de ser deferida a justiça gratuita, ressalvada a possibilidade de revogação do benefício, a qualquer tempo, se modificada a situação da autora - Decisão reformada - Agravo provido.*

(TJSP; Agravo de Instrumento 2119737-70.2017.8.26.0000; Relator (a): Percival Nogueira; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/11/2017; Data de Registro: 10/11/2017)

JUSTIÇA GRATUITA - Pessoa jurídica - Pedido indeferido - Documentação que comprova a hipossuficiência alegada - Interpretação da Súmula nº 481 do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Gratuidade da justiça concedida, sem prejuízo de impugnação pela parte adversa Recurso provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2081363-82.2017.8.26.0000; Relator (a): Percival Nogueira; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/08/2018; Data de Registro: 21/08/2018)"

Assim, impõe-se a concessão da benesse.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DAVA PROVIMENTO** ao recurso e o fazia para conceder à agravante os benefícios da gratuidade judiciária.

RODOLFO PELLIZARI, Desembargador, Relator Sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2169292-22.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FERNANDO FIOREZZI DE LUIZI, são agravados CLAUDIA BORGES DE ALMEIDA, RCR COMÉRCIO E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES LTDA. e ROBERTA BORGES DE ALMEIDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.424)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente), J.B. PAULA LIMA e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 18 de janeiro de 2019.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: EXECUÇÃO - Incidente de desconsideração da personalidade jurídica - Indeferimento, por não haver prova do abuso patrimonial ou de confusão patrimonial - Impossibilidade da medida, ademais, por não comprovado o esgotamento de todos os meios executórios e que a empresa não demonstra estar em operação ou situação patrimonial capaz de cumprir a obrigação a que sujeita - Decisão mantida. Agravo não provido.

VOTO

Em ação de obrigação de fazer, na fase de cumprimento de sentença, o Juízo indeferiu a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica (fls. 424/425). Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 449/451).

Insurge-se o exequente. Alega: **a)** requereu-se a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em virtude de inúmeras tentativas frustradas de buscar seu crédito, decorrente da sentença judicial; **b)** requereu a intimação do devedor para pagamento espontâneo, pleiteou pesquisas nos sistemas Bacenjud, Infojud e Renajud, todas com respostas negativas; **c)** requereu e obteve o deferimento da penhora do faturamento da executada, mas nenhuma providência foi tomada pelos devedores, ainda que tenha sido nomeada depositária fiel, sem notícia do destino dos valores que deveriam estar constritos; **d)** os executados utilizam-se da pessoa jurídica de modo sorrateiro, com o intento de não honrar com suas obrigações, como no presente caso; **e)** a regra contida no artigo 50 do Código Civil não abrange unicamente as hipóteses de fraude ou abuso de poder, havendo entendimento jurisprudencial de que a desconsideração possa ser utilizada quando a personalidade jurídica representar obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados, após diversas tentativas frustradas de execução; **f)** a Constituição Federal, nos termos do

Acesso ao Sumário

artigo 5º, XXXV, é enfática na demonstração do amplo acesso ao provimento jurisdicional e, no caso, não pode ser realizada uma interpretação seca do texto de lei cabendo ao Judiciário valer-se dos meio possíveis para a efetivação das decisões judiciais.

Pede o provimento do recurso para que seja reformada a r. decisão agravada e determinado o processamento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica da executada.

Não houve resposta.

É o relatório.

1. Trata-se de incidente de desconsideração de personalidade jurídica, oposto em cumprimento de sentença em embargos à execução, que restou indeferido pelo Juízo com as seguintes razões:

> "Requer a parte exequente a instauração de incidente de desconsideração da personalidade da requerida, sob o argumento de que não houve a localização de bens suficientes à satisfação do crédito objeto da demanda.
>
> "Embora o pedido de penhora de bens tenha redundado infrutífero, tal fato, por si só, não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica.
>
> "Trata-se de medida extrema, cujo deferimento depende de efetiva prova de abuso da personalidade ou de confusão patrimonial (art. 50 do Código Civil), situação não demonstrada nos autos, ao menos não até o momento.
>
> "Nesse sentido, a jurisprudência do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo:
>
> 'EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - Desconsideração da personalidade jurídica - Pretensão foi lastreada em alegação de falta de bens penhoráveis e eventual encerramento das atividades da empresa, sem imputação sequer de fato revelador de má-fé dos sócios ou de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial - Não localização de bens penhoráveis da empresa devedora nas diligências realizadas para a constrição judicial e a situação reveladora de aparente insolvência da empresa devedora são fatos estes insuficientes, por si só, para o acolhimento da pretensão de desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 50, do CC/2002, visto que não bastam para provar a má-fé dos sócios ou abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, nem mesmo encerramento irregular - Na atual situação processual, é inadmissível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade devedora para inclusão dos sócios no polo passivo

Acesso ao Sumário

da execução - Recurso provido' (Agravo de Instrumento nº 2033121-34.2013.8.26.0000, Rel. Des. Rebello Pinho, j. em 25/11/2013).

"Em uma perspectiva de economia processual, incumbe ao Magistrado o indeferimento de atos desnecessários à tramitação do feito, a fim de racionalizar os recursos despendidos pela parte e pelo Poder Judiciário.

"Ante o exposto, indefiro a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. (...)".

O recorrente se insurge, alegando ter havido diversas tentativas de obter o crédito por ele perseguido, inclusive com o deferimento da penhora do faturamento da executada, todas infrutíferas, estando evidenciada a malversação da empresa, pelos sócios, com o intuito de esquivar-se ao cumprimento de obrigações.

2. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por fim salvaguardar os credores de sociedade insolvente. Não é possível, então, desconsiderar a pessoa da sociedade antes de esgotar-lhe a responsabilidade patrimonial.

A propósito, o Professor FÁBIO ULHOA COELHO ensina que:

"Pressuposto inafastável da despersonalização episódica da pessoa jurídica, no entanto, é a ocorrência da fraude por meio da separação patrimonial. Não é suficiente a simples insolvência do ente coletivo, hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as regras da limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigência. A desconsideração é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica; pressupõe, portanto, o mau uso. O credor da sociedade que pretende a sua desconsideração deverá fazer prova da fraude perpetrada, caso contrário suportará o dano da insolvência da devedora. Se a autonomia patrimonial não foi utilizada indevidamente, não há fundamento para a sua desconsideração." (*in* Manual de Direito Comercial: 13ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2002, pág. 121/127 - grifei)

Também anotam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (Código Civil Comentado, Editora RT, 7ª ed., notas 6, ao art. 50, pág. 263),

"A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. **Verificados os pressupostos de sua incidência**, poderá o juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à Lei ou contra terceiros. Os terceiros alcançados pela desconsideração

Acesso ao Sumário

da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpôs, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando à defesa de seus direitos" (STJ, 3ª T., ROMS 14168-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, v.v., j. 30.4.2002, DJU 5.8.2002, p. 323; STJ-rf 366/220; RSTJ 160/253) (grifei).

Assim porque a necessidade de desconsideração da personalidade jurídica decorre de estar evidenciado que, a pretexto de insolvência (ou de solvência) não comprovada, não demonstra a sociedade sua existência de fato ou interesse na satisfação de suas obrigações. É situação que se encaixa no "desvio de finalidade" e "abuso de direito", como dito anteriormente, assim como já se considerou nesta Câmara, em situações assemelhadas (cf., *v.g.*, Agravo de Instrumento nº 0203381-18.2012.8.26.0000, j. em 5.2.13).

Deste modo, a necessidade de desconsideração da personalidade jurídica decorre de estar evidenciado **não demonstrar a sociedade** sua existência efetiva, solvabilidade ou interesse na satisfação de suas obrigações.

No caso, porém, o recorrente não demonstrou o esgotamento de todos os meios de tentativa de localização de bens de titularidade da recorrida. Em que pese as tentativas feitas via Bacenjud (fls. 311/313 e 357/358), Renajud (fls. 395), Infojud (fls. 325) e a penhora do faturamento terem sido infrutíferas, não há notícia de pesquisa de imóveis em nome da executada ou que tenha o exequente requerido medidas para a efetivação da penhora, conforme consignado pela r. decisão de fls. 380.

Enfim, os elementos do processo não são suficientes para afirmar - ao contrário do que afirma o recorrente - ter ocorrido abuso ou desvio de personalidade jurídica ou confusão patrimonial, conforme preceituam as hipóteses do artigo 50 do Código Civil, pois o fato de não terem sido localizados meios para o cumprimento da obrigação, por si só, não justifica a desconsideração, ainda mais se não esgotadas as tentativas de expropriação patrimonial forçada.

Nesse sentido, confira-se:

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA - Ausência dos pressupostos legais que autorizam o acolhimento do pedido - Observância de que a tão somente não localização de bens aptos a adimplir a dívida não constitui indício suficiente para se admitir a irregularidade da empresa - Inteligência do artigo 50 do Código Civil - Decisão mantida - Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2056858-90.2018.8.26.0000; Relator (a): Paulo Pastore Filho; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 4ª Vara Cível; j. 28/08/2018).

Agravo de Instrumento - Ação Monitória convertida em Execução - Pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada

Acesso ao Sumário

- Deferimento, para inclusão dos sócios no polo passivo da demanda - Pretensão de reforma - Admissibilidade - Ausência de preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 50, do Código Civil - Medida de exceção, que pressupõe a demonstração de indevida utilização da personalidade jurídica da sociedade, com a finalidade de fraudar credores ou praticar abuso de direito - Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça e desta C. Câmara - Decisão reformada - Recurso provido, com observação. (TJSP; Agravo de Instrumento 2129174-04.2018.8.26.0000; Relator (a): Claudia Grieco Tabosa Pessoa; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IV - Lapa - 3ª Vara Cível; j 21/08/2018).

Agravo de instrumento. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, medida excepcional prevista no art. 50 do Código Civil de 2002, pressupõe a ocorrência de abusos da sociedade, advindos do desvio de finalidade ou da demonstração de confusão patrimonial. A mera inexistência de bens penhoráveis ou eventual encerramento irregular das atividades da empresa não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. Impossibilidade da desconsideração da personalidade jurídica. Não preenchimento dos requisitos. - Não provimento. (TJSP; Agravo de Instrumento 2091165-70.2018.8.26.0000; Relator (a): Enio Zuliani; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 5ª Vara Cível; j. 16/08/2018).

Em conclusão, nada há que ser alterado na bem lançada decisão agravada, que fica, assim, mantida por seus fundamentos, acrescidos dos que vão aqui alinhavados.

3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2267820- 91.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes THIAGO FRANZÃO PERES MAITAN e KELLY DE MELO GOMES, é agravado OGISA PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.520)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAMES

Acesso ao Sumário

SIANO (Presidente sem voto), FÁBIO PODESTÁ e FERNANDA GOMES CAMACHO.

São Paulo, 23 de janeiro de 2019.

MOREIRA VIEGAS, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento - desconsideração da personalidade jurídica - Medida excepcional a ser aplicada somente em face da constatação de fraude, desvios, ou mau uso da pessoa jurídica, o que não restou comprovado no caso em tela - a mera insolvência não implica desconsideração - crédito já habilitado no juízo da recuperação judicial da executada - assim é de se salientar que qualquer ato expropriatório deve ser relegado àquele Juízo, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei nº 11.101/05, sob pena de violar o princípio da continuidade da empresa - decisão mantida - Recurso não provido.

VOTO

Agravo de instrumento tirado em face de r. decisão de fls. 86/87, que em autos de ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c.c. indenização por danos morais, materiais e lucros cessantes, indeferiu a desconsideração da personalidade jurídica da ré por não estarem configurados os requisitos do art. 50 do CC.

Alegam os agravantes, em breve síntese, que deve ser reconhecida a desconsideração da personalidade jurídica da executada nos termos do disposto no art. 28, §5º, do CDC, uma vez que a empresa continua ativa perante a JUCESP e a Receita Federal, porém não possui qualquer movimentação bancária ou ativos, o que por si só configura obstáculo para a satisfação do crédito dos consumidores. Afirma ainda que restou demonstrado que a agravada fez parte do quadro societário de outra empresa de nome muito semelhante OGISA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., CNPJ/MF 04.642.673/0001-04, cuja sócia é a mesma da ora agravada. Denota-se que a agravada foi excluída da sociedade em meados de 2011. Claramente percebe-se que se trata de uma empresa do mesmo grupo empresarial. Frise-se que no contrato social da empresa OGISA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS, constam como sócios Jorge Arruda Filho e Veronica Sverner Arruda. Os antigos sócios eram os

Acesso ao Sumário

mesmos da ora executada.

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

Não houve intimação da parte contraria para se manifestar e dispensadas as informações por se tratar de matéria de direito.

É o relatório.

O agravo não merece provimento.

É certo que a desconsideração da personalidade jurídica é medida extrema que só deve ser deferida em casos em que há uso indevido da pessoa jurídica, com desvio de função e finalidade, visando fraudar credores. No caso concreto inexistem provas robustas a comprovar os requisitos necessários para a desconsideração, em outras palavras, não há prova de que houve desvio de finalidade ou confusão patrimonial que justificasse a desconsideração da personalidade jurídica conforme expressa exigência do art. 50 do Código Civil.

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

Ademais, a não-satisfação dos credores não é por si só caracterizadora da fraude exigida para aplicação da despersonificação, importante ressaltar o que pondera Fábio Ulhoa Coelho:

> "*pressuposto inafastável da despersonalização episódica da pessoa jurídica, no entanto, é a ocorrência da fraude por meio da separação patrimonial. **Não é suficiente a simples insolvência do ente coletivo, hipótese em que, não tendo havido fraude na utilização da separação patrimonial, as regras de limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigência**. A desconsideração é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica; pressupõe, portanto, o mau uso. **O credor da sociedade que pretende a sua desconsideração deverá fazer prova da fraude perpetrada, caso contrário suportará o dano da insolvência da devedora**. Se a autonomia patrimonial não foi utilizada indevidamente, não há fundamento para a sua desconsideração*" (*in*, Manual de Direito Comercial, Ed. Saraiva, 16ª ed., 2005, pág.126/127)

Assim, o simples fato de não terem sido encontrados tantos bens penhoráveis à satisfação do crédito exequente não é fundamento para a aplicação

da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A demora no recebimento do crédito não justifica a medida postulada pelo exequente, ao menos por ora, até que sejam trazidos maiores elementos sobre desvio de finalidade, confusão patrimonial ou implementação de fraude pelos sócios no âmbito da pessoa jurídica.

Neste sentido:

"Agravo de Instrumento. Indeferimento de pedido de desconsideração da personalidade jurídica. Acerto da decisão. ***Desconsideração da personalidade jurídica que é medida excepcional. Ausência de indícios, por ora, a determiná-la****. Decisão que merece ser mantida, no momento, por seus próprios fundamentos. Recurso improvido." (AI 990.10.274952-5, Rel. Fábio Quadros, j. 08/07/2010)*

"EXECUÇÃO. Desconsideração da personalidade jurídica. ***Ausência dos requisitos do artigo 50 do Código Civil e do artigo 596 do Código de Processo Civil. Falta de comprovação de dissolução irregular das atividades, desvio de finalidade ou confusão patrimonial****. Decisão mantida. Agravo não provido. (AI 0060815-46.2012.8.26.0000, Rel. Fernando Sastre Redondo, 38ª Câmara Direito Privado, j. 23/05/2012)*

Aliás, ressalte-se que conforme se depreende dos autos principais o crédito ora exequendo encontra-se habilitado no Juízo da Recuperação Judicial[1] da corré, assim é de se salientar que qualquer ato expropriatório deve ser relegado àquele Juízo, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei nº 11.101/05, sob pena de violar o princípio da continuidade da empresa.

Sobre esta temática, os precedentes a saber:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. EXECUÇÃO SINGULAR MOVIDA CONTRA A RECUPERANDA. PRÁTICA DE ATOS DE CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. IRRELEVÂNCIA. 1- Conflito de competência suscitado em 9/11/2015. Recurso especial interposto em 28/3/2016 e concluso à Relatora em 30/9/2016. 2- Controvérsia que se cinge em definir se o juízo onde se processa a recuperação judicial da recorrente é o competente para processamento e julgamento de ação indenizatória derivada de relação de consumo em fase de cumprimento de sentença. 3- A interpretação conjunta das normas contidas nos arts. 6º, 47 e 49 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO 35ª Câmara

Acesso ao Sumário

1 Processo nº 1016422-34.2017.8.26.0100 que tramita perante a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais e Conflitos Relacionados à Arbitragem do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

de Direito Privado da LFRE, bem como o entendimento do STJ acerca da questão, permitem concluir que o juízo onde tramita o processo de recuperação judicial - por ter à sua disposição todos os elementos que traduzem com precisão as dificuldades enfrentadas pelas devedoras, bem como todos os aspectos concernentes à elaboração e à execução do plano de soerguimento - é quem deve decidir sobre o destino dos bens e valores objeto de execuções singulares movidas contra a recuperanda, ainda que se trate de crédito decorrente de relação de consumo. 4- Recurso Especial Provido. (REsp 1630702/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017).

"Deve-se interpretar o art. 6º desse diploma legal de modo sistemático com seus demais preceitos, especialmente à luz do princípio da preservação da empresa, insculpido no artigo 47, que preconiza: 'A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica'. 3. No caso, o destino do patrimônio da empresa-ré em processo de recuperação judicial não pode ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso daquele da Recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei nº 11.101/05, sob pena de violar o princípio da continuidade da empresa" (CC 79170/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Primeira Seção).

"Com a edição da Lei n. 11.101, de 2005, respeitadas as especificidades da falência e da recuperação judicial, é competente o respectivo Juízo para prosseguimento dos atos de execução, tais como alienação de ativos e pagamento de credores, que envolvam créditos apurados em outros órgãos judiciais, inclusive trabalhistas, ainda que tenha ocorrido a constrição de bens do devedor. [...] A Segunda Seção do STJ tem entendimento jurisprudencial firmado no sentido de que, no estágio de recuperação judicial, não é razoável a retomada das execuções individuais após o simples decurso do prazo legal de 180 dias de que trata o art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/05" (AgRg no CC 110287/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Seção).

Isto posto, a r. decisão recorrida deve ser mantida por seus próprios fundamentos além dos aqui acrescidos.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2245359-28.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante THALINE CRISTINA FERRAZ PEREIRA DA ROSA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado BANCO FINANCIAL PORTUGUÊS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37260)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAMON MATEO JÚNIOR (Presidente sem voto), HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO e HELIO FARIA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2019.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RECURSO - Agravo de instrumento - "Execução por quantia certa" - Insurgência contra decisão que determinou que para a realização de nova avaliação, os executados devem arcar com as custas da perícia - Admissibilidade - Agravante que é beneficiária da gratuidade de justiça - Ausência de comprovação da alteração da situação que permitiu a concessão do benefício, o qual compreende as despesas com a produção de prova pericial - Impossibilidade de posterior modulação do benefício concedido - Custeio da prova pericial que deve ser realizado nos moldes do art. 95, §3º do Código de Processo Civil - Recurso provido, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Cuida-se de agravo de instrumento tirado de "execução por quantia certa", voltado à reforma do r. *decisum* que manteve a decisão de folhas 1129/1131 dos autos principais e determinou que para a realização de nova avaliação, os executados devem arcar com as custas da perícia. (folha 25).

Em síntese, argumenta a recorrente, nas razões de seu inconformismo (folhas 1/8), que a decisão ataca fere ditames legais e se mostra em dissonância com o pacifico entendimento jurisprudencial proferido pelos Tribunais pátrios.

Aduz que tal decisão contraria determinação anterior em que lhe foi

concedida a gratuidade de justiça.

O efeito suspensivo foi deferido em folha 29.

O agravado, regularmente intimado, apresentou contraminuta às folhas 35/38.

Nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011, os interessados foram intimados acerca do julgamento virtual (folha 29). Todavia, não ocorreu nenhuma manifestação, conforme certidão de folha 43.

Recurso regularmente processado. Todavia, ausente o preparo vez que a agravante é beneficiária da gratuidade de justiça (folhas 24).

É o relatório.

2) Com efeito, dispõe o inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal que: "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Não obstante, o Novo Código de Processo Civil, que revogou o artigo 4º, da Lei nº 1.060/50, dentre outros (art. 1.072, inciso III), prevê em seu artigo 98 "caput" que:

"**Art. 98. 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.**"

Dessa forma foi concedido tal beneficio à agravante conforme decisão acostada aos autos (folha 24).

Contudo, a manutenção do referido benefício pode ser revisitada através de questionamento da parte contrária, à luz de novos dados probatórios. Propiciando a reanálise da questão e possível revogação do benefício. A revogação da gratuidade de justiça pode ocorrer quando há comprovação de que os requisitos autorizadores da benesse inexistem ou desapareceram.

Verificando os autos notei que a decisão que conferiu a gratuidade de justiça não trouxe qualquer ressalva quanto à sua abrangência de modo a limitá-la a um ou alguns atos do processo, ainda que haja autorização legal nesse sentido (art. 98, §§ 5º e 6º do CPC).

Outrossim, inexistem elementos comprobatórios de modificação da situação financeira que havia motivado o deferimento inicial da gratuidade.

Dessa forma diante da ausência de comprovação da alteração da capacidade financeira da agravante entendo não ser cabível a modulação da gratuidade de justiça ou ainda a sua revogação.

Nesse sentido, temos os seguintes precedentes dessa Colenda Corte de Justiça:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de indenização por erro médico.

Acesso ao Sumário

Concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita à autora, sem qualquer ressalva. Posterior deferimento de prova pericial, com a modulação da gratuidade e determinação para que a autora suportasse o percentual correspondente a 1/3 dos honorários do perito. Reforma. **Modulação posterior ao benefício não admitida. Ausência de elementos nos autos evidenciando a modificação da situação financeira que motivou o deferimento inicial da gratuidade, a qual compreende as despesas com a produção da prova pericial.** RECURSO PROVIDO". (AI nº 2231325-48.2018.8.26.0000; Relatora Des. Silvia Maria Facchina Esposito Martinez; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado TJSP; J. 18/12/2018). (Negritei).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - USUCAPIÃO - JUSTIÇA GRATUITA - Imposição de apresentação de memorial descritivo e planta do imóvel usucapiendo a beneficiários da gratuidade de justiça - Inconformismo - Acolhimento - **Benefício que garante isenção total das despesas necessárias ao acesso à Justiça** - Decisão reformada a fim de se determinar a nomeação antecipada de perito, sem cobrança de honorários periciais aos autores, para o fim de o Juízo a quo dispor de todos os elementos técnicos de convicção dos quais necessita para o julgamento do mérito da controvérsia - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO". (AI nº 2231894-49.2018.8.26.0000; Relator Des. Alexandre Coelho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado TJSP; J. 19/12/2018). (Negritei).

Dentre os atos compreendidos pela gratuidade de justiça temos os honorários periciais (art. 98, §1º, VI, do CPC), dessa forma o seu custeio deve ocorre nos moldes determinados pelo art. 95, §3º do Código de Processo Civil.

Mediante tais considerações, preservado o entendimento da nobre magistrada, Doutora GISELE VALLE MONTEIRO DA ROCHA, reforma-se a r. decisão agravada, a fim de se determinar que o custeio da perícia seja realizado nos termos do art. 95, §3° do Código de Processo Civil.

3) Ante o exposto, dou provimento ao recurso, com determinação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2132632-29.2018.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que é agravante GERALDO PULCINELLI, é agravado BANCO CSF S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.794)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER FONSECA (Presidente), RENATO RANGEL DESINANO e MARINO NETO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2019.

WALTER FONSECA, Relator

Ementa: REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - GRATUIDADE DA JUSTIÇA - INDEFERIMENTO - MANUTENÇÃO - A concessão da justiça gratuita depende de prova da impossibilidade da parte arcar com as custas e as despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio e/ou da família, sendo que o agravante juntou documentos que revelam renda incompatível com a benesse buscada. Recurso desprovido.

VOTO

Vistos...

Agravo de instrumento interposto contra a decisão interlocutória que, nos autos da ação revisional de contrato bancário, indeferiu a justiça gratuita ao agravante, ao fundamento de que aufere rendimento mensal, que lhe permite arcar com as custas e despesas processuais (fls. 155).

O agravante, postulando a concessão de efeito suspensivo, sustenta que não reúne condições para arcar com as custas e despesas processuais (fls. 01/08).

Tempestivo e desprovido de preparo, ante o objeto do recurso, o agravo processado no efeito devolutivo.

É o relatório.

O inconformismo não procede.

O artigo 99, §2º do Código de Processo Civil de 2015, estabelece que o pedido de gratuidade de justiça deverá ser indeferido se houver nos autos evidências da falta dos pressupostos legais e a parte, devidamente intimada para comprovar sua situação econômica, não o fizer devidamente. Nesse contexto, a lei procedimental não autoriza a gratuidade se não houver inequívoca comprovação da situação econômica insuficiente.

Infere-se dos autos, que o agravante aposentou-se recentemente e recebe mensalmente mais de 4 salários mínimos, além de possuir reservas econômicas declaradas (fls. 142/147), ou seja, ostentando condição financeira bem acima da média brasileira, o que é incompatível com a declaração dada de que não pode arcar com as custas e despesas processuais.

Assim, havendo elementos concretos de que o agravante não reúne os

Acesso ao Sumário

requisitos para a concessão da gratuidade, o caso é de se manter a decisão que indeferiu a justiça gratuita.

Pelo exposto, **nega-se provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2251763- 95.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COLEPAV AMBIENTAL LTDA., são agravados ENOB ENGENHARIA AMBIENTAL LTDA. e GERSON DE GRUTOLLA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.247)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER FONSECA (Presidente) e RENATO RANGEL DESINANO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2019.

GILBERTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Instrumento Particular de Quitação de Debêntures e Novação. Renovação de pedido de penhora sobre bens e valores dos executados. Possibilidade. Execução que não está garantida no seu valor integral. Seguro-garantia que se limita ao valor ali constante e não ao valor da execução. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 246/247 que, em execução de título extrajudicial, entendeu desnecessária a adoção de medidas constritivas voltadas à satisfação do débito, tendo em vista que os executados ofereceram seguro-garantia nos autos.

A exequente/agravante recorre alegando a necessidade de que seja autorizada a penhora sobre os valores e bens localizados em nome dos executados, para fins de satisfação do débito remanescente não garantido pelo valor do seguro garantia. O débito atual está em R$ 6.823.186,30 (seis milhões, oitocentos e vinte e três mil, cento e oitenta e seis reais e trinta centavos), enquanto o

seguro fiança é de R$ 3.361.811,67 (três milhões, trezentos e sessenta e um mil, oitocentos e onze reais e sessenta e sete centavos), portanto, o débito restante perfaz o montante de R$ 3.461.374,63 (três milhões, quatrocentos e sessenta e um mil, trezentos e setenta e quatro reais e sessenta e três centavos). Por fim, pleiteia a concessão de efeito suspensivo ao recurso e seu final provimento.

Denegado o efeito suspensivo (fls. 276), o recurso foi respondido (fls. 284/291), pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Analisados os autos, verifica-se que a agravante propôs execução de título executivo extrajudicial para o recebimento de crédito decorrente de Instrumento Particular de Quitação de Debêntures e Novação, no valor de R$ 10.399.446,26.

Os agravados opuseram embargos à execução (Processo nº 0011896-56.2013.8.26.0011, em trâmite perante a 4ª Vara Cível do Foro Regional de Pinheiros, Comarca da Capital), julgados parcialmente procedentes para reduzir do valor executado para R$ 3.361.811,67.

Diante do valor executado, os agravados ofereceram o Seguro-Garantia nº 05177201300530775000160200000l, modalidade judicial, prevendo o pagamento de indenização securitária até o limite máximo de R$ 3.361.811,67 (valor da execução).

O agravante, por sua vez, requereu a adoção de medidas constritivas (pesquisa via sistema BacenJud, Renajud e Infojud) a fim de localizar bens e valores passíveis de satisfazer o crédito que, atualizado em agosto de 2018, estava no montante de R$ 6.823.186,30. E assim o fez porque o seguro-garantia oferecido não é mais suficiente para satisfazer toda a obrigação.

E com razão.

Consta claramente na apólice do seguro-garantia oferecido pelos agravados, mais precisamente no campo "Objeto da Garantia", que a garantia da indenização se dará até o valor máximo fixado na apólice (fls. 95/98).

A cláusula mencionada é repetida no anexo da apólice, quando determinada a redução da execução pelo Juízo *a quo*:

> "*declara-se para os devidos fins e efeitos de direito, fica alterado o valor da importância segurada da presente apólice promovendo-se a redução de R$ 10.237.232,59 (dez milhões, duzentos e trinta e sete mil, duzentos e trinta e dois reais e cinquenta e nove centavos) passando para R$ 3.361.811,67 (três milhões, trezentos e sessenta e um mil, oitocentos e onze reais e sessenta e sete centavos) a partir de 16/04/2014 e* ***deve ser entendido como o valor máximo nominal por ela garantido***".

Portanto, o referido seguro está garantindo o valor previsto na apólice, ou

Acesso ao Sumário

seja, R$ 3.361.811,67 (três milhões, trezentos e sessenta e um mil, oitocentos e onze reais e sessenta e sete centavos), e não o valor da execução.

A execução, assim como todo e qualquer procedimento judicial, é dinâmica e não para no tempo, tendo seu valor devidamente atualizado conforme as regras processuais.

No caso, a despeito do seguro oferecido, o mesmo já não se mostra suficiente para garantir a execução, cujo valor foi atualizado e superou aquele garantido, não havendo empecilho algum no fato de o agravante tentar buscar seu crédito, ainda mais quando não garantido na sua totalidade.

Também não há óbice legal na reiteração do pedido de pesquisa de bens ou eventual efetivação do bloqueio *on line* em havendo ativos financeiros disponíveis e de titularidade dos devedores.

Neste sentido já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA DE DINHEIRO. BACEN JUD. DILIGÊNCIA INFRUTÍFERA. REITERAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. 1. Controverte-se a respeito da decisão colegiada do Tribunal de origem, que afirmou que a pesquisa eletrônica da existência de dinheiro, por meio do sistema Bacen Jud, somente pode ser feita uma única vez, mesmo que o resultado tenha sido infrutífero, sob o argumento de que o Poder Judiciário não pode fazer papel de diligenciador da Fazenda Pública credora.
>
> 2. Conforme decidido pela Corte Especial (REsp 1.112.943/MA, julgado sob o rito dos recursos repetitivos), com a vigência da Lei 11.382/2006, não mais se exige a comprovação de exaurimento das diligências administrativas para penhora por meio do Bacen Jud.
>
> 3. A lei (art. 655-A do CPC) não limitou o uso do Bacen Jud a uma única vez. Por se tratar de instrumento destinado a promover a satisfação da pretensão creditória, ele pode servir também para qualquer outra diligência (e.g., expedição de ofício ao Detran ou aos Cartórios de Imóveis), isto é, tantas vezes quanto necessário.
>
> 4. Aplicação, por analogia, do art. 15, II, da Lei 6.830/1980, segundo o qual a viabilização da penhora (mediante substituição ou reforço) pode ser feita a qualquer tempo.
>
> 5. No atual estágio da legislação processual e material, o emprego do aludido programa informatizado é privativo do Poder Judiciário, pois os representantes judiciais da Fazenda Pública não possuem autorização legal para, a um só tempo, acessar informações relativas ao patrimônio dos devedores e, ex officio, determinar a respectiva constrição.
>
> 6. Desse modo, sendo a referida atribuição privativa de um determinado órgão (na espécie, o jurisdicional), é de manifesta improcedência a afirmação de que o pleito fazendário representa uma tentativa de transformar a autoridade judiciária em mero agente

Acesso ao Sumário

diligenciador da parte processual.

7. A utilização do Bacen Jud, em termos de reiteração da diligência, deve obedecer ao critério da razoabilidade. Não é o Poder Judiciário obrigado a, diariamente, consultar o referido programa informatizado. Contudo, inexiste abuso ou excesso na reiteração da medida quando decorrido, por exemplo, o prazo de um ano, sem que tenha havido alteração no processo.

8. Naturalmente, isso não impede que, antes da renovação da pesquisa via Bacen Jud, a Fazenda Pública credora promova as diligências ao seu alcance, para localização de outros bens. Porém, conduta dessa natureza (comprovação do exaurimento de outras diligências) não pode ser exigida como requisito para fins de exame judicial do pedido iterativo da tentativa de penhora por meio do Bacen Jud, pois isso seria equiparável a, de maneira oblíqua, fazer retornar orientação jurisprudencial ultrapassada.

9. Recurso Especial provido.

(REsp 1199967/MG; Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132); Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento 16/11/2010; Data da Publicação/Fonte DJe 04/02/2011 RSTJ vol. 222 p. 292)

Ressalta-se que já houve bloqueio parcial das contas dos devedores, assim como pesquisa junto ao sistema Renajud (fls. 119/124), onde verificou-se a existência de diversos veículos em nome dos mesmos.

Sendo assim, em não havendo impedimento algum para a busca pelo agravante de novos bens para satisfazer seu crédito, há de se dar provimento ao recurso para manter as medidas requeridas.

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso para deferir o pedido de penhora sobre bens e valores localizados em nome dos agravados, referentes ao saldo remanescente não garantido pelo seguro-garantia.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2239149-58.2018.8.26.0000, da Comarca de Ibitinga, em que é agravante CHARLES AUGUSTO LANÇONE DE OLIVEIRA, são agravados INDÚSTRIA E COMÉRCIO TECELAGEM BOM JESUS LTDA. ME, ADAILCIO PEREIRA DE ARAUJO e MARIA LINDACI DA SILVA ARAUJO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33939)**

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

São Paulo, 8 de fevereiro de 2019.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Cumprimento de sentença - Incidente de desconsideração da personalidade jurídica - Ausência de prova da existência de patrimônio da empresa executada - Situação que denota má administração ou desvio de bens - Presença dos requisitos que autorizam o deferimento do pleito - Recurso provido, com observação.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento contra a r. decisão que rejeitou o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada, no incidente apresentado pelo agravante.

Sustenta que a empresa executada se encerrou irregularmente, pois procedeu à baixa na Junta Comercial somente no dia 06/04/2018, sem pagar a dívida cobrada desde 2009, ou seja, há quase dez anos. Aduz que os sócios não provaram o motivo do encerramento da empresa e insiste que deve recair sobre eles a responsabilidade pelo pagamento do débito. Busca a reforma do *decisum*.

Nesta Instância, foi deferido o efeito suspensivo e, após contrariedade, retornaram os autos.

É o relatório.

Prospera a irresignação recursal.

Trata-se de ação monitória em fase de cumprimento de sentença, ajuizada pelo agravante em face dos agravados, no ano de 2009.

Com efeito, diversas foram as tentativas de localização de bens da executada, todavia, infrutíferas.

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

Ora, por certo que a ausência de bens para responder pela dívida decorre

de má administração, quiçá, de fraude ou desvio, por isso, é o caso de se invadir o patrimônio dos sócios, únicos responsáveis pela ausência de patrimônio da sociedade.

A realidade que a lei não aceita é da existência da empresa insolvente e inadimplente, enquanto seus sócios permanecem em privilegiada posição, muitas vezes, mais ricos que o credor e é para coibir esse estado de injustiça que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi agasalhada pelo Código Civil, conforme acima explicitado.

Assim, realmente é o caso de se invadir o patrimônio dos sócios, únicos responsáveis pela ausência de patrimônio da sociedade, de modo a permitir que o credor não fique, como dizem popularmente, "a ver navios".

Por fim, em observância ao que dispõe o art. 85, § 1º do Novo Código de Processo Civil, nesta fase, este Relator condena os agravados ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono do agravante, ora arbitrados em R$ 1.200,00, atualizados a partir da publicação deste Acórdão.

Contudo, considerando o entendimento contrário dos demais integrantes desta Turma Julgadora, deixo consignada minha posição e declaro que fico vencido nesta parte.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para deferir a desconsideração da personalidade jurídica, incluindo-se no polo passivo da demanda os sócios da executada e observando-se a posição vencida deste Relator quanto à verba honorária recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2219789-40.2018.8.26.0000, da Comarca de Ourinhos, em que é agravante POLI RESINAS IND. E COM. DE RESINAS LTDA., é agravado VIDA FIBRAS FABRICAÇÃO DE CAIXAS EM FIBRA DE VIDRO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23741)**

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

São Paulo, 4 de fevereiro de 2019.

SÉRGIO SHIMURA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PEDIDO DE FALÊNCIA - AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E PRORROGAÇÃO DO PRAZO PARA REALIZAÇÃO DO DEPÓSITO ELISIVO - DESCABIMENTO - O procedimento falimentar é especial, sem previsão da realização de audiência de conciliação, não se aplicando o procedimento comum do CPC - Súmula 46 deste TJSP. Quando houver interesse das partes, é possível ao magistrado decidir pela sua realização, o que não é o caso dos autos. Depósito elisivo que deve ser realizado em dinheiro e no prazo da contestação (art. 98, parágrafo único, da Lei nº 11.101/05) - Não realizado o depósito, cabe ao magistrado dar seguimento ao feito e, se o caso, decretar a falência da agravada, como já propugnado pelo Ministério Público - Decisão reformada - RECURSO PROVIDO COM DETERMINAÇÃO

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por POLI RESINAS IND. E COM. DE RESINAS LTDA. contra r. decisão que designou audiência de conciliação e determinou que a ré efetivasse o depósito elisivo até a respectiva data.

A recorrente sustenta, em resumo, que há procedimento próprio na lei de falência, inexistindo previsão para designação de audiência de conciliação; além disso, é indevida a prorrogação do prazo para realização do depósito elisivo.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 210/211), não houve resposta recursal.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça pugnou pelo provimento do recurso (fls. 336/343).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Cuida-se de ação ajuizada em 19/01/2017 por POLI RESINAS IND. E COM. DE RESINAS LTDA. com pedido de falência da ré VIDA FIBRAS FABRICAÇÃO DE CAIXAS EM FIBRA DE VIDRO LTDA. fundada no inadimplemento de 15 duplicatas mercantis vencidas e não pagas no valo total de R$ 87.318,00, nos termos do art. 94, I, da Lei nº 11.101/05 (fls. 01/09, dos autos de origem).

Citada, a ré ofertou contestação aduzindo em preliminar: falta de prova da condição de comerciante, ausência de interesse processual por não terem os títulos sido executados em ação própria e a inexistência de insolvência; no

Acesso ao Sumário

mérito, diz que não cabe a incidência da correção monetária e dos honorários advocatícios na falência (fls. 110/121).

A autora refutou as preliminares arguidas pela ré, afirmando ainda que a ré não se desincumbiu do ônus da impugnação específica. Somado a isso, não efetuou o depósito elisivo, pugnando assim pela decretação de falência (fls. 129/138).

Na sequência, adveio a r. decisão agravada que designou audiência de conciliação para o dia 14/11/2018, determinando ainda que a ré providenciasse o depósito elisivo até a respectiva data, sob pena de decretação da falência. Posteriormente, a audiência foi redesignada para o dia 20/02/2019 (fls. 172 e 182).

Nesse contexto, o recurso comporta guarida.

Audiência de conciliação. Inicialmente, cumpre destacar que a Súmula 46 deste Tribunal dispõe: "A lei falimentar, por especial, possui todo o regramento do pedido e processo de falência, e nela não se prevê a designação de audiência de conciliação".

Diante das peculiaridades do caso concreto, pode o magistrado decidir pela realização, ou não, de tal audiência, considerando o princípio da cooperação e a solução consensual dos conflitos (arts. 3º e 6º, CPC). Mas isso se as partes manifestarem interesse na designação da audiência.

Neste passo, o Superior Tribunal de Justiça tem considerado que "Não importa nulidade do processo a não realização da audiência de conciliação, uma vez que a norma contida no art. 331 do CPC visa a dar maior agilidade ao processo e as partes podem transigir a qualquer momento" (REsp nº 148.117, Rel. Min. Castro Meira, j. 08.03.05). No mesmo sentido, REsp nº 769.119, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 13/09/05.

Todavia, no caso dos autos, a agravante manifestou expressamente seu desinteresse na realização da audiência de conciliação, razão pela qual mostra-se totalmente desnecessária e em total prejuízo à celeridade do processo.

Depósito elisivo. Não se discute que o depósito deve ser feito em dinheiro e no prazo da contestação, como se depreende da redação do art. 98, parágrafo único da Lei nº 11.101/05: "Nos pedidos baseados nos incisos I e II do caput do art. 94 desta Lei, o devedor poderá, no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor."

Cabe frisar que o pedido de falência se lastreia no art. 94, inciso I, da Lei n. 11.101/2005, que exige o depósito elisivo para obstar a quebra. Mas até hoje, passados mais de 2 anos, nada disso foi feito.

Acesso ao Sumário

Nesse ponto, o art. 96, da Lei n. 11.101/2005 elenca as matérias de defesa que devem ser provadas pelo devedor que as invoque, para obstar a decretação de quebra, a saber: "I - falsidade de título; II - prescrição; III - nulidade de obrigação ou de título; IV - pagamento da dívida; V - qualquer outro fato que extinga ou suspenda obrigação ou não legitime a cobrança de título; VI - vício em protesto ou em seu instrumento; VII - apresentação de pedido de recuperação judicial no prazo da contestação;".

Nessa perspectiva, SÉRGIO CAMPINHO esclarece que "realizado o depósito, a falência não mais será decretada, eis que elidida a presunção de insolvabilidade do devedor. O depósito aqui tratado não é feito em pagamento, mas como prova de que o devedor não se encontra insolvente. Permite, assim, que promova sua defesa, afastado o fantasma da decretação de sua quebra, caso não tenha sucesso no acolhimento de suas razões pelo juiz" (Curso de direito comercial Falência e recuperação de empresa, 8ª edição, Editora Saraiva, 2017).

É importante frisar que o ilustre Promotor de Justiça, Dr. MARCOS DA SILVA BRANDINI, em sua manifestação de 13/06/2017, já propugnara pela decretação da quebra, destacando: "Os fatos constitutivos do direito à falência da devedora estão bem demonstrados pelos documentos carreados aos autos. Fundada na impontualidade, é suficiente a prova documental dos títulos executivos protestados e da notificação pessoal e identificada dos responsáveis legais. Dessa forma, desnecessário o prévio ajuizamento de execução para, a posteriori, o intento falimentar, uma vez que as hipóteses legais são independentes e autônomas entre si (artigo 94, incisos I e II, da Lei nº 11.101/05)" (fls. 163/164 dos autos de origem).

No mesmo sentido, é o parecer a egrégia Procuradoria Geral de Justiça (fls. 36/343).

E na manifestação de novembro de 2018, já vislumbrando a possibilidade de o sócio SERGIO GAMA FILHO ter se retirado fraudulentamente da empresa ré, o Ministério Público requereu extração de cópias de todo o processado e remessa à autoridade policial para apuração de crime (fls. 452/455 dos autos de origem).

Por fim, cumpre lembrar que a ré agravada nem se dignou a responder o presente recurso.

Em conclusão, o feito deve prosseguir regularmente, independentemente de audiência de conciliação, e se for caso, que se decrete a quebra nos termos do art. 94, Lei nº 11.101/2005 (LRJ).

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2038733-74.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MANUEL BAQUEIRO PINEIRO JUNIOR, é agravado O JUIZO.

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 36.069)**

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

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

RICARDO NEGRÃO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Falência - Declaração de ineficácia do ato de arrematação - Averbação na matrícula do imóvel que traz a expressão fraude à execução seguida da anotação de ineficácia - Inconformismo - Descabimento - A fraude à execução possui natureza incidental e decorre da prática de atos ineficazes - Ausência de prejuízos - Agravo não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Falência - Declaração de ineficácia do ato de arrematação - Arrecadação do bem e determinação de avaliação para alienação - Minuta recursal que pretende obstar a alienação sob alegação de trâmite de ação rescisória contra v. acordão que declarou a ineficácia - Ação rescisória extinta - Ineficácia que conduz à arrecadação e, por consequência, à possibilidade de alienação pela massa falida - Decisão mantida - Agravo improvido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Falência - Declaração de ineficácia do ato de arrematação realizado perante a Justiça do Trabalho - Pretensão à transferência dos valores ao Juízo falimentar - Descabimento - Ineficácia que conduz à inexistência do ato de arrematação - Eventual direito a devolução de valores deve ser postulado pelo interessado perante a Justiça do Trabalho - Agravo improvido.

Acesso ao Sumário

AGRAVO INTERNO - Recurso interposto contra despacho do Relator que indeferiu pedido de antecipação de tutela - Perda de objeto em razão do julgamento do agravo de instrumento - Recurso não conhecido.

Dispositivo: Negam provimento e não conheceram o agravo interno.

VOTO

Agravo de instrumento interposto por pelo Dr. **Manuel Baqueiro Pineiro Junior** dirigido à r. decisão em fl. 1.766-1.767 proferida pelo Dr. Marcelo Barbosa Sacramone, MM. Juiz de Direito da E. 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, nos autos da ação ordinária de responsabilidade:

> Vistos.
>
> Fls. 1738: conforme apontado pelo requerente, sobre o bem imóvel pende ação rescisória. A ação rescisória, entretanto, não tem o efeito, por si só, de evitar a alienação do imóvel. Ademais, a parte, se assim o desejasse, poderia interpor recurso da decisão que determinou a avaliação para a venda do imóvel.
>
> Logo, indefiro o pedido para suspensão de qualquer alienação do bem.
>
> Quanto à expedição e ofício, embora realmente não seja o caso de fraude à execução, mas de ineficácia do ato de arrematação trabalhista em relação a massa falida, e não seu cancelamento, o ofício produziu exatamente o mesmo efeito, de modo que não é o caso de realizar qualquer correção.
>
> Indefiro o pedido de expedição de ofício à 31a Vara do Trabalho pois a alienação não foi realizada pelo Juízo Universal e o arrematante não tem qualquer direito perante a Massa Falida. Logo, o arrematante deverá pleitear o que pretende para tutelar seu direito perante a Justiça do Trabalho.
>
> Recurso tempestivo (fl. 1.768) e preparado (fl. 1.769-1.770). Inconformado, o recorrente, interpôs o presente recurso.

Diz que o 16º Registro de Imóveis ultrapassou os limites traçados no v. acórdão prolatado nos autos n. 2132209-74.2015.8.26.0000 e, ao invés de averbar apenas a ineficácia da arrematação consignou proceder à "*averbação para constar a ineficácia da arrematação registrada sob n. 9 bem como da averbação n. 10, nesta matrícula, em decorrência de fraude à execução, nos termos da r. decisão datada de 23 de março de 2017 e em observância ao v. acordão proferido em 17 de fevereiro de 2016 pelo eg. Tribunal de Justiça de São Paulo no Agravo de Instrumento n. 2132209-74.2015.8.26.0000*".

Acesso ao Sumário

Afirma que, na qualidade de arrematante do imóvel, diante da averbação acima transcrita, postulou no Juízo falimentar: (a) determine a exclusão do termo "fraude à execução"; (b) suspenda qualquer alienação até o trânsito em julgado da ação rescisória promovida com o objetivo de afastar a declaração de ineficácia e; (c) oficie a Justiça do Trabalho a fim de que transfira os valores da arrematação ao juízo falimentar.

Diante do indeferimento, insiste inexistir menção a fraude à execução no v. acórdão que declarou a ineficácia, não houve anulação do certame e reitera as pretensões rejeitadas na origem para amparar a pretensão de reforma, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, em especial, diante da ação rescisória promovida para afastar a declaração de ineficácia da arrematação.

Ao determinar o processamento do recurso, a eficácia pretendida restou indeferida (fl. 1.772-1.774):

> […]
>
> Assevera o recorrente que ajuizou ação rescisória questionando a ineficácia da arrematação, e que a determinação judicial no julgamento do agravo de instrumento anterior foi apenas para anotar na averbação cartorária a ineficácia da arrematação em relação à massa falida, e nada mais, não tendo sido apontada fraude à execução, sendo que buscou obter provimento judicial que determinasse a correção do álbum imobiliário, mas o pleito foi negado.
>
> Aduz que os limites traçados pelo v. acórdão mencionado determinou apenas a ineficácia dos efeitos da arrematação em relação à massa falida e não a anulação do certame, de modo que há sim violação à coisa julgada, e em relação à autoridade das decisões superiores. Diz que a lesão patrimonial é grande, posto que o bem será levado a nova praça, o que não foi autorizado pelo E. TJSP.
>
> Protesta pelo deferimento liminar para que, *ab initio*, seja cassada a decisão combatida, determinando a expedição de ofício para que o CRI retifique a averbação, passando a constar apenas "a ineficácia dos efeitos da arrematação em relação à massa falida", bem como a expedição de ofício ao MM. Juiz Trabalhista da E. 31ª VT/SSP, Proc. n. 0293400-78.2001.5.02.0031 determinando a transferência dos numerários da arrematação para o MM. Juiz da Falência Juízo Universal (fl. 10).
>
> Em análise perfunctória, não convencido do alegado prejuízo, bem como por não se vislumbrar relevante fundamento para obstar a marcha processual, deve aguardar-se o julgamento Colegiado.
>
> Destarte, indefiro a medida pretendida.
>
> Intime-se o administrador judicial interessado nos termos do art. 1019, II do Código de Processo Civil de 2015 e dê-se vista ao Ministério Público

Acesso ao Sumário

nesta instância.

Comunique-se. Publique-se. Intime-se.

Contraminuta em fl. 1.777-1.778. Noticia a extinção da mencionada ação de rescisória por carência da ação (processo n. 2123873-13.2017.8.26.0000) e defende o desprovimento do recurso.

Contra o despacho que indeferiu a antecipação de tutela, o agravante da demanda ajuizou agravo interno cadastrado sob o n. 2038733-74.2018.8.26.0000/50000.

Parecer Ministerial firmado pela Dra. Leila Mara Ramacciotti, Exma. Procuradora de Justiça pelo não provimento do agravo (fl. 1.785-1.786).

É o relatório.

I - DOS CONTORNOS RECURSAIS

No julgamento do agravo de instrumento anterior foi declarada a ineficácia da arrematação em relação à massa subjetiva, ante o interesse público e da universalidade de credores:

DIFERIMENTO DE CUSTAS - Pessoa Jurídica - Alegação de que teve sua liquidação extrajudicial decretada e se encontra impossibilitado de arcar com custas e demais despesas processuais - Cabimento - Situação sui generis que por si só demonstra o estado deficitário e a crise de liquidez necessários ao diferimento das custas e despesas processuais - Diferimento concedido - Diferimento de custas refere-se à taxa judiciária (art. 5º da Lei estadual n. 11.608/03) - Recurso provido, com observação.

INDISPONIBILIDADE DE BENS - Decreto administrativo impondo regime especial de direção fiscal por ato de agência reguladora (agência nacional de saúde suplementar) - Inteligência do disposto no art. 24-A e parágrafo primeiro da Lei n. 9.659/98 - Natureza e finalidade do ato administrativo - Efeitos erga omnes e extensão ao processo falimentar subsequente - Recurso provido para declarar a ineficácia do ato de arrematação trabalhista em relação à massa falida, não o seu cancelamento - Recurso provido, com observação.

COMPETÊNCIA - Juízo Falimentar que entende não ser competente para decidir questões relacionadas à indisponibilidade de bens dos ex-administradores de sociedade em regime especial - Bem imóvel declarado indisponível com vistas a garantir a futura responsabilização de todos os ex-administradores que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao ato que decretou o regime especial - Decisão de procedência em ação de responsabilização - Recurso provido para declarar que ao Juízo Falimentar compete conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido.

Acesso ao Sumário

Dispositivo: deram provimento ao recurso, com observação.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2132209-74.2015.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Negrão; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 17/02/2016; Data de Registro: 19/02/2016)

Sob argumento de que a averbação registrada na matrícula do imóvel não está de acordo com o determinado no v. acórdão, o agravante pretendeu a expedição de ofício para retificação.

Noticiou, ainda, o ajuizamento de ação rescisória e defendeu a suspensão de eventual alienação e a expedição de ofício à Justiça do Trabalho para transferência dos recursos para o Juízo falimentar (fl. 1.038-1.740 1º g.).

A matrícula do imóvel objeto da insurgência encontra-se em fl. 1.741-1.747 1º g.

Diante da declaração de ineficácia da arrematação ocorrida na Justiça do Trabalho, o Juízo falimentar determinou a arrecadação e alienação do bem na falência e a averbação da ineficácia no RI (autos n. 1049380-78.2014.8.26.0100):

Vistos.

Fls. 334: Cumpra-se o v. Acórdão.

No acórdão, houve decisão de ineficácia das arrematações ocorridas nos Juízos Trabalhistas.

Oficiem-se às 31ª Vara do Trabalho e à 13ª Vara do Trabalho de São Paulo com cópia da decisão pelo e. Tribunal de Justiça, que reconheceu a ineficácia da venda e com a manutenção do gravame da indisponibilidade dos bens.

Proceda a administradora judicial à arrecadação e alienação dos bens na presente falência.

Fls. 365: Defiro o pedido. Expeça-se ofício aos Cartórios de Registro de Imóveis competentes para as averbações das ineficácias de eventuais arrematações, conforme Acórdão do e. Tribunal.

Fls. 426: Diga a administradora judicial e MP.

Int.

Defende-se neste recurso não ser adequada a expressão transcrita na Matrícula n. 66.258 do imóvel registrado perante o 16º RI de São Paulo sob averbação n. 12 ao consignar que o cancelamento da arrematação deu-se em razão da declaração de ineficácia, "*em decorrência de fraude à execução*".

O inconformismo é infundado.

A lei falencial atual prevê duas modalidades de ação revocatória: ineficácia objetiva, pura e simples (art. 129) e ineficácia subjetiva, com prova da intenção de fraudar credores (art. 130). Somente a hipótese prevista no art. 129 pode ser

Acesso ao Sumário

declarada de ofício, por ser matéria *ex lege*.

A fraude à execução possui natureza incidental, decorre da prática de atos ineficazes e, em se tratando de falência, culmina na arrecadação do bem. De tal sorte, a expressão indigitada não é descontextualizada e não há nenhum prejuízo na transcrição.

Apenas haveria fundamento no inconformismo caso a averbação se reportasse "fraude a credores", o que não ocorreu.

Reitera-se, outrossim, a didática conclusão do Juízo Falimentar:

> Quanto à expedição e ofício, embora realmente não seja o caso de fraude à execução, mas de ineficácia do ato de arrematação trabalhista em relação a massa falida, e não seu cancelamento, o ofício produziu exatamente o mesmo efeito, de modo que não é o caso de realizar qualquer correção.

Os outros pontos suscitados pelo agravante são infundados. Alega que o bem não pode ser alienado em razão do trâmite de ação rescisória, de maneira que o bem estaria *sob judice*.

Ocorre que foi extinta a ação rescisória mencionada pelo agravante, conforme se anota:

> Agravo Regimental - Ação rescisória - Extinção - Indeferimento da petição inicial - Inadequação - Falta de interesse de agir - Não verificada, a partir do texto da petição inicial, ofensa à coisa julgada - Ausência de enquadramento nos incisos do artigo 966 do CPC de 2015 - Agravo regimental desprovido.
>
> (TJSP; Agravo Regimental 2123873-13.2017.8.26.0000; Relator (a): Fortes Barbosa; Órgão Julgador: Grupo Reservado de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2.V. FALENCIA RECP. JUD.; Data do Julgamento: 23/04/2018; Data de Registro: 23/04/2018)

Prevalece o v. acórdão que reconheceu ineficaz o ato de arrematação, portanto, inexistente. Sendo assim, possível a arrecadação e alienação pela massa.

Acesso ao Sumário

Eventual direito a devolução de valores deve ser postulado pelo interessado perante a Justiça do Trabalho.

Mantém-se a r. decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Por fim, consigne-se que o não provimento do agravo de instrumento esvazia a pretensão recursal estampada no agravo interno, que somente objetivou a reconsideração do indeferimento da antecipação da tutela recursal.

Em razão do exposto, nega-se provimento ao recurso e não se conhece o agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2228772-28.2018.8.26.0000, da Comarca de Guarujá, em que são agravantes LUCIANA CRISTINA DA SILVA, MATHEUS HENRIQUE DA SILVA REIS e GUILHERME DA SILVA REIS, é agravado ELEKTRO ELETRICIDADE E SERVIÇOS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.375)**

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

São Paulo, 5 de dezembro de 2018.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO INDENIZATÓRIA FUNDADA EM FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ELETRICIDADE - DESCARGA ELÉTRICA QUE TERIA VITIMADO O CÔNJUGE E GENITOR DOS AGRAVANTES - ACIDENTE DE CONSUMO - FORNECEDORA QUE CONTRATOU SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL - DENUNCIAÇÃO DA LIDE CABÍVEL - MEDIDA QUE ATENDE AO PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL E NÃO ACARRETA QUALQUER PREJUÍZO AOS AUTORES. EFETIVIDADE DO PROCESSO. - Recurso DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de tempestivo agravo de instrumento, isento de preparo, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra a r. decisão de fls. 10, que deferiu a denunciação da lide pleiteada pela ré com fundamento no art. 125, III, do CPC, determinou a suspensão do processo (art. 126, CPC) e ordenou a citação da seguradora XL SEGUROS BRASIL S.A.

Inconformados, pretendem os agravantes a reforma da decisão sob o

fundamento de que é vedada a denunciação da lide nas ações que versam sobre relação de consumo, conforme previsão expressa do art. 88 do CDC e segundo orientação tranquila da jurisprudência dos Tribunais.

O recurso foi processado no ordinário efeito devolutivo e foram dispensadas as informações.

Intimada a responder, a agravada apresentou contraminuta (fls. 35/39).

Não houve oposição ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais e estéticos ajuizada por LUCIANA CRISTINA DA SILVA, MATHEUS HENRIQUE DA SILVA REIS e GUILHERME DA SILVA REIS contra ELEKRTO ELETRECIDADE E SERVIÇOS S/A, na qual se discute a responsabilidade civil desta última pela descarga elétrica que vitimou seu cônjuge e genitor VALMIR DOS SANTOS REIS no dia 02/05/2017.

Na contestação, invocando a existência de contrato de seguro de responsabilidade civil contra danos causados a terceiros, a ré requereu a denunciação da lide à seguradora, que foi deferida pela decisão agravada. Daí a interposição do presente recurso.

Com efeito, os arts. 13, parágrafo único, e 88, ambos do CDC, vedam expressamente a denunciação da lide nas ações judicias com substrato fático em relação de consumo, na medida em que a ampliação objetiva da demanda para solução, nos mesmos autos, também da ação regressiva, prolongaria sobremaneira a entrega da tutela jurisdicional pretendida em desfavor do consumidor, lembrando-se, a esse respeito, parte do voto proferido pelo Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO no julgamento de recurso de sua relatoria: "*É vedada a denunciação da lide para que ingresse terceiro em processo de autoria do consumidor, cuidando-se de relação de consumo, propiciando ampla dilação probatória que não interessa ao hipossuficiente e que apenas lhe causa prejuízo. Ademais, a denunciação da lide é instrumento processual vocacionado a conferir celeridade e economia ao processo, não se mostrando viável a concessão da denunciação quando tal providência figurar exatamente na contramão do seu escopo, como no caso dos autos*" **(STJ - REsp. n. 1305780/RJ - j. 04.04.2013)**.

Entretanto, a XL SEGUROS BRASIL S.A. assumiu o dever de indenizar danos materiais e/ou corporais causadas a terceiros pela ré até o valor de R$ 44.000.000,00, situação que se amolda à hipótese prevista no art. 101, II, do CDC, segundo o qual, na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, "**o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador**".

Embora igualmente justificada no dever de indenizar assumido, em

regresso, pela seguradora, a intervenção de terceiro admitida com fundamento no referido artigo não resulta na formação de lide secundária entre a ré e seguradora para discussão do direito de regresso em prejuízo dos autores; ao contrário, admite a ampliação subjetiva da demanda para facilitar a satisfação do crédito porventura constituído em seu favor do consumidor, diante da solidariedade então estabelecida entre os litisconsortes.

Ao comentar o art. 101, II, do CDC, leciona RIZZATTO NUNES que "*a regra que permite a intervenção no processo do terceiro-segurador como litisconsorte passivo claramente beneficia o consumidor-autor. Isto porque, pelo regime do chamamento, o segurador assume a posição de codevedor solidário do réu. Como naturalmente o segurador terá bom poder econômico (essa é a regra), o consumidor tem para si ampliadas as possibilidades de sucesso na futura execução da eventual sentença condenatória*" (**Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013 - p. 698**).

Vale anotar, ainda, o comentário de KAZUO WATANABE a respeito: "*o fornecedor demandado poderá convocar ao processo o seu segurador, mas não para o exercício de ação incidente de garantia, que constitui a denunciação da lide, e sim para ampliar a legitimação passiva em favor do consumidor, o que se dá através do instituto do chamamento ao processo*" (**Código Brasileiro de defesa do Consumidor comentados pelos autores do anteprojeto; 9ª ed. - Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007 - p. 919**).

No entanto, o Juízo deferiu a denunciação à lide, e nada obsta que se proceda nessa linha.

A respeito, o Des. Humberto Theodoro Júnior oferece elucidativa lição em sua notável obra "*Curso de Direito Processual Civil*", 56ª edição, Vol. I, § 276, em que menciona pioneiro acórdão deste egrégio Tribunal de Justiça bandeirante, que, **nos idos de 1975**, já reconhecera a utilidade e a efetividade do chamamento ao processo da Cia seguradora (Apelação nº 239.818, ac. 14.2.1975, Revista Forense 252/195).

A lição do mestre de Minas Gerais é no sentido de que, em casos análogos, **admite-se sempre a intervenção da seguradora em qualquer das duas modalidades (denunciação à lide ou chamamento ao processo)** e em tal sentido deve evoluir a jurisprudência, sob a égide do CPC em vigor:

"*O novo Código, entretanto, preferiu colocar a execução direta contra o interveniente no campo da denunciação da lide (art. 128, parágrafo único), quando, pela natureza do chamamento ao processo, este é que seria o remédio adequado para uma condenação conjunta da parte e do interveniente (art. 132). Como as duas intervenções conduzem a resultados praticamente iguais, não haverá prejuízo para nenhuma das partes quando se optar por qualquer delas. Lembre-se que, pelo princípio da instrumentalidade das formas, não se pode*

anular processo algum por inobservância do procedimento adequado, quando inexista prejuízo (art. 283)."

Assim, considerando que a ré celebrou contrato de seguro de responsabilidade civil contra acidentes ou danos pessoais causados a terceiros, admitir o ingresso da seguradora ao processo, no caso, é medida que prestigia o princípio da economia processual e que possibilita o exercício da ampla defesa pela ré, **conferindo efetividade ao processo**, sem implicar prejuízo aos autores, já que não terá o condão de isentar o fornecedor de responsabilidade pelo evento danoso caso configurado o acolhimento do pedido inicial, possibilitando ao consumidor, outrossim, mais tranquila execução da indenização eventualmente fixada diretamente em face da seguradora, que é notoriamente solvente.

Corroborando esse entendimento, os seguintes arestos deste egrégio Tribunal de Justiça bandeirante:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO - RELAÇÃO DE CONSUMO - DENUNCIAÇÃO À LIDE - FUNGIBILIDADE - CHAMAMENTO AO PROCESSO (ART. 101, II, DO CPC) - Possível a inclusão da seguradora no polo passivo da lide consumerista, conforme expressamente autorizado pelo art. 101, II, do Código de Defesa do Consumidor, na forma de chamamento ao processo, fazendo com que o garante figure no polo como devedor solidário e não como parte de uma lide secundária. Decisão que implica em celeridade em favor do consumidor e não em retardo no andamento do feito. Exclusão da seguradora que deve ser afastada. RECURSO IMPROVIDO.* **TJSP - A.I. 2058327-74.2018.8.26.0000 - rel. Des. Maria Lúcia Pizzotti - j. 23/05/2018.**
>
> *Agravo de Instrumento. Prestação de Serviços. Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais. Denunciação da lide à Seguradora. Descabimento. Relação de consumo. Vedação constante no art. 88, do CDC, que se estende às demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC). Chamamento ao processo. Possibilidade. Inteligência do artigo 101, II, do CDC. Norma em benefício do consumidor. Precedentes desta Corte. Decisão mantida. Recurso não provido, com observação.* **TJSP - A.I. 2184335-33.2017.8.26.0000 - rel. Des. Bonilha Filho - j. 14/12/2017.**

Diante dos elementos constantes dos autos, não se justifica obstar a intervenção da seguradora na demanda, cabendo confirmar a decisão objurgada, pois, por escolha da segurada, a seguradora foi denunciada à lide, e o Juízo acertadamente deferiu o pedido.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2216894-09.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes LIGIA MARIA RESSTOM e PANARÉA NEGÓCIOS E EMPREENDIMENTOS S/A, são agravados ASSIBI JORGE, MARIA LOURDES ESKILDSEN e UILIAM APARECIDO DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.875)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO AYROSA (Presidente sem voto), CARLOS NUNES e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 8 de janeiro de 2019.

ADILSON DE ARAUJO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO CONSIDEROU VÁLIDO O PAGAMENTO DA COMISSÃO REALIZADO DIRETAMENTE AO LEILOEIRO. CONDUTA IRREGULAR QUE FOI PROVOCADA PELO LEILOEIRO OFICIAL. COBRANÇA DE COMISSÃO EM PERCENTUAL SUPERIOR AO QUE CONSTOU DO EDITAL. IRREGULARIDADE QUE NÃO PODE SER IMPUTADA AOS ARREMATANTES. CONDUTA DO LEILOEIRO QUE DEVE SER APURADA E SOFRER AS DEVIDAS SANÇÕES. LEILOEIRO QUE DEVE DEPOSITAR EM JUÍZO O VALOR A MAIOR COBRADO A TÍTULO DE COMISSÃO. RECURSO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO. É certo que o procedimento adotado pelos arrematantes foi irregular quanto ao pagamento da comissão de leiloeiro, mas essa irregularidade teve como fato gerador conduta do leiloeiro oficial que, aliás, tem como função cuidar pela regularidade do procedimento de alienação judicial, com observância do que constou do edital que, diga-se de passagem, elaborou. Assim, impensável determinar

Acesso ao Sumário

que os arrematantes realizem o depósito judicial da comissão quando comprovam que, por orientação irregular do leiloeiro oficial, efetuaram o pagamento direto ao auxiliar. Constou do edital o procedimento correto para pagamento da comissão. Todavia, se é certo que os arrematantes deveriam observar o que constou do edital, com muito mais razão aquele que atua em nome do Poder Judiciário. Aliás, a conduta do leiloeiro deve ser analisada, pois não só orientou os arrematantes a realizar o pagamento de modo diverso do indicado no edital, como também cobrou valor superior ao estabelecido no documento oficial. A conduta do leiloeiro oficial acabou por criar obstáculo para a rápida e efetiva satisfação da obrigação e deu causa a incidentes, o que é reprovável. Desse modo, o auto de arrematação deve ser assinado pelo Magistrado e o leiloeiro oficial intimado a depositar em juízo o valor a maior cobrado a título de comissão, sem afastar a necessidade de apuração de sua conduta e consequente sanção para o caso.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por **LIGIA MARIA RESSTOM** e **OUTRO** tirado contra a decisão copiada às fls. 31/33, proferida nos autos da execução de título extrajudicial (crédito decorrente de contrato de locação) proposta por Espólio de **ASSIBI JORGE** e **OUTRO** em face de **MARIA LOURDES ESKILDSEN**, que não considerou válido o pagamento da comissão feito diretamente ao leiloeiro.

Sustentam os agravantes (arrematantes), em síntese, que participaram de um certame realizado perante 2ª Vara Cível do Fórum Regional da Lapa e arrematararam o imóvel objeto da matrícula imobiliária nº 89.052, pelo valor de R$315.174,24 correspondente a 70% da avaliação. No mesmo instrumento editalício, ficou estabelecido que o arrematante deveria arcar com a respectiva comissão ao leiloeiro, na proporção de 4% do lanço vencedor. Encerrada a etapa de lances, o leiloeiro encaminhou mensagem aos agravantes, com as instruções para os depósitos referentes ao lanço e comissão. O valor da comissão foi calculada pelo leiloeiro no percentual de 5% sobre o valor do lance vencedor e não na proporção de 4%, conforme estabelecido no edital. Para a devida assinatura do auto de arrematação, determinou o Magistrado "a quo" a comprovação do depósito da comissão do leiloeiro. Juntaram as guias de fls. 597/596, comprovando, assim, a quitação tanto do lance vencedor,

Acesso ao Sumário

bem como da respectiva comissão do leiloeiro. O Magistrado não aceitou o pagamento efetuado diretamente ao leiloeiro, o que tornou, por dedução, sem efeito o depósito realizado. Seguiram a orientação do leiloeiro e efetuaram o depósito da comissão diretamente na sua conta-corrente, o que constitui, no máximo, uma mera irregularidade. Tentaram contatar o leiloeiro em inúmeras oportunidades, visando a devolução da comissão, bem como do valor pago a maior, tendo em vista que efetuaram o depósito no percentual de 5% (ao invés dos 4%, tudo conforme, repisa-se, a orientação do citado auxiliar do Juízo. O leiloeiro simplesmente ignorou o pedido dos agravantes e criou-se um impasse, pois o Magistrado não assinaria o auto de arrematação sem o depósito nos autos e o leiloeiro faz ouvidos moucos, como também não devolveria a comissão. O caso requer uma solução casuística, pautada, principalmente, nos princípios da razoabilidade e boa-fé processual. Por constituir os atos aqui relatados do leiloeiro faltas funcionais de considerável gravidade, requer seja posteriormente encaminhado estes autos à Corregedoria de Justiça de São Paulo para a devida apuração das irregularidades apontadas. Pugnam pela concessão da medida pleiteada para determinar ao leiloeiro a devolução da comissão nos próprios autos e daquilo que foi depositado a maior em seu favor, ou, sucessivamente, caso esse Egrégio Tribunal entenda ser cabível a quitação através do pagamento direto, a devolução do excedente, com a determinação para a assinatura do auto de arrematação.

Inicialmente o agravo de instrumento foi distribuído à 29ª Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do Desembargador CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN que, pelo despacho de fls. 40, deferiu o efeito suspensivo apenas no tocante à determinação de realização do depósito da comissão do leiloeiro.

Por sua vez, os agravados apresentaram contraminuta pugnando pela manutenção da decisão, pois, conforme exposto no edital, item "Da Comissão", está expresso que o valor corresponde a 4% sobre o preço de arrematação do bem deveria ser depositada em juízo através de Guia de Depósito Judicial, o que não foi observado pelos agravantes (fls. 48/55).

Pelo v. acórdão de fls. 82/85, o presente recurso foi a mim redistribuído em razão de prevenção pelo julgamento da Apelação nº 9078453-22.2001.8.26.0000.

É o relatório.

Os arrematantes não se conformam com a decisão proferida pelo Magistrado "a quo" determinando o depósito judicial da comissão, mesmo depois de comprovado o pagamento diretamente ao leiloeiro.

Vislumbra-se dos documentos juntados ao recurso que, de fato, no edital, constou que o pagamento do preço do bem arrematado e da comissão, no valor de 4% sobre o preço da arrematação, deveriam ser realizados por depósito em

Acesso ao Sumário

juízo, através de guia de depósito judicial (fls. 22).

Entretanto, os arrematantes realizaram o pagamento do preço do bem através de depósito judicial, mas a comissão paga diretamente ao leiloeiro oficial. Além disso, a comissão foi paga no valor de 5% do bem arrematado e não 4%, conforme constou do edital.

O Magistrado não aceitou a forma como o pagamento da comissão foi realizada e condicionou a assinatura do auto de arrematação ao depósito judicial da comissão do leiloeiro (fls. 24).

É certo que o procedimento adotado pelos arrematantes foi irregular quanto à forma do pagamento da comissão de leiloeiro, mas essa irregularidade teve como fato gerador conduta do leiloeiro oficial, que, aliás, tem como função cuidar pela regularidade do procedimento de alienação judicial, com observância do que constou do edital, o qual, diga-se de passagem, elaborou.

Assim, impensável determinar que os arrematantes realizem o depósito judicial da comissão quando comprovam que, por orientação irregular do leiloeiro oficial, efetuaram o pagamento direto a ele.

Cabe ao juiz o controle oficioso da execução. A alienação judicial de bens deve ser realizada de modo a atrair interessados na aquisição, sem que no curso do procedimento apareçam "surpresas" como a noticiada neste recurso.

Com efeito, constou do edital o procedimento correto para pagamento da comissão. Todavia, se é certo que os arrematantes deveriam observar o que constou do edital, com muito mais razão aquele que atua em nome do Poder Judiciário.

Aliás, a conduta do leiloeiro deve ser analisada, pois não só orientou os arrematantes a realizar o pagamento de modo diverso do indicado no edital, como também cobrou valor superior ao estabelecido no documento oficial. Essa conduta acabou por criar obstáculo para a rápida e efetiva satisfação da obrigação e deu causa a incidentes, o que é reprovável.

Desse modo, o auto de arrematação deve ser assinado pelo Magistrado e o leiloeiro oficial intimado a depositar em juízo o valor a maior cobrado a título de comissão, sem afastar a necessidade de apuração de sua conduta e consequente sanção para o caso, mediante expedição de ofício à Egrégia Corregedoria Geral da Justiça.

Posto isso, por meu voto, **dou provimento** ao agravo de instrumento, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2135125-76.2018.8.26.0000, da Comarca de Bertioga, em que é agravante GABRIELA SOARES SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), são agravados AUTOSEVEN MULTIMARCAS EIRELI - ME (NÃO CITADO), BV FINANCEIRA S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO e TAXCO LOCADORA DE BENS LTDA. - ME (NÃO CITADO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, vencido o 2º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19569)**

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

São Paulo, 8 de janeiro de 2019.

MORAIS PUCCI, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Ação de rescisão contratual c/c reparação de danos. Decisão agravada que indeferiu a concessão de tutela antecipada. Insurgência. Veículo adquirido pela autora que apresentou defeitos ocultos. Pagamento de parte do preço mediante celebração de contrato de financiamento. Contratos coligados. Relação de dependência entre essas avenças. Redibição do contrato de compra e venda que resulta na extinção do contrato coligado de financiamento. Verossimilhança das alegações da autora. Agravo provido.

VOTO

Versam os autos sobre agravo de instrumento interposto contra a r. decisão proferida na ação de rescisão contratual cumulada com reparação movida por **GABRIELA SOARES SILVA**, em relação a **AUTOSEVEN MULTIMARCAS EIRELI ME** e outras, que indeferiu a antecipação de tutela requerida pela autora.

Inconformada, a autora requereu a concessão de efeito ativo ao agravo para deferir a antecipação da tutela e, no mérito, a confirmação dessa decisão.

Concedi efeito ativo ao recurso.

O agravo é tempestivo e não foi preparado por ser a agravante beneficiária

Acesso ao Sumário

da assistência judiciária.

Contraminuta à f. 24/29.

É o relatório.

No presente caso, a autora, em suma, alega que o veículo adquirido de uma das corrés, mediante pagamento de parte do preço através de financiamento bancário, apresentou vício oculto, consistente em podridão na lataria que permite seu alagamento por águas pluviais, que o torna impróprio para uso.

Juntou, para comprovar suas alegações, áudios de conversas que manteve com a vendedora e fotografias que demonstram o estado do bem.

O agravo prospera.

A relação jurídica existente entre a autora, a loja corré e a BV Financeira se estabeleceu em razão da compra do veículo junto à loja corré, ou seja, não pretendia a autora obter um financiamento puro, só o fazendo porque foi o único meio encontrado para adquirir o automóvel com pagamento parcelado do preço.

Assim, há um liame de dependência entre a compra e venda e o financiamento, de modo que a redibição da compra e venda por vício oculto do veículo adquirido pela autora contamina também o contrato de financiamento obtido para seu pagamento.

Nesse caso, a autonomia dos contratos de compra e venda do veículo e de financiamento é apenas aparente porque entre eles há um forte liame, uma dependência recíproca, de modo que as partes não teriam celebrado um desses negócios sem o outro.

Estão, assim, tais contratos coligados voluntariamente por dependência recíproca, segundo lição do saudoso Orlando Gomes, que, nesse particular, já ensinava o seguinte:

> "Os contratos coligados são queridos pelas partes contratantes como um todo (...). A dependência pode ser recíproca ou não. Na primeira forma, dois contratos completos, embora autônomos, condicionam-se, reciprocamente, em sua existência e validade. Cada qual é a causa do outro, formando uma unidade econômica. Enfim, a intenção das partes é que um não exista sem o outro (...). Visto que nessa união de contratos há reciprocidade os dois se extinguem ao mesmo tempo; a dissolução de um implica a do outro" (*in* "Contratos", Forense, 12ª ed., 1990, pg. 112/113).

Menciono, nesse sentido, os seguintes precedentes deste E. Tribunal:

> O contrato de financiamento e o contrato de compra e venda, embora estruturalmente independentes entre si, encontram-se funcionalmente interligados, têm um fim unitário comum, sendo ambos, em essência, partes integrantes de uma mesma operação econômica global, de tal arte que cada qual é a causa do outro, um não seria realizado

Acesso ao Sumário

isoladamente, sem o outro. Sendo conexos os contratos, possível ao consumidor promover também a rescisão do mútuo financeiro em caso de inadimplemento do vendedor. (AI nº 1.166.04-0/0 Rel. Des. Andrade Neto 30ª Câmara de Direito Privado j. 3/12/2008).

(...)ARRENDAMENTO MERCANTIL E VENDA E COMPRA. CONTRATOS COLIGADOS. PERTINÊNCIA SUBJETIVA DA AÇÃO FRENTE À ARRENDADORA E VENDEDORA. Os contratos de compra e venda de veículo e de arrendamento mercantil são ajustes coligados, de modo que o destino do primeiro determina a procedência do outro. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE VEICULO E DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - CONTRATOS COLIGADOS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. VÍCIOS NO PRODUTO. PEÇAS RECUPERADAS E NÃO ORIGINAIS. RESCISÃO CONTRATUAL. ART. 18, § 1º, II DO CDC. PERTINÊNCIA. RECURSOS NÃO PROVIDOS. Evidenciado que o veículo objeto do negócio estabelecido entre as partes ostenta peças substitutas não originais, além do que algumas recuperadas, o que faz com que tenha depreciação de seu valor, deveria ele ser anunciado ao autor, cientificando-o do histórico do mesmo, em respeito à boa-fé objetiva que há que permear as relações negociais, nos termos do art. 421 e 422 do CC. Assim, nos termos do art. 18, § 1º, II, do CDC, era direito subjetivo do apelado dar por rescindido os contratos estabelecidos entre as partes (arrendamento mercantil e compra e venda), com a imediata restituição da quantia paga. (9212571-85.2008.8.26.0000 Apelação; Relator(a): Paulo Ayrosa; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; 18/01/2011).

AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL POR VÍCIO DO PRODUTO - COMPRA E VENDA COM FINANCIAMENTO. Apelação da instituição financeira. Alegação de independência entre os contratos de financiamento e compra e venda não configurada. Contratos coligados. Financiamento celebrado exclusivamente em razão da compra, que também se extingue em caso de resolução desta. Legitimidade passiva da apelante configurada. Empresas rés que, ao atuarem conjuntamente perante o mercado de consumo, devem responder de forma solidária por eventuais prejuízos causados ao consumidor, em respeito ao espírito de lealdade, boa-fé e proteção estabelecido pela Lei 8078/90. Manutenção do entendimento adotado pelo juízo monocrático - Negado provimento. (0108680-95.2008.8.26.0003 Apelação; Relator(a): Hugo Crepaldi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; 07/03/2012).

AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA E DE ALIENAÇÃO FIDUCIARIA DE VEÍCULO. BEM ARRESTADO POR TERCEIRO EM RAZÃO DE EXECUÇÃO CONTRA O ANTERIOR PROPRIETÁRIO. GRAVAME NÃO INSERIDO NO DOCUMENTO DO VEÍCULO. CONTRATOS COLIGADOS. SENTENÇA RESCINDIU APENAS O

Acesso ao Sumário

CONTRATO DE COMPRA E VENDA. EXTINÇÃO DE UM IMPORTA NA RESCISÃO DO OUTRO. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. Porque um dos contratos tem influência no outro, a cessação de um faz cessar o outro. Recurso parcialmente provido (9160839-02.2007.8.26.0000 Apelação; Relator(a): Gilberto Leme; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; 31/01/2012).

Assim, eventual redibição da compra e venda do veículo ensejará a extinção do contrato de financiamento a ele coligado voluntariamente.

A autora demonstrou, *prima facie*, o vício no veículo que o torna impróprio para uso, consistente em podridão na lataria da parte anterior do bem, próxima à parede corta fogo que divide a carroceria do compartimento do motor, cuja visualização só é possível com a remoção da bateria.

Vislumbra-se, assim, a plausibilidade do direito que ela alegou para suspender o pagamento das prestações do financiamento.

Essa suspensão valerá para as parcelas que se vencerem a partir da intimação da instituição financeira desta decisão, ficando arbitrada, por cobrança indevida, multa de R$ 500,00.

Dou provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2176218-19.2018.8.26.0000, Comarca de Origem do Processo não informado, em que são agravantes RONALDO MATILE e RENATA LUIZA TRECENTI CRISTOVÃO MATILE e Interessado MARCIO VICENTE COELHO, é agravada MAFALDA VISSOTTO ALMEIDA CAMPOS.

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 31133)**

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

São Paulo, 10 de janeiro de 2019.

JAYME QUEIROZ LOPES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: LOCAÇÃO - AÇÃO DE DESPEJO C.C. COBRANÇA - ALEGADA NULIDADE DE

CITAÇÃO POSTAL NÃO VISLUMBRADA - RECORRENTES QUE NÃO DEMONSTRARAM O DESCONHECIMENTO DA PESSOA QUE RECEBEU A CARTA DE CITAÇÃO - ART. 248, § 4º, DO CPC - VALIDADE DO ATO - CARTA RECEBIDA POR FUNCIONÁRIO DO CONDOMÍNIO ONDE SITUADO O IMÓVEL DOS AGRAVANTES - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. Agravo de instrumento improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de fls. 91/94 que, na parte que interessa, tem o seguinte teor:

"***2. Os referidos executados ingressaram com impugnação ao cumprimento da sentença alegando, em síntese, a nulidade da citação no prévio processo de conhecimento. A sentença de mérito proferida no processo de conhecimento nº 1027155-49.2017.8.26.0071 transitou em julgado em 20 de abril de 2018 (página 116). Agora vêm os co-executados alegarem nulidade processual em razão da ausência citação válida no prévio processo de conhecimento, reabertura de prazo para defesa sob alegação de que as cartas de citação postal foram recepcionadas por terceira pessoa, desconhecida nos autos. Depois de prolatada a sentença de mérito, o magistrado acaba e esgota o ofício jurisdicional, cessando a competência para decidir sobre questões ligadas à coisa julgada formal e material. Assim, com a publicação da sentença, o juiz não poderá mais alterá-la, salvo as hipóteses do art. 494, I e II, do CPC, que aqui não se aplicam. De outro lado, e mesmo que superado o argumento acima, o questão da citação dos co-executados amplamente discutida na sentença, sendo reconhecida a validade dela, uma vez que se deu em condomínio, recebido por Elizete Silva, aplicado no caso o disposto no art. 248, § 4º, do CPC. A alegação de desconhecimento da pessoa que recebeu a citação veio desprovida de qualquer comprovação, nem mesmo uma declaração do condomínio informando que a pessoa que recebeu a correspondência não era funcionária ou porteira dele. (...) Os co-executados Ronaldo Matile e Renata Luiza Trecenti Cristóvão Matile em nenhum momento negaram que residiam no condomínio em que se deu as citações postais e tampouco alegaram e comprovaram por documentos, único meio cabível na espécie, que, à época, moravam em outro lugar. Ante o exposto, rejeito a impugnação ao cumprimento da sentença de páginas 51/56. 3. Por essas razões, mantenho a penhora realizada sobre os ativos da co-executada Renata Luiza Trecenti***

Acesso ao Sumário

Cristóvão Matile."

Sustentam os agravantes, em síntese, que a agravada contra eles moveu ação de despejo c.c. cobrança, não tendo sido recebida, por pessoa conhecida, a carta de citação, o que ocasionou a revelia; que a citação ocorreu com vício insanável, sendo nula de pleno direito; que foram surpreendidos com a determinação de penhora realizada sobre os ativos financeiros da co-executada Renata; que a decisão deve ser anulada, a fim de que todos os atos realizados até o momento, inclusive aqueles praticados nos autos do processo principal, sejam anulados, com determinação de levantamento dos valores penhorados. Pede a concessão de efeito suspensivo ao agravo.

Às fls. 50, indeferi efeito suspensivo ao recurso, que foi preparado (fls. 34), é tempestivo e foi respondido pela agravada (fls. 53/56).

É o relatório.

Trata-se de ação de despejo c.c. cobrança, ajuizada pela agravada em face dos agravantes, em razão do inadimplemento de alugueres e encargos de locação, vencidos entre 10/07/2017 e 10/09/2017.

A sentença julgou procedente a ação para condenar os réus ao pagamento da quantia de R$ 9.014,16, acrescida de correção monetária e juros moratórios. A decisão transitou em julgado em 20/04/2018 (fls. 116, dos autos principais) e o cumprimento de sentença foi iniciado em 06/04/2018, no montante de R$ 25.983,28 (fls. 1/3, do cumprimento de sentença).

Em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, os requeridos arguiram a nulidade da citação realizada na fase de conhecimento, aduzindo que ocorreu vício insanável, sendo nula de pleno direito. (fls. 51/56, do cumprimento de sentença).

Sem razão os agravantes.

Prescreve o artigo 248, § 4º, do CPC, que:

"***Art. 248 - Deferida a citação pelo correio, o escrivão ou o chefe de secretaria remeterá ao citando cópias da petição inicial e do despacho do juiz e comunicará o prazo para resposta, o endereço do juízo e o respectivo cartório.***

----

§ 4º - Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a entrega do mandado a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente."

Se é assim, não há que se falar em nulidade da citação postal, visto que

a correspondência foi enviada ao endereço onde residem os ora agravantes, situada em um condomínio edilício, e recebida, sem ressalvas, por pessoa que se presume funcionária da portaria.

Inclusive, como bem destacou o magistrado, "*a alegação de desconhecimento da pessoa que recebeu a citação veio desprovida de qualquer comprovação, nem mesmo uma declaração do condomínio informando que a pessoa que recebeu a correspondência não era funcionária ou porteira dele*", razão pela qual o recurso não merece prosperar.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

"***CITAÇÃO PELO CORREIO - RECEBIMENTO DA CARTA DE CITAÇÃO POR FUNCIONÁRIO DA PORTARIA EM CONDOMÍNIO EDILÍCIO ONDE RESIDEM OS CITANDOS - CITAÇÃO, EM PRINCÍPIO, VÁLIDA - ARTIGO 248, § 4º, DO CPC - DECISÃO QUE DECRETOU A NULIDADE DA CITAÇÃO REVOGADA - RECURSO PROVIDO PARA ESSE FIM.***" (Agravo de Instrumento n. 2105924-73.2017.8.26.0000, Rel. Des. Sá Duarte, J. em 03/07/2017).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2256559-32.2018.8.26.0000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado MANOEL MESSIAS DE ARAUJO FILHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª 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 36.446)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ISRAEL GÓES DOS ANJOS (Presidente) e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 11 de janeiro de 2019.

SERGIO GOMES, Relator

Ementa: Agravo de instrumento - Ação ordinária de revisão contratual - Decisão proferida na origem que condenou a instituição financeira requerida em multa por litigância de má-fé e indenização - Cabimento - Comprovada resistência do banco agravante em

adequar os descontos a serem promovidos nos rendimentos da parte autora - Decisão mantida - Recurso desprovido, com observação.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão (fls.51) que, em ação ordinária de revisão contratual, condenou a instituição financeira requerida em multa por litigância de má-fé em 5% do valor atualizado da causa, indenização de 10% do valor atualizado da causa, bem como na devolução dos valores indevidamente descontados.

Sustenta o agravante, em síntese, que vem cumprindo com todas as determinações judiciais, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 80 do CPC. Aduz que não há que se falar em condenação em indenização por má-fé, considerando-se que já houve, na mesma decisão, fixação de multa por litigância de má-fé. O que houve neste processo foi a aplicação de multa e indenização de ofício pelo Magistrado por não cumprimento de algo que foi comprovado nos autos por esta Instituição. O agravado requereu apenas a devolução de valores, o qual foi prontamente realizado, não se verificando, em momento algum, a alegação de prejuízos ou danos causados a ponto de ser aplicada indenização. Pugna pelo provimento do recurso, com a reforma integral da r. decisão vergastada; subsidiariamente, requer o afastamento da condenação em indenização.

O efeito suspensivo foi denegado (fls. 57).

Resposta a fls. 67/71.

Sem oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

Ao que consta dos autos, por decisão liminar proferida na origem a fls. 117/118, foi concedida a tutela subsidiariamente pretendida com o fito de limitar os descontos totais dos débitos bancários que o autor tem em relação ao réu a 30%(trinta por cento) dos seus vencimentos líquidos mensais, sob pena de uma multa, a cada descumprimento, no importe de R$ 800,00.

Referida decisão foi mantida nesta instância recursal através do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2101194-82.2018.8.26.0000, desta relatoria.

Após a oferta de contestação pela casa bancária (fls. 149/164), em réplica (fls. 192/197) o autor noticia que, desde maio/18, estão sendo promovidos descontos indevidos em sua conta bancária, em claro descumprimento da decisão liminar concedida, datada de 18/04/18. Diante desse cenário, requereu o autor a repetição do indébito, bem como a condenação do banco ao pagamento de multa e indenização pelo não atendimento da determinação judicial.

Acesso ao Sumário

A fls. 219 a instituição financeira informa a suspensão dos descontos, conforme documentos de fls. 220/221.

Em nova manifestação o agravante reafirma que foram descontados indevidamente valores excedentes no decorrer de quatro meses, tendo o banco suspendido os débitos apenas a partir de setembro/18 (fls. 225/227).

O magistrado de piso, então, prolatou a r. decisão vergastada com o seguinte teor:

"*Em que pese o teor da informação de fls. 219, fato é que a parte requerida adota comportamento passível de qualificação como litigância de má-fé ao alterar a verdade dos fatos (artigo 80, II e 774, IV, ambos do Código de Processo Civil).*

Como corolário, condeno a parte requerida ao pagamento de 5% do valor corrigido dado à causa a título de multa (art. 81, caput , do Código de Processo Civil) e 10% do valor atualizado da causa a título indenizatório pela má-fé praticada, tudo em favor da parte requerente.

Fls. 225/227: tendo em vista que a parte requerida, apesar de devidamente intimada, deixou de cumprir a determinação de fls. 117/118, determino a devolução dos valores indevidamente descontados dos vencimentos líquidos mensais da parte requerente, no prazo de 48 horas, pena de imposição de multa diária de R$-1.000,00, limitada ao montante de R$-20.000,00."

Não obstante os fatos e fundamentos de direito expostos no presente recurso, a r. decisão vergastada merece ser prestigiada.

Com efeito, mostra-se inegável que a instituição financeira não agiu na melhor forma do direito, eis que, negligentemente, continuou a promover descontos na conta bancária do autor mesmo após ter sido devidamente intimada da decisão que concedeu a tutela provisória de urgência. E, mesmo que se entendesse pela inexistência de alteração da verdade dos fatos, o banco agravante procedeu de modo temerário, incidindo, de qualquer modo, em hipótese de aplicação da multa, conforme dispõe o art. 80 do CPC:

"*Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.*";

Como bem pontuado por TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO, *in* Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo, coordenação

Acesso ao Sumário

de Teresa Arruda Alvim, 1ª. ed., São Paulo: RT, 2015, p. 159:

"*O inciso I traz a hipótese de ser deduzida pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso. Trata-se de ofensa frontal ao dever previsto no inciso II o art. 77. Para a caracterização da conduta exige-se má-fé, não bastando a ingenuidade ou interpretação equivocada da lei. O argumento da parte deve ser absurdo, completamente inverossímil.*

(...)

O inciso IV tarifa a situação de resistência injustificada ao andamento do processo. Trata-se de conduta comissiva ou omissiva que tenha por finalidade criar obstáculos ao processo, e.g., apresentando manifestações desnecessárias e sem fundamento que venham a retardar e conturbar o andamento do processo ou mesmo o não atendimento às determinações judiciais de documentos solicitados."

Na espécie, a resistência do banco agravante em atender à ordem de adequação dos descontos a serem promovidos nos rendimentos da parte autora, frise-se, verba de natureza alimentar, caracteriza conduta dolosa, atraindo, dessa forma, a hipótese do inc. IV, art.80, CPC.

Diante desse cenário, é inconteste que o agravado sofreu prejuízos em decorrência da conduta omissiva da instituição financeira, autorizando a condenação em indenização.

Impende registrar, todavia, que não há que se falar em devolução em dobro dos valores descontados indevidamente, eis que nenhuma determinação consta nos autos nesse sentido.

Em adição, acrescentou o agravado em seus cálculos a multa diária que foi majorada de R$ 800,00 para R$ 1.000,00 e limitada a R$ 20.000,00, mas a penalidade somente poderá ser cobrada caso comprovado o descumprimento da r. decisão ora vergastada, a qual concedeu prazo de 48 horas para a devolução dos valores indevidamente descontados.

Destarte, não merece reparo a decisão guerreada, a qual fica mantida tal como lançada.

Isto posto, negam provimento ao recurso, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2221992-72.2018.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que são agravantes PAULO CESAR DA COSTA e ELISANGELA BRESSAN COSTA, é agravado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ.

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 24370)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), MARIO DE OLIVEIRA e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 21 de janeiro de 2019.

EDUARDO SIQUEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - TUTELA DE URGÊNCIA - ALTERAÇÃO DA TITULARIDADE DA CONTA DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA - PRESENÇA DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ARTIGO 300, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A tutela provisória deve ser concedida uma vez que os requisitos exigidos pela legislação pátria vigente (art. 300, do Novo Código de Processo Civil) foram integralmente preenchidos. Da leitura dos autos é possível identificar que os Agravantes trouxeram provas que indicam a probabilidade do direito, pois a obrigação de fornecimento de energia elétrica possui natureza pessoal e não propter rem, não podendo a Agravada se negar a prestar o serviço de transferência da titularidade da conta de consumo de energia em razão de dívida deixada por antiga locatária. Por outro vértice, também é evidente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, caso a medida seja concedida apenas ao final, diante da possibilidade da Agravada suspender futuramente o fornecimento de energia elétrica aos Agravantes, já que estão poderão ser impedidos de quitar os serviços que efetivamente consumiram. Patente, pois, a necessidade de ser concedida a tutela de urgência pretendida, para que a Agravada promova a transferência da titularidade da conta de consumo de energia elétrica. - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento, com pedido de antecipação

dos efeitos da tutela recursal, interposto por PAULO CESAR DA COSTA e ELISANGELA BRESSAN COSTA, nos autos da "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA SATISFATIVA INCIDENTAL", movida em face de COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL, contra a decisão copiada às fls. 08/09, do Juiz MAURICIO SIMOES DE ALMEIDA BOTELHO SILVA, que indeferiu a tutela de urgência pretendida para que a Agravada promova a alteração da titularidade da conta de consumo de energia elétrica referente ao imóvel em que os Agravantes residem.

Inconformados, os Agravantes alegam, em síntese, que: a) estão presentes os elementos autorizadores da tutela de urgência pretendida; b) alugaram o imóvel em que estão residindo; c) a conta de energia elétrica está registrada em nome do antigo locatário; d) buscaram alterar a titularidade da conta perante a Agravada; e) a Agravada negou-se a realizar a alteração pretendida sob a alegação que havia débitos anteriores que deveriam ser quitados; f) a dívida proveniente do consumo de energia elétrica não é *propter rem*; g) é indevida a exigência de quitação de dívida anterior para que seja possível a alteração da titularidade da conta de consumo de energia elétrica (fls. 01/06).

O recurso foi preparado (fls. 75/77) e instruído com as peças de fls. 07/74.

Às fls. 79/80, foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal pretendida.

Ato contínuo, a Agravada apresentou contrarrazões recursais às fls. 87/89.

Anoto por fim, que não houve oposição ao julgamento do presente recurso por meio de sessão virtual desta Câmara.

É o relatório.

Respeitado o entendimento do Juízo *a quo*, a decisão merece reforma.

Diz o art. 300, do Novo Código de Processo Civil, que:

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

Assim, a tutela provisória de urgência somente é admitida caso os requisitos exigidos pelo referido artigo sejam cumpridos cumulativa e integralmente.

Neste diapasão, após análise detida dos autos, é de se verificar que estão presentes todos os elementos necessários para a concessão da tutela de urgência pleiteada pelos Agravantes.

Com efeito, trata-se de ação de obrigação proposta pelos Agravantes, na qual alegam que a antiga locatária do imóvel em que atualmente residem ficou em débito perante a Agravada e que esta se nega a transferir a titularidade da conta de consumo de energia em razão da dívida pretérita.

Acesso ao Sumário

Destarte, da leitura dos autos é possível identificar que os Agravantes trouxeram provas que indicam a probabilidade do direito, pois a obrigação de fornecimento de energia elétrica possui natureza pessoal e não *propter rem*, não podendo a Agravada se negar a prestar o serviço de transferência da titularidade da conta de consumo de energia em razão de dívida deixada por antiga locatária

Por outro vértice, também é evidente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, caso a medida seja concedida apenas ao final, diante da possibilidade da Agravada suspender futuramente o fornecimento de energia elétrica aos Agravantes, já que estão poderão ser impedidos de quitar os serviços que efetivamente consumiram.

Patente, pois, a necessidade de ser concedida a tutela de urgência pretendida, para que a Agravada promova a transferência da titularidade da conta de consumo de energia elétrica.

Ademais, cumpre salientar que a medida adotada pelo Juízo *a quo* possui total reversibilidade, podendo a Agravada buscar todas as medidas extrajudiciais e judiciais a fim de alterar a titularidade da conta de consumo de energia elétrica, caso seja evidenciado ao final da lide a improcedência do pedido inicial dos Agravantes.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso, para que a Agravada realize a transferência da titularidade da conta de consumo de energia elétrica para o nome dos Agravantes.**

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2177763-27.2018.8.26.0000/50001, da Comarca de Bragança Paulista, em que são agravantes CLÓVIS CUNICO e ELIZABETE GIMENI, é agravado IVAIR ANTONIO CUNICO CHURRASCARIA EPP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.398)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADEMIR

Acesso ao Sumário

BENEDITO (Presidente sem voto), ITAMAR GAINO, VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, MAIA DA ROCHA e ROBERTO MAC CRACKEN.

São Paulo, 7 de janeiro de 2019.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA, ERRO DE FATO E PROVA NOVA - HIPÓTESES NÃO CONFIGURADAS - PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA - AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno da decisão do relator que, com fulcro no art. 968, § 3º, primeira parte, c.c. art. 330, § 1º, III, ambos do CPC, indeferiu petição inicial de ação rescisória de acórdão da 21ª Câmara de Direito Privado, que negara provimento a recurso de apelação contra sentença que julgara parcialmente procedente ação de manutenção de posse cumulada com indenização.

Mantida a decisão, os autos foram à Mesa.

É o Relatório.

Decidiu o relator:

"Ante afirmação de não poder arcar com as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio e da família, concedo à coautora Elizabete Gimeni o benefício da justiça gratuita, isentando-a do depósito inicial a que alude o art. 968, inciso II, do CPC.

Violar manifestamente norma jurídica, como enuncia o art. 966, V, do CPC/2015, correspondente ao art. 485, V, do CPC/1973 pressupõe violação visível, evidente, ou seja, por decisão de tal modo teratológica que consubstancia desprezo do sistema de normas pelo julgado rescindendo (STJ, 3ª Seção, AR 2625-PR, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, DJ 01.10.2013), afronta direta, frontal e induvidosa, aberrante do sentido, oriunda, pois, de interpretação extravagante, contra o sentido unívoco e incontroverso do texto legal (AR 1.228/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 28.06.94; AgRaR 2.747/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 22.04.03; AgRaR 1.859/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 01.07.02; Resp 708.675/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 19.09.05; AR 775/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 25.06.07; REsp 1.102.436/PE, Rel. Min. Denise Arruda, Dje 27.11.09; AgRg no REsp 1.037.447/PI, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Dje 01.09.08; REsp 1.128.929/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 06.10.10. AgRg

Acesso ao Sumário

no Ag 898.235/DF, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJ 07.02.08).

No caso, nada disso ocorre, eis que sobre a questão da posse do imóvel por Ivair houve controvérsia e pronunciamento judicial, que a considerou provada por instrumento particular celebrado entre as partes, o que impede a ação rescisória por erro de fato, não importando se certa, errada, equivocada, justa ou injusta a decisão, nos termos do art. 485, IX, § 2º, do CPC/73, correspondente ao art. 966, VIII, § 1º, do CPC/2015 (AR 1.421/PB, Rel. Min. Massami Uyeda, DJ, Dje 08.10.01; REsp 1.065.913/CE, Rel. Min. Luiz Fux, Dje 10.09.09; REsp 784.166/SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ 23.04.07; REsp 95.667/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 04.02.02).

Deveras, o afastamento das premissas sobre que assentou o acórdão rescindendo, no que reconheceu a posse do imóvel por Ivair, inclusive quando rejeitou os embargos de declaração, demandaria evidente reexame da prova sobre questão de fato, de todo inviável em sede de rescisória, ainda que, como se disse, aquela feita seja resultante de má apreciação do conjunto probatório ou possa implicar na injustiça da decisão (AgRg no REsp 897.957/CE, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, Dje 15.06.09; REsp 147.796/MA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 28.06.99; AgRg no Ag 1023.672/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 13.05.09; AgRg no AgRg no Ag 766.3587/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 16.04.07, EDcl no AR 2.994/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 12.02.07; AR 2.454/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 3ª Seção, DJ 03.11.04; AR 439/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, 3ª Seção, DJ 17.05.99; AR 2.284/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 2ª Seção, DJ 06.10.94; AR 172/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 2ª Seção, DJ 04.11.91).

Outrossim, por documento novo somente se admite o preexistente ao ajuizamento da ação, presente justificativa sobre desconhecimento ou óbice legítimo para sua utilização à época, vedado sendo tentar reabrir controvérsia com base em documento formado em momento posterior ao trânsito em julgado do acórdão, ou não produzido por desídia ou negligência da parte (AR nº 4.364/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Seção, Dje 02.08.10; REsp nº 705.796/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 25.02.08; AR nº 3.444/PB, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 27.08.07; REsp nº 136.254/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 09.05.05; AgRg no Ag nº 569.546/RS, Rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, DJ 11.10.04; AR nº 680/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 28.06.99; REsp nº 33074/RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 10.06.96; AR nº 297/PA, Rel. Min. Cláudio Santos, DJ 08.06.92).

Ademais, a prova nova prevista no inciso VII do art. 966 do CPC/2015, correspondente ao inciso VII do art. 485 do CPC/1973, é somente aquela capaz, por si, de assegurar pronunciamento favorável ao pedido rescisório (AgRg na AR 3.819/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 2a Seção, DJe 21.09.2013;

Acesso ao Sumário

AgRg no REsp 1.419.365/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, DJe 26.09.2014; AgRg no REsp 1.407.540/SE, Rel. Min. Mauro Marques Campbell, DJe 19.12.2014; AR 3.686/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3a Seção, DJe 20.11.2009; AR 3.567/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 3ª Seção, DJe 04.08.2015, inter alia).

No caso, documentos apresentados para provar suposta titularidade da propriedade do imóvel não têm aptidão de modificar o resultado de julgamento no possessório, cujos fundamentos se assentaram exclusivamente na posse.

Pelo exposto, indefiro a petição inicial com fulcro no art. 968, § 3º, primeira parte, c.c. art. 330, § 1º, III, ambos do CPC. Custas ex lege. Transitada em julgado esta decisão, o depósito a que alude o art. 968, inciso II, do CPC (fls. 538/539) será restituído aos autores".

As razões ora apresentadas não permitem modificar os fundamentos da decisão recorrida, que está em consonância com entendimento de Tribunal Superior, motivo pelo qual deve ser mantida. Reveste-se a ação rescisória de pressupostos específicos, não podendo atuar com objetivo de reexame de prova, sua realização tardia - salvo na presença de expressa autorização legal -, ou para inovar, fazendo assentar a discussão do possessório no domínio.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2162966-46.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOSÉ DA COSTA VINAGRE, é agravado COLENDA 11ª CÂMARA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29803)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente), TASSO DUARTE DE MELO, SANDRA GALHARDO ESTEVES, RENATO RANGEL DESINANO, MARINO NETO, CASTRO FIGLIOLIA e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2019.

JACOB VALENTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO - Decisão monocrática que indeferiu a reclamação formulada pelo agravante - Alegação de violação de decisões proferidas por esta Corte - Inocorrência - Art. 988, II, do CPC pressupõe que juízo inferior esteja descumprindo ordem emanada de Tribunal superior - Hipótese inexistente nos autos - 11ª Câmara de Direito Privado que sucedeu a extinta 19ª Câmara Extraordinária de Direito Privado - Decisões proferidas em análise de recursos relativos aos mesmos interessados - Ausência de hierarquia entre as Câmaras a justificar o manejo da reclamação - Indeferimento da inicial que era de rigor - Extinção sem julgamento do mérito corretamente decretada - Decisão mantida - Recurso desprovido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno interposto por **JOSÉ DA COSTA VINAGRE** em razão da decisão monocrática que indeferiu sua reclamação, extinguindo o feito sem análise do mérito, ao fundamento de que inexiste descumprimento de ordem emanada por órgão superior a justificar o manejo da demanda.

Alega o agravante, em síntese, que estão presentes os requisitos necessários para prosseguimento da reclamação, especialmente para garantir a autoridade das decisões desta Corte e da coisa julgada.

Aduz que "*não se pode permitir a ninguém descumprimento da autoridade da decisão do tribunal, mesmo que advindo de órgão superior ou equivalente...*" (fls. 10), insistindo na tese de que a 11ª Câmara de Direito Privado desta Corte estaria descumprindo as decisões 19ª Câmara de Direito Privado 'E', criada como Câmara Extraordinária por este Tribunal, mas já extinta.

Por fim, tece considerações acerca do mérito requerendo a retratação da decisão monocrática a fim de que sua reclamação seja conhecida e prevaleça a "*valorização da eficácia das decisões do Poder Judiciário*" (fls. 11).

Recurso formalmente em ordem e tempestivo.

Não houve manifestação do agravante quanto ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório do essencial.

2. O recurso não comporta provimento.

Com efeito.

Trata-se de reclamação formulada pelo agravante, com fundamento no art.

Acesso ao Sumário

988, II, do CPC, intentado ao argumento de que a 11ª Câmara de Direito Privado estaria descumprindo decisões já transitadas em julgado, proferidas pela 19ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, ao julgar os recursos emanados dos mesmos autos ou daqueles que lhe são conexos, após a extinção desta Câmara.

Ocorre que o §1º do art. 988 do CPC esclarece que o julgamento da reclamação "*compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir*", ou seja, pressupõe que juízo inferior tenha descumprido ordem emanada de Tribunal Superior.

E, no caso dos autos, apesar da tentativa do autor no sentido de que estaria havendo descumprimento das decisões proferidas por esta Corte, o fato é que a 11ª Câmara - que substituiu a 19ª Câmara Extraordinária após sua extinção - não pode ser considerada órgão que esteja descumprindo ordem superior, porque **sucedeu** aquela Câmara, estando apenas proferindo suas decisões ao analisar os recursos relativos aos mesmos interessados.

Como constou da decisão contra a qual o agravante se insurge "*A saída legal para o reclamante teria sido a interposição de recurso contra o acórdão da 11ª Câmara e não a eleição da via da reclamação...*", porque, frise-se, inexiste descumprimento de ordem emanada por esta Corte, pois as Câmaras possuem igual hierarquia, destacando-se que a 11ª Câmara sucedeu aquela que foi extinta, inexistindo, bem por isso, qualquer afronta às decisões já proferidas.

Assim, outro não poderia ser o desfecho, que não o indeferimento da reclamação, restando extinta a demanda, sem julgamento do mérito.

3. **Nega-se**, pois, provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1033194-02.2017.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante CCG EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA., são apelados MARIA APARECIDA BARATELI DIAS (JUSTIÇA GRATUITA) e LUIZ CARLOS PEREIRA DIAS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator,

que integra este acórdão. **(Voto nº 41188)**

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

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

RUI CASCALDI, Relator

Ementa: CONTRATO IMOBILIÁRIO - Compromisso de venda e compra de imóvel para entrega futura - Rescisão por desistência do adquirente - Recurso da ré contra sentença de parcial procedência, que determinou retenção de 10% do valor pago - Cabimento em parte - Incidência da legislação consumerista - Abusividade da cláusula contratual que prevê retenção desmedida sobre o resultado apurado após a aplicação das penalidades contratuais, porquanto impõe ao consumidor desvantagem exagerada, propiciando enriquecimento sem causa da vendedora, que poderá renegociar o bem - Percentual de retenção de 20% que se afigura mais razoável nas circunstâncias, de acordo com o entendimento sedimentado nesta Câmara - Correção monetária a partir de cada desembolso efetuado, pela tabela prática do TJSP - Inaplicabilidade da Lei nº 6.899/91 - Juros de mora, por se tratar de desistência do adquirente, contados a partir do trânsito em julgado da decisão - Arras, de caráter confirmatório, não sujeitas à retenção - Princípio da causalidade - Inaplicabilidade ao caso vertente - Recurso provido em parte, para fixar em 80% o percentual de devolução dos valores pagos pelos adquirentes, devidamente corrigidos desde os respectivos desembolsos pela tabela prática do TJSP, com juros de mora a partir do trânsito em julgado, com observação quanto à verba honorária advocatícia.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS, para declarar rescindido o contrato firmado entre as partes e condenar a ré a restituir aos autores as parcelas pagas,

Acesso ao Sumário

corrigidas monetariamente a partir dos desembolsos e acrescidas de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, autorizada a retenção, em favor da ré, de 10% (dez por cento) dos valores pagos, a título de ressarcimento dos encargos e despesas suportados pela rescisão, mais honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em 10% do valor da causa, sem condenação em custas, à vista da condição dos autores de beneficiários da gratuidade de justiça.

Recorre, a ré, sustentando a culpa dos autores pela rescisão do contrato, diante da desistência do negócio, pelo que as partes devem retornar ao "*status quo*", com a retenção e indenização previstas em contrato. Alega que não há nulidade na cláusula 21ª, que trata das retenções possíveis no caso de rescisão por desistência ou inadimplemento, da qual tomou conhecimento os autores no momento da contratação; que não se pode desconsiderar o fato de que o desfazimento da contratação gera prejuízos ao promitente vendedor, referentes às despesas administrativas com a divulgação, comercialização e corretagem, bem como pela própria contratação em si, além do pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel, e a eventual utilização do bem pela promitente compradora, razão pela qual é justo e razoável admitir-se a retenção de parte das prestações pagas como forma de indenizá-la por tais prejuízos e que o perdimento das arras contratado decorre de lei. Pretende, ainda, a reforma da sentença em relação à correção monetária, que deve incidir desde o ajuizamento, nos termos do artigo 1º, §2º da Lei 6.899/91, e aos juros de mora, a contar desde o trânsito em julgado, conforme entendimento firmado pelo C. STJ. Pleiteia, ainda, indenização pelo tempo de fruição do bem, a ser fixada em 1% por mês desde a assinatura do contrato, quando ocorreu a imissão na posse, sem prejuízo da retenção devida, a condenação dos autores nos ônus sucumbenciais, com a aplicação do princípio da causalidade e, alternativamente, a retenção de no mínimo 30% dos valores pagos e de 20% sobre o valor das arras, posto que integram o preço integral ajustado do contrato, o reconhecimento da sucumbência recíproca das partes e a redução do valor dos honorários advocatícios sucumbenciais para R$ 500,00.

Recurso processado com resposta.

É o relatório.

Razão assiste à apelante, em parte.

Oportuno ressaltar, quanto ao montante do reembolso pactuado, que a relação contratual entre as partes se submete à legislação consumerista, que prevê a nulidade das estipulações contratuais abusivas que, em detrimento da parte adquirente, assegura vantagens excessivas à vendedora (artigo 51, IV, do CDC), o que se verifica, no presente caso, em que o instrumento prevê (cláusula 21ª, fls. 19/20) penalidades desmedidas ao adquirente (como, v.g., indenização de 1% ao mês, sobre o valor atualizado do lote, a título de fruição pelo uso e o gozo), e mostra-se além dos prejuízos por este causados com a desistência, uma

Acesso ao Sumário

vez que o bem poderá ser novamente comercializado.

Desse modo, tem-se que devolução nesses termos, como quer a ré, é manifestamente abusiva, pois levaria ao seu enriquecimento sem causa.

A jurisprudência desta Casa, em casos semelhantes, tem fixado esse percentual de restituição em 80% (oitenta por cento) das parcelas pagas.

Nesse sentido, confira-se:

"*EMENTA: AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES - Interesse Processual - Existência - Distrato - A retenção estabelecida e operada foi abusiva, e consequentemente nula de pleno direito, conforme disposto em norma de ordem pública (art. 51, IV, CDC), o que pode ser conhecido em prol do consumidor sem violação ao ato jurídico perfeito - Controle à posteriori - Retenção de 20% das importâncias pagas pelo preço - Recurso provido em parte.*" (Apelação nº 1006900-52.2017.8.26.0562, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Alcides Leopoldo, j. em 24/08/2018)

"*COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. Partes concordam quanto à resolução do contrato, mas divergem quanto aos seus efeitos. Elementos de informação constantes dos autos a indicar que o adquirente que deu causa à extinção, por impossibilidade econômica de pagamento do preço. Abusividade, contudo, da cláusula penal que previu percentual elevado de retenção em favor da alienante nesta hipótese. Sentença que fixou em 10% das quantias pagas pelos adquirentes o percentual de retenção a que a ré faz jus para custeio das despesas administrativas decorrentes da venda. Devida a majoração desse percentual para 20% dos valores recebidos pela requerida, conforme iterativa jurisprudência deste Tribunal. Montante ora estabelecido cobre de modo mais adequado as despesas administrativas do contrato, sem prejudicar os compradores. Entendimento pacificado pelo STJ. Encargos de sucumbência corretamente impostos. Recurso parcialmente provido.*" (TJSP - 1ª Câmara de Direito Privado, Ap. nº 1113257-21.2016.8.26.0100 - Rel. Francisco Loureiro - j. 24/05/2017)

"*Compromisso de compra e venda. Distrato. Abusividade na devolução das parcelas pagas. Devolução dos valores despendidos, com retenção de 20% pela empresa ré. Ressarcimento dos valores pagos pela comissão de corretagem e serviços de assessoria técnico-imobiliária (SATI). Pretensão prescrita. Prescrição trienal. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Improcedência, neste ponto, mantida, ainda que por diverso motivo. De resto, sentença revista para alterar o percentual da retenção das parcelas. Recurso provido em parte.*" (TJSP - 1ª Câmara de Direito Privado - Ap. nº 4016355-29.2013.8.26.0562 - Rel. Claudio Godoy - j.

Acesso ao Sumário

09/05/2017)

Portanto, fica deferida a retenção de 20% do valor pago pelos autores na aquisição do imóvel, sendo que, por se tratar de desistência do adquirente, os juros de mora são contados a partir do trânsito em julgado, conforme entendimento do C. STJ: "*Na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão*" (AgRg no REsp nº 1.342.255/SP, 3ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJe 11.03.2016).

E a correção monetária, incidente sobre os valores a serem devolvidos, se calcula pela tabela prática deste Tribunal de Justiça, a partir de cada desembolso efetuado. Nesse particular, não se aplica o disposto no artigo 1º, §2º, da Lei nº 6.899/91, conforme entendimento consolidado na jurisprudência. Confira-se, entre outros:

> *Correção monetária. Incidência a partir dos desembolsos, pois se trata de mera reposição do valor real da moeda. Aplicação do art. 1º, § 2º, da lei 6.899/81 que se limita às hipóteses em que o valor pretendido já esteja corrigido até a data da propositura da demanda. Inaplicabilidade ao caso em tela. Precedentes desta C. Câmara.* (Apelação nº 1000170-35.2017.8.26.0009, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Rodolfo Pellizari, j. em 05/12/2018)
>
> *AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL COMBINADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - Compra e venda de imóvel - Mora dos promitentes-compradores - Sentença que julgou a ação procedente em parte - Recurso da autora - Alegação de que a gratuidade da Justiça seria indevida - Descabimento - Apelante que não logrou infirmar os fundamentos pelos quais foi concedida a benesse - Alegação de que a correção monetária deveria incidir do ajuizamento da ação – Descabimento - Fator que não gera acréscimo financeiro, destinando-se exclusivamente à reposição do valor da moeda, independentemente de quem tenha dado causa à rescisão, não sendo aplicável ao caso o art. 1º, §2º, da Lei n.º 6.899/81 - Precedentes - Alegação de que o percentual de 20% é insuficiente - Cabimento - Requeridos/apelados que se propuseram livremente o percentual de 25% de retenção - Sentença reformada no ponto - RECURSO PROVIDO EM PARTE.* (Apelação nº 1013177- 97.2017.8.26.0008, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Miguel Brandi, j. em 21/11/2018)

No mais, descabe cogitar de decotar do valor a ser restituído aos adquirentes, a quantia paga a título de arras/princípio de pagamento (*sinal e*

Acesso ao Sumário

princípio de pagamento, cf. fl. 13), como quer a apelante. Isso porque não consta especificado em qualquer documento dos autos que estas tenham o caráter penitencial, pelo que, em respeito à interpretação mais favorável ao consumidor a respeito desta parcela (CDC, art. 47), é forçoso tê-las por confirmatórias.

Como é cediço, as arras confirmatórias integram o preço do bem objeto do negócio jurídico e, por isso, devem integrar o montante a ser devolvido aos adquirentes apelados. Nesse sentido, em casos assemelhados, confira-se a jurisprudência deste Tribunal: Apelação nº 1001332-15.2018.8.26.0564 (5ª Câmara de Direito Privado, rel. James Siano, j. em 17/09/218: "*Arras. Impossibilidade de retenção, por se tratar de arras confirmatórias. Reconhecimento de que a retenção só se justifica em caso de arras penitenciais*"); Apelação nº 1001799-29.2017.8.26.0596 (2ª Câmara de Direito Privado, rel. José Joaquim dos Santos, j. em 14/09/2018: "*Retenção de arras - Impossibilidade - Caráter confirmatório do sinal dado em pagamento*"); Apelação nº 1007210-98.2016.8.26.0269 (1ª Câmara de Direito Privado, rel. Luiz Antonio de Godoy, j. em 28/08/2018: "Retenção das arras e indenização pelo período de ocupação do imóvel - Impossibilidade"), entre outras.

E, evidente que os débitos de IPTU e taxas condominiais são de responsabilidade daquele que detêm a posse direta do imóvel, e devem ser levados em consideração no acerto de contas, tomando-se por base o momento em que houve a inversão desta posse em favor da vendedora, o que ocorreu, no caso, na data do deferimento da antecipação da tutela (fl. 29).

Quanto aos ônus de sucumbência, tem-se que o sistema processual os impõe não exatamente a quem deu causa à ação, mas sim a quem não tinha razão no processo, sem fazer qualquer menção à conduta das partes.

Assim, aquele que é obrigado a propor a ação para fazer valer um direito que entenda possuir, em sendo este judicialmente reconhecido, por sentença, terá direito a ser ressarcido com os ônus da demanda, os quais se transferem ao demandado, vencido. Nesse particular, a previsão do art. 82, §2º, e art. 85, ambos do CPC, este último relacionado aos honorários advocatícios sucumbenciais.

O princípio da causalidade só tem aplicação subsidiária, ou seja, em casos onde não seja possível a incidência do princípio da sucumbência, por ser inviável se buscar um "vencido", como é comum ocorrer nos procedimentos de jurisdição voluntária, nos processos extintos sem resolução de mérito e nos embargos de terceiro, em casos em que o sucumbente não dá causa à instauração do processo, tanto que editada pelo C. STJ a súmula 303, segundo a qual, "*em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios*".

No caso, têm-se a sucumbência mínima dos autores, porquanto obtiveram considerável sucesso em seus pedidos, não havendo nada a reparar na destinação

Acesso ao Sumário

dos ônus sucumbenciais, dada pela sentença.

Por fim, em razão do resultado deste julgamento, os ônus de sucumbência ficam carreados integralmente à ré, com verba honorária estabelecida em 15% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, §2º e §11º, do CPC.

Isto posto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo, para majorar para 20% o percentual de retenção em favor da vendedora, incidindo, sobre esse montante, correção monetária pela tabela prática deste Tribunal a partir de cada desembolso efetuado pelos adquirentes e juros de mora contados a partir do trânsito em julgado deste acórdão, nos termos acima delineados, com observação quanto aos honorários advocatícios de sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013143-12.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes IRMANDADE DA SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DE SANTOS e ASSOCIAÇÃO DO PLANO DE SAÚDE DA SANTA CASA DE SANTOS, é apelado ROMEU TINOCO FILHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso da irmandade da Santa Casa da Misericórdia de Santos e provimento em parte à apelação da Associação do Plano de Saúde da Santa Casa de Santos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 15.002)**

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

São Paulo, 10 de janeiro de 2019.

ALCIDES LEOPOLDO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PLANO DE SAÚDE - Ilegitimidade passiva "ad causam" pela transferência da totalidade da carteira de beneficiários com a autorização da ANS, anteriormente aos fatos - Cerceamento de defesa inexistente - Procedimento de Cirurgia Robótica - Negativa de cobertura sob alegação de ausência de previsão no rol da ANS - Inadmissibilidade - Não excluindo o plano de saúde a doença, não podem

ser excluídos os procedimentos, exames, materiais e medicamentos necessários ao tratamento - Julgados do STJ e aplicação da Súmula n. 102 do TJSP - Dano moral não caracterizado - Plano antigo não adaptado - Dúvida razoável acerca da obrigatoriedade de cobertura - Recurso da Irmandade provido e provida em parte a apelação da Associação.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer c.c. indenização por dano moral, alegando o autor, beneficiário de plano de saúde da requerida desde novembro de 1994, que no ano de 2015 foi diagnosticado com câncer de garganta, havendo se submetido a cirurgia e tratamento de radioterapia e quimioterapia, com boa evolução, mas recentemente foi constatada recidiva da lesão primária, necessitando ser submetido a cirurgia robótica com urgência, e diante da negativa da ré da cobertura do procedimento, sob alegação de não constar no rol da ANS, razão pela qual pretende seja a ré condenada a autorizar a cirurgia, além de compensar o dano moral.

A Associação do Plano de Saúde da Santa Casa de Santos foi incluída no polo passivo (fls. 451).

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação, condenando as rés a arcarem, solidariamente, com todos os custos da cirurgia robótica indicada pelo médico do autor, e ao pagamento de indenização por dano moral fixada em R$ 10.000,00, atualizada desde a sentença, acrescida dos juros de mora de 1% ao mês da citação, arcando ainda com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade judiciária (fls. 656/660).

A requerida Irmandade da Santa Casa da Misericórdia de Santos apelou arguindo sua ilegitimidade passiva, pela alienação da carteira de beneficiários para a Associação do Plano de Saúde da Santa Casa de Santos, que passou a operar a partir de 01/02/2014 e deve responder pelas obrigações assumidas, e a manutenção do hospital no polo passivo lhe acarreta prejuízo, pela possibilidade de ser condenado a multa cominatória, não havendo que se falar em grupo econômico, e, no mérito, afirma que o autor não se desincumbiu de seu ônus probatório sobre a necessidade da cirurgia robótica, que o procedimento não consta do Rol da ANS, que é a agência responsável pela regulação da atividade dos planos de saúde, e à época da contratação, não existia a modalidade de cirurgia robótica, o que justifica a ausência de exclusão expressa da cobertura do procedimento, sendo válidas as cláusulas que limitam a cobertura para a preservação do equilíbrio contratual, sendo a aplicação do CDC meramente

Acesso ao Sumário

subsidiária, insurgindo-se, ainda, quanto ao valor do dano moral, que fere a modicidade e a razoabilidade, pleiteando o reconhecimento de sua ilegitimidade, a improcedência da ação ou a redução do valor da indenização (fls. 663/681).

A Associação do Plano de Saúde da Santa Casa de Santos, também, recorreu arguindo o cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, pois pretendia produzir prova oral, pericial e documental, e, no mérito sustentou a legalidade de seus atos, sendo da competência da ANS a edição do rol dos procedimentos e eventos de saúde, não podendo ser desrespeitadas as disposições da ANS, e o procedimento pleiteado pelo autor não está incluído naquele Rol, e na época da contratação sequer existia tal cirurgia, de forma que seria impossível a existência de cláusula expressa excluindo sua cobertura, não podendo ser o Rol interpretado como documento meramente exemplificativo, aduzindo que o autor já havia se submetido à cirurgia robótica, mas teve de realizar outro procedimento pelo método convencional ante a ineficácia daquele, de forma que não atingiu sua finalidade, aplicando-se ao caso o CDC de forma apenas subsidiária, não havendo caracterização de dano moral, considerando que o procedimento pleiteado sequer surtiu o efeito desejado, e que o mero descumprimento contratual não produz dano moral, sendo excessivo o valor da indenização arbitrado, pleiteando a reforma da sentença, a exclusão da obrigação de pagamento de dano moral ou a redução de seu valor (fls. 682/699).

Foram apresentadas contrarrazões sustentando-se a manutenção da sentença (fls. 702/707 e 708/713).

É o Relatório.

O julgamento antecipado resultou do correto entendimento quanto à desnecessidade de outras provas, aplicando-se o disposto no art. 355, I, do CPC/2015, por não poder pretender a Operadora substituir-se ao médico assistente quanto à necessidade do procedimento cirúrgico prescrito para o caso do paciente, tornando desnecessária a realização de prova pericial e oral e a prova documental deveria ter sido apresentada com a contestação, afastando-se, assim, a ocorrência do infundado cerceamento de defesa.

No mais, deve-se salientar que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde (Súmula 469, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010), ainda que não adaptados à Lei n. 9.656/98.

Independentemente disso, a Irmandade da Santa Casa da Misericórdia de Santos comprovou que no ano de 2014, portanto, anteriormente aos fatos, com autorização da ANS, transferiu a totalidade de sua carteira de beneficiários para a Associação do Plano de Saúde da Santa Casa de Santo, tanto que, conforme o documento de fls. 21, foi quem negou o procedimento de cirurgia robótica, do que resulta a ilegitimidade passiva "ad causam" da primeira, e não se trata de

hipótese de desconsideração de personalidade jurídica de Grupo Econômico.

No mérito, o autor, beneficiário de plano de saúde da corré Associação, teve prescrita a realização de tratamento cirúrgico robótico (fls. 20), cuja cobertura foi negada, sob alegação de ausência de previsão contratual e de inclusão no Rol dos Procedimentos Obrigatórios da ANS (fls.21).

Não se comprovou que o plano do autor exclua o tratamento da doença, razão pela qual não podem ser excluídos todos os procedimentos, exames, materiais e medicamentos necessários ao tratamento, havendo sido justificado o procedimento "devido às características favoráveis da lesão e à agressividade e mutilação da faringotomia lateral (além da necessidade de traqueostomia temporária)" (fls.20).

O mesmo Tribunal Superior tem entendimento que: "o plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, é inviável vedar o procedimento por radiofrequência pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta" (REsp 668.216/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15.03.2007, DJ 02.04.2007 p. 265), bem como que: "se o contrato de plano de saúde prevê a cobertura de determinado tratamento, não podem ser excluídos os procedimentos imprescindíveis para o seu êxito" (AgRg no AREsp 35.266/PE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 07/11/2011).

Este Tribunal de Justiça firmou entendimento, conforme a Súmula n. 102 que: "havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS".

Era obrigatória a cobertura, com se extrai dos seguintes julgados:

1000738-36.2016.8.26.0187

Classe/Assunto: Apelação/Planos de Saúde

Relator(a): Christine Santini

Comarca: Fartura

Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 28/02/2018

Data de publicação: 28/02/2018

Data de registro: 28/02/2018

Ementa: Apelação Cível. Plano de saúde - Ação de obrigação de fazer

Acesso ao Sumário

cumulada com pedido de indenização por dano moral - Sentença de procedência - Negativa de cirurgia de *Nefrectomia* Parcial Laparoscópica *Robótica* Unilateral - Alegação de exclusão contratual, por ausência de previsão no rol de cobertura obrigatória da ANS - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor, independentemente de ser a ré entidade sem fins lucrativos estabelecida sob o sistema de autogestão, já que realiza operações referentes a plano de saúde - Tratamento indicado por possuir a técnica mais atualizada - Rol da ANS que não pode ser considerado taxativo - Escolha que cabe tão-somente ao médico responsável e ao paciente - Limitação abusiva - Súmula nº 102 deste Egrégio Tribunal - Sentença mantida. Nega-se provimento ao recurso.

1001272-41.2016.8.26.0296

Classe/Assunto: Apelação/Planos de Saúde

Relator(a): Maia da Cunha

Comarca: Jaguariúna

Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 15/12/2016

Data de publicação: 11/01/2017

Data de registro: 11/01/2017

Ementa: Plano de Saúde. Autor que é portador de neoplasia no rim direito. Indicação de procedimento denominado *nefrectomia* parcial *robótica*. Abusividade da negativa de custeio de procedimento prescrito pelo médico para tratamento de doença sujeita à cobertura contratual. Ausência de previsão no rol da ANS que não autoriza a negativa de cobertura se há expressa indicação médica. Aplicação das Súmulas 96 e 102 deste TJSP. Circunstância de a requerida se tratar de plano de saúde na modalidade de autogestão não afasta a aplicabilidade do CDC. Majoração dos honorários da requerida apelante para 20% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, §11, do NCPC. Recurso improvido.

1024939-88.2014.8.26.0114

Classe/Assunto: Apelação/Planos de Saúde

Relator(a): Luis Mario Galbetti

Comarca: Campinas

Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 25/08/2015

Data de publicação: 25/08/2015

Data de registro: 25/08/2015

Ementa: Plano de saúde - Autor portador de câncer renal - Procedimento

Acesso ao Sumário

de *nefrectomia* parcial *robótica* não autorizado pela ré - Negativa de autorização sob a alegação de não estar previsto no rol da ANS e por ausência de cobertura contratual - Abusividade - Relatório médico comprova a necessidade da utilização do procedimento - Incidência da Súmula 102 do Tribunal de Justiça - Sentença modificada - Recurso provido.

Não afasta a obrigatoriedade da cobertura do procedimento, e nem o sucesso do procedimento, por nova recidiva da doença, de grande complexidade, e continuidade do tratamento de forma mais agressiva, como narrado às fls. 645/648.

Quanto ao dano moral, este importa em violação a direitos da personalidade, que conforme Adriano de Cupis são "direitos sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo - o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal".

Cuidando-se de contrato antigo, era justificável a controvérsia acerca da obrigatoriedade de cobertura de procedimento inexistente quando da contratação. É assente perante o Superior Tribunal de Justiça que: "havendo dúvida razoável na interpretação do contrato, a recusa da operadora de plano de saúde na cobertura de determinado procedimento, sem ofensa aos deveres anexos do pacto - como a boa-fé -, não pode ser reputada ilegítima ou injusta, violadora de direitos imateriais, de modo que não fica configurada a conduta ilícita capaz de ensejar a indenização por danos morais. Precedentes recentes" (AgInt nos EDcl no REsp 1597821/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018), devendo ser afastada a condenação por dano moral.

Pelo exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso da Irmandade da Santa Casa da Misericórdia de Santos, para reconhecer-se sua ilegitimidade passiva "ad causam", julgando extinto o processo em conformidade com o art. 485, VI, do CPC/2015, condenando o autor a pagar-lhe honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º, CPC/2015), e **PROVIMENTO EM PARTE** à apelação da Associação do Plano de Saúde da Santa Casa de Santos, para afastar a condenação por dano moral, rateando-se as despesas do processo, condenando cada qual em honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa (art. 85, § 2º, CPC), observada a gratuidade da justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004112-24.2017.8.26.0220, da Comarca de Guaratinguetá, em que é apelante E.R.

Acesso ao Sumário

(JUSTIÇA GRATUITA), é apelada J.A.T.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32966)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente sem voto), JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS e ALVARO PASSOS.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - ALIMENTOS - Ação de exoneração de alimentos - Ex-cônjuges - Sentença de improcedência - Obrigação alimentar entre ex-cônjuges que possui caráter assistencial - Comprovada alteração na realidade fática do alimentante, a qual autoriza a pretendida exoneração - Sentença reformada - Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 115/118, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a presente ação de exoneração de alimentos, condenando o autor ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, observados os benefícios da justiça gratuita.

2. Inconformado, insurge-se o alimentante às fls. 123/133, sustentando, em apertada síntese, que a realidade fática é completamente diferente da qual vivenciava quando da fixação da obrigação alimentar. Argumenta, que atualmente enfrenta sérios problemas de saúde mental, além de grandes dificuldades econômicas, razão pela qual pugna pelo provimento do apelo e reforma da r. sentença, para julgar procedente sua pretensão exoneratória.

3. Contrarrazões apresentadas às fls. 137/141.

FUNDAMENTOS.

4. Insubsistente o reclamo.

5. O apelo busca reverter a r. sentença posta em combate, a qual rejeitou a justificativa apresentada pelo recorrente objetivando a extinção da obrigação alimentar paga à recorrida.

Acesso ao Sumário

6. Depreende-se dos autos que a obrigação alimentar entre os ex-consortes foi imposta nos autos da ação de divórcio litigioso (Processo de nº ...), julgada parcialmente procedente pelo MM. Juízo singular.

7. O presente feito foi distribuído a esta Relatoria por prevenção ao Órgão, tendo vista o recurso de apelação interposto, à época, pela alimentanda, visando a majoração da obrigação alimentar.

8. Para melhor compreensão da situação fática, confira-se excerto do v. aresto de Relatoria do Eminente Desembargador Guilherme Santini Teodoro:[1]

> "Da respeitável sentença de relatório adotado de parcial procedência de ação de divórcio litigioso a ré apela a postular majoração dos alimentos porque seu trabalho como vendedora autônoma de produtos cosméticos não é suficiente à manutenção do padrão de vida do casamento desfeito, ao passo que o autor é taxista e sempre sustentou as despesas da moradia conjugal com rendimento mensal médio de R$ 4.000,00, razão pela qual é viável aumento da pensão de R$ 400,00 para um salário mínimo e meio ou 30% dos rendimentos líquidos, mesmo porque a casa em que a ré reside está para ser desapropriada e ela está em tratamento psiquiátrico custoso. Em caráter sucessivo, postula a apelante adoção de mecanismo de atualização monetária da pensão.
>
> [...]
>
> A ré não demonstrou despesas elevadas com tratamento médico ou que a média de rendimentos do autor como taxista seja a alegada. Não se pode confundir a movimentação de somente um mês em conta corrente com padrão médio de rendimentos ao longo de prazo maior.
>
> Também não há prova sobre desapropriação iminente ou risco concreto de perda de moradia. A ré admite trabalhar como vendedora autônoma e, assim como os do autor, seus rendimentos médios são desconhecidos.
>
> Igualmente não existem nos autos elementos concretos que permitam deduzir certo padrão de vida a partir de determinadas despesas correntes das partes por tempo considerável enquanto eram casadas.
>
> Menos ainda é absolutamente certo que só o ex-marido sustentava a casa, se a mulher admitiu trabalhar durante o casamento e se o uso de táxis tende, em princípio, a ser menor em cidade interiorana do que na metrópole com lógicos reflexos nos rendimentos do taxista.
>
> Em tal contexto, tanto porque incertos os rendimentos das partes quanto porque desconhecidas suas despesas e padrão de vida anterior, o arbitramento judicial revelou-se razoável e proporcional à realidade pouco ou insuficientemente demonstrada: o padrão de vida do casal, sem

1 "Ementa: DIVÓRCIO. Alimentos. Ex-mulher. Arbitramento da pensão com razoabilidade e proporcionalidade. Necessidade, porém, de dispor sobre atualização monetária. Apelação provida em parte". (Data de Julgamento: 23.07.13).

Acesso ao Sumário

filhos, era modesto e não há nestes autos segurança quanto à possibilidade de o autor pagar, por tempo indeterminado, pensão de um salário mínimo e meio sem prejuízo à própria mantença.

Oportuno salientar que nenhuma limitação temporal à exigibilidade da pensão foi imposta, de modo que a ré, hoje com quase 48 anos de idade, não terá de mais rapidamente adaptar-se à nova realidade financeira com seu trabalho próprio, conquanto a necessidade de adaptação exista e seja imperiosa, até mesmo para que o ócio não prepondere e porque a pensão é exígua.

Além disso, é de curial sabença que a pensão pode ser alterada em sede adequada, caso haja modificação da realidade financeira das partes, admitindo-se até mesmo a exoneração.

Não há notícia senão de que o autor trabalha como profissional autônomo.

Então, inútil, ao menos por ora, arbitrar pensão para o caso de estar empregado. O autor sequer terminou de pagar o financiamento do táxi. Assim, nada indica que em curto espaço de tempo terá de recorrer a vínculo empregatício.

Por fim, convém que a pensão arbitrada em R$ 400,00 seja corrigida conforme a variação do salário mínimo, com o que concorda o autor apelado (fls. 67), de forma que o recurso é provido somente para que esse valor corresponda ao longo do tempo ao percentual do salário mínimo vigente no mês do arbitramento (junho de 2011 75% do salário mínimo, como dizem as partes).

Portanto, provejo em parte a apelação". (Grifos nossos).

9. Feita estas anotações, passo a análise do mérito recursal do pleito exoneratório.

10. Pontuo, inicialmente, que a obrigação alimentícia entre cônjuges possui caráter assistencial, sendo que, tal característica, pauta-se no compromisso de auxílio mútuo e solidário, decorrentes do vínculo familiar.

11. Saliento que, depois de fixados os alimentos, caso sobrevenha mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

12. Há que se considerar, ainda, que os alimentos entre cônjuges **são excepcionais**, não podendo assumir a conotação de **indenização perpétua** pelo fim da união.

13. A propósito do tema, tem-se decidido que só devem ser admitidos alimentos entre cônjuges em caso de **absoluta** impossibilidade de um deles manter-se por conta própria. (Apelação Cível n° 0003199-53.2010.8.26.0269;

Acesso ao Sumário

Egrégia 7ª Câmara de Direito Privado; Relatoria da Eminente Desembargadora Mary Grün; Data de Julgamento: 16.09.2016).

14. No mesmo sentido, colaciona-se valorosa lição de Antônio Cezar Peluso:[2]

> Tem-se nesse caso, a figura de uma prestação de natureza complexa, porque de múltiplas finalidades: guarda finalidade compensatória pela condução da família e promoção do patrimônio; finalidade indenizatória, porque supõe responsabilidade na causa do desequilíbrio econômico; e finalidade assistencial, tendo em vista a situação necessitada do credor. Mas deve submeter-se ao princípio da **auto-responsabilidade**, no sentido de que o direito e o dever do trabalho precedem ao direito e dever de alimentos. **Cada qual é obrigado a prover, com os seus bens ou pelo seu trabalho, à própria subsistência depois da separação ou do divórcio.** (Grifos nossos).

15. Prosseguindo, na esteira do pronunciamento firmado por esta Egrégia 2ª Câmara de Direito Privado, **nada obstante a obrigação tenha sido imposta sem limitação temporal**, o acolhimento do pleito exoneratório não é impossível, porém, assim como de costume em relação à causas análogas, está condicionado à efetiva comprovação da situação vivenciada pelas partes, que justifique a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* no trinômio alimentar (necessidade, possibilidade e proporcionalidade/adequação).

16. *In casu*, o recorrente é devedor do pensionamento desde junho de 2011, de modo que assiste financeiramente à recorrida, após a extinção do vínculo conjugal, há mais de 7 (sete) anos consecutivos. Porém, alega que sua capacidade financeira sofreu significativa alteração, colacionando aos autos suas despesas e ganhos mensais como motorista de taxi (fls. 14/25).

17. Argumenta, no mais, que sua saúde mental está debilitada. Destaco, por oportuno, que o patrono do apelante peticionou nos autos em março do corrente ano, noticiando que este fora internado no final de 2017 em clínica psiquiátrica, por tentativa de suicídio (intoxicação exógena por carbamazepina - fls. 46), devido a quadro depressivo, bem como não está trabalhando atualmente em função do tratamento médico.

18. Pelo cotejo dos autos, e, em que pese ao brilhantismo do MM. Juízo monocrático, não se pode ignorar a situação vivenciada pelo alimentante.

19. Cabe aqui, então, o enfrentamento da questão.

20. Pois bem.

21. Cumpre considerar que os fatos narrados são suficientes para reverter a situação; afinal, desde o início, a obrigação foi imposta levando em

2 PELUSO, Antônio Cezar. *A Culpa na Separação e no Divórcio*, *in* Cadernos de Estudos n° 2, IBEIDF, SP, Ed. Jurídica Brasileira, 1998, p. 57.

consideração que a apelada estava inserida no mercado de trabalho, sendo certo, que o pensionamento seria a título de complemento, como bem ponderado em oportunidade pretérita por este órgão colegiado.

22. Nesta esteira, caberia a demandada a produção de provas no sentido de que os alimentos prestados são essenciais para sua subsistência, o que não o fez (registre-se), ao revés, limitou-se a dizer que vive em área de risco e que é dependente do alimentante, apesar de contar com renda própria.

23. **Ponderando-se direitos de ambos os lados, tenho que o alimentante sofreu alteração em sua capacidade contributiva que autoriza a exoneração da obrigação, razão pela qual acolho o presente apelo, a fim de julgar procedente a ação, invertendo-se os ônus sucumbenciais fixados pelo r. sentenciante.**

24. Releva notar, conquanto a apelada enfatize sua necessidade alimentar, que esta caso - efetivamente - não consiga sobreviver dos ganhos percebidos, poderá se insurgir em relação aos demais obrigados legalmente (artigos 1696 e seguintes do Código Civil).

25. **Destarte, de rigor o acolhimento da pretensão autoral e, consequentemente, exoneração da obrigação alimentícia em face da apelada**.

26. Ante o exposto, pelo meu voto, DOU PROVIMENTO ao recurso, nos termos da fundamentação supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000731-12.2015.8.26.0597, da Comarca de Sertãozinho, em que é apelante L.M.H. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelada M.M.H. (J. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. Por maioria de votos. Vencido o 3º Juiz. Prosseguindo-se nos termos do art. 942 do CPC, a 4ª Juíza, Dra. Ana Maria Baldy, e o 5º Juiz, Dr. Rodolfo Pellizari, acompanharam a divergência. Acórdão com o 3º Juiz, Des. José Roberto Furquim Cabella. Declara o voto a relatora, Dra. Cristina Medina Mogioni.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15113)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PAULO ALCIDES (Presidente sem voto), JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA,

Acesso ao Sumário

vencedor, CRISTINA MEDINA MOGIONI, vencida, EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, ANA MARIA BALDY e RODOLFO PELLIZARI.

São Paulo, 7 de janeiro de 2019.

JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA, Relator Designado

Ementa: AÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS CUMULADA COM PEDIDO DE ALIMENTOS - Fixação de guarda unilateral em favor da genitora da menor, com regime de visitação por parte do requerido - Insurgência do réu, pleiteando a fixação de guarda compartilhada - Desacolhimento - Embora a guarda compartilhada tenha sido introduzida como regime preferencial no ordenamento jurídico, é preciso levar em consideração o melhor interesse da menor, observada a possibilidade de consenso e harmonia entre os seus genitores - Elementos constantes dos autos que não recomendam a fixação do regime pleiteado.

AÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS CUMULADA COM PEDIDO DE ALIMENTOS - Insurgência em face dos alimentos fixados - Desacolhimento - Quantia que atende ao binômio legal (necessidade/possibilidade) - Ausência de provas das alegações do recorrente - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação (fls. 174/200) interposto por L.M.H. contra a r. sentença de fls. 161/164 que, nos autos de ação de guarda e regulamentação de visitas cumulada com pedido de alimentos que lhe move M.M.H., menor representada por sua genitora, julgou parcialmente procedente a demanda, isto para fixar a guarda unilateral da menor à sua genitora, além de estabelecer regime de visitas do genitor à filha nos seguintes termos: "*as visitas serão realizadas aos sábados, podendo o requerido retirar a menor do lar materno às 09h00 e devolvê-la ao mesmo às 17h00 do mesmo dia*". Além disso, também restou estabelecido regime de visitas para depois que a menor completar 3 anos de idade, o qual será exercido "*em finais de semana alternados, podendo retirar a menor do lar materno aos sábados às 09h00 e devolvê-la ao mesmo aos domingos às 18h00*" e também "*todas as quartas-feiras, em horário diverso*

Acesso ao Sumário

do período escolar vivenciado pela menor, caso esteja frequentando, devendo o requerido retirá-la da instituição escolar e devolvê-la ao lar materno às 20h00 do mesmo dia". Por fim, a sentença também condenou o réu ao pagamento de alimentos, fixados em 1/3 de seus rendimentos líquidos para a hipótese de vínculo empregatício formal, e em ½ salário mínimo, no caso de desemprego ou trabalho informal.

Pugna o apelante pela reforma do julgado, forte no argumento de que deve ser estabelecido o regime de guarda compartilhada no presente caso. Assevera, ainda, que não possui condições de arcar com a pensão alimentar no patamar fixado. Pleiteia, assim, que seja a obrigação fixada, no caso de vínculo empregatício formal, em 50% do salário mínimo nacional ou, subsidiariamente, em 1/3 de seus rendimentos líquidos, deduzidos os descontos compulsórios, horas extras, adicional noturno, verbas sindicais, participação nos lucros, comissões, prêmios, verbas rescisórias e férias indenizadas. Requer, por fim, na hipótese de desemprego ou trabalho informal, que seja o encargo fixado em 20% do salário mínimo vigente.

Contrarrazões a fls. 203/209.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer a fls. 216/218, opinando pelo desprovimento do recurso.

Em sessão de julgamento realizada, tendo restado vencida a Ilustre Relatora sorteada, Cristina Medina Mogioni, o presente recurso foi a mim remetido, como relator designado.

É, em síntese, o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Primeiramente, com relação ao regime de guarda, é importante registrar que, em casos deste jaez, devem ser buscadas condições que proporcionem à criança uma estrutura familiar segura e todos os elementos necessários a um crescimento sadio e equilibrado, com vistas a atender suas necessidades materiais e afetivas.

O artigo 1.584 do Código Civil, para efeito de guarda de filhos, determina que a guarda incumbirá ao genitor que revele "*melhores condições*" de exercê-la.

De acordo com o enunciado 102 do CEJ: "*a expressão melhores condições no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.594, significa atender ao melhor interesse da criança*" e não dos pais.

Por melhor interesse, devem ser levadas em conta, na lição da melhor doutrina, além do aspecto econômico, circunstâncias de natureza afetiva, pessoais, sociais e outras passíveis de consideração, como ambiente social, disponibilidade de tempo, convivência com outros parentes, cuidados quanto à alimentação, vestuário, recreação etc **(Arnaldo Rizzardo, Direito de Família,**

2ª. Edição, Forense, p. 334).

Como é sabido, a guarda compartilhada significa divisão de tarefas e acompanhamento simultâneo dos pais na formação e educação dos filhos. Embora encontre previsão legal e preferencial em decorrência de alteração recente do Código Civil, o regime de guarda compartilhada também pressupõe o melhor interesse da criança **(Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 4ª ed., RT, p. 396)**.

Ocorre que a fixação da guarda compartilhada pressupõe a perfeita harmonia entre os pais, o que não se verifica no caso concreto, diante das nítidas divergências entre os genitores. Pelo que se extrai dos autos, o relacionamento do casal durou poucos meses, tendo se encerrado no segundo mês da gravidez após uma suposta quebra de fidelidade por parte do demandado.

Ademais, conforme consta no parecer social (fls. 133/136), há elevada beligerância entre os genitores, o que, aliada à tenra idade da menor, não recomenda a fixação do regime de guarda compartilhada pleiteado. Como se sabe, este regime, embora sugerido pelo legislador como preferencial, exige maturidade e consenso entre os pais, situação que não se evidencia nos autos.

Dessa forma, a guarda unilateral em favor da genitora, conjugado com o regime de visitação do genitor estabelecido pelo juízo *a quo* mostra-se razoável, sendo, pois, de rigor a sua manutenção.

No mais, com relação aos alimentos, melhor sorte não assiste ao apelante.

Como se sabe, a obrigação alimentar está fundada em dois requisitos básicos, a saber: as necessidades de quem pede e a possibilidade de quem paga. Assim, o valor dos alimentos deve ser fixado de modo a estabelecer um justo equilíbrio entre os vetores que compõem o binômio legal.

No caso vertente, há prova material do parentesco, consubstanciada na certidão de nascimento a fls. 11, do que resulta a obrigação alimentar do réu para com a filha (art. 1.694 do Código Civil e 2º da Lei 5.478/68).

As necessidades da menor são presumidas ante a sua menoridade e consequente impossibilidade de se sustentar. Já as possibilidades do alimentante decorrem da sua capacidade para o trabalho.

Assim, o juízo *a quo* fixou os alimentos em 1/3 dos rendimentos líquidos do apelante para a hipótese de vínculo empregatício formal, e em ½ salário mínimo, no caso de desemprego ou trabalho informal, em face do que se insurge o apelante.

O mérito da irresignação interposta, como bem se vê, limita-se a pleitear a redução do patamar estabelecido pela magistrada de primeiro grau, sob a alegação de que não possui condições de arcar com o valor fixado.

O apelante, todavia, não produziu provas dos fatos alegados, nem mesmo

Acesso ao Sumário

colacionou quaisquer documentos junto à insurgência interposta. É de se ver, portanto, que ele não se desincumbiu de seu ônus probatório, nos termos do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil.

Ademais, o demandado também não envidou esforços em demonstrar que não pode arcar com os alimentos no patamar fixado pela sentença. Como ensina Yussef Said Cahali, "*a impossibilidade do alimentante, como fato impeditivo da prestação do alimentando, deve ser provado pelo réu, como objeção que é.*" (Dos Alimentos, p. 843, 3ª Ed., RT).

Logo, as meras alegações do recorrente, desprovidas de maiores elementos, não bastam para formar a convicção do julgador (*allegatio et non probatio quase non allegatio*).

Assim sendo, tenho que a obrigação fixada pelo juízo sentenciante se revela razoável, adequada e em consonância com a praxe forense, não comportando, pois, qualquer modificação.

Daí porque, ante o acima exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 1317)

Com o devido respeito aos fundamentos exarados no Voto do Excelentíssimo Relator Designado, Dr. José Roberto Furquim Cabella, venho dele respeitosamente divergir, em especial no tocante à concessão da guarda compartilhada da filha a ambos os pais, atribuindo à genitora a guarda física da filha, ou seja, sua residência como base de moradia da menor, assegurado ao genitor o direito à visita à filha, de modo especificado.

Justifico.

O instituto da guarda, em todas as suas modalidades, tem como pressuposto - e objetivo - garantir o bom desenvolvimento da criança e do adolescente, que buscam nos pais a identificação apta a inseri-los no meio social.

Nas palavras de Tânia da Silva Pereira, "A proteção, como 'prioridade absoluta', não é mais obrigação exclusiva da família e do Estado: 'é um dever social'. As crianças e os adolescentes devem ser protegidos em razão de serem 'pessoas em condição peculiar de desenvolvimento'. Os Direitos Fundamentais à infância estão consolidados no art. 227 CF, sendo dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, como prioridade absoluta, a educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-las a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão"

Acesso ao Sumário

(O melhor interesse da criança. *In*: Pereira, Tânia da Silva (Coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 14).

No caso em tela, o genitor defende que o melhor seria a aplicação de guarda compartilhada, introduzida no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.058/2014. Pela nova letra da lei, "Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor" (artigo 1.584, § 2º do Código Civil).

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

A modalidade da guarda compartilhada, sob o ponto de vista legal, define ambos os genitores como detentores de igual autoridade parental para tomar decisões de afetam os filhos, garantindo a eles a participação no crescimento e desenvolvimento da prole.

Como afirmado pela D. Min. Nancy Andrighi no julgamento do RESp 1251000-MG, "a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta" (STJ, 3ª Turma, j. 23/08/2011, Dje 31/08/2011).

A guarda compartilhada, como é cediço, não se confunde com a simples alternância das residências, mas, como bem esclarecido pelo eminente Desembargador Francisco Loureiro, em voto extraído do acórdão referente à apelação de nº 0013824-22.2012.8.26.0223, 1ª Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgado em 17/05/2016, trata-se "da constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de

Acesso ao Sumário

responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens (Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 10ª ed., RT, p. 528)".

A fixação da guarda compartilhada não implica, obrigatoriamente, a divisão da custódia física do menor, tendo em vista a necessidade de atendimento do seu melhor interesse, à luz do caso concreto.

Novamente o ensinamento da Ministra Nanci Andrighi, extraído do voto referente ao julgamento supra referido, é esclarecedor: "a custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas" (grifei).

Conclui-se, então, que a fixação da guarda compartilhada impõe que seja também fixada a custódia física do filho, isto é, a determinação de seu local de moradia, que não será necessariamente conjunta, tendo em vista a prevalência do interesse do menor.

Em outras palavras, apesar da fixação da guarda compartilhada, a custódia física do filho pode ser deferida a um dos cônjuges se isso atender ao melhor interesse do menor, o que, aliás, decorre do art. 1.583, §3º, do Código Civil.

Assentadas as premissas, cabe analisar o caso em julgamento, a fim de aferir sobre a pretensão da guarda compartilhada e da fixação da custódia física da menor.

A r. sentença afastou a guarda compartilhada, forte no entendimento de que "a menor encontra-se bem cuidada por aquela, não havendo motivos para haver a modificação de tal, bem como que a menor encontra-se em idade tenra, com pouco menos de 2 (dois) anos de idade: '(...). Verificou-se que a criança demonstra estar bem cuidada e ter suas necessidades atendidas, estando desde o nascimento sob os cuidados da genitora L.M., a qual se mostrou atenciosa e preocupada com a filha. (...)'. (Parecer Social, fls. 136). Não obstante a guarda compartilhada ser, atualmente, a regra, sendo a concessão da guarda unilateral determinada em casos excepcionais, bem como que o requerido manifestou o

Acesso ao Sumário

desejo em exercê-la, entende esta Magistrada que aquela não deve ser aplicada no presente caso dos autos, uma vez que trata-se da guarda de uma criança que se encontra com apenas 1 (um) ano e 9 (nove) meses de idade, sendo que, nesta idade, a criança depende integralmente dos cuidados maternos, não havendo assim, condições de ser exercida uma guarda compartilhada da mesma".

Respeitando o entendimento da Magistrada *a quo* e, como acima dito, nada impede que seja concedida a guarda compartilhada da filha a ambos os pais, com a guarda física exclusivamente a um deles.

Além disso, exatamente em razão da idade da filha e, com extremo bom senso, o apelante pleiteou que a guarda física da menor permanecesse com a genitora.

O laudo da assistente social elaborado nos autos não traz qualquer situação que desabone o genitor, tampouco foi constatada sua incapacidade de cuidar satisfatoriamente da menor e, diante da manutenção da guarda física com a genitora, não haverá brusca alteração na rotina da criança.

Não foi noticiada nos autos nenhuma situação grave de beligerância entre os genitores; ao contrário, como bem observou a assistente social, houve melhora na comunicação e no convívio entre os genitores.

Conclui-se, portanto, que a tenra idade da menor, que atualmente está com 4 anos de idade (nascida em 19/07/2014 - fls. 11) considerado fator decisivo pelo Juízo monocrático a afastar a pretensão do réu, não serve para impedir a fixação da guarda compartilhada, já que que a guarda física da menor permanecerá em favor da genitora.

Assim sendo, pelo meu voto, de rigor a fixação da guarda compartilhada, mas atribuindo à genitora a guarda física da filha, ou seja, sua residência como base de moradia da menor, assegurado ao genitor o direito à visita à filha, do modo como acima especificado.

No mais, mantenho a pensão alimentícia em favor da menor no equivalente a 1/3 dos rendimentos líquidos do réu, a incidir sobre o 13º salário, férias, adicional constitucional, horas-extras habituais e bônus de participação de lucros, sem incidência sobre as verbas indenizatórias, rescisórias, contribuição previdenciária, FGTS e imposto de renda, para o caso de emprego e, para o caso de desemprego, ou emprego informal, no percentual de 35% do salário mínimo, quantia que atende ao binômio necessidade/possibilidade previsto no artigo 1.694, § 1º, do Código Civil.

Isto posto, pelo meu voto, **DARIA PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

CRISTINA MEDINA MOGIONI, Desembargadora, Relatora Sorteada

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1020193-91.2015.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CONDOMÍNIO RESIDENCIAL JARDIM DOS COLÉGIOS, é apelado COOPERATIVA HABITACIONAL POMPÉIA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23854)**

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

São Paulo, 8 de janeiro de 2019.

GIFFONI FERREIRA, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER - DESFAZIMENTO DE ÁREA DE LAZER EM CONDOMÍNIO HORIZONTAL - INVIABILIDADE - CONSTRUTORA TRAVESTIDA EM COOPERATIVA HABITACIONAL QUE NÃO ULTIMA EQUIPAMENTOS PROMETIDOS PARA O CONDOMÍNIO - TREZE ANOS DE INÉRCIA DA AUTORA COM DENUNCIAR A OBRA - BLOCO DE APARTAMENTOS NÃO TERMINADO - OCUPAÇÃO DE LOCAIS DE PARQUEAMENTO DESTE QUE NÃO CAUSA PREJUÍZO - ADMISSÍVEL TRANSFERÊNCIA DE VAGAS INDETERMINADAS PARA OUTRO LOCAL - LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO - FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO MOTIVOS DE DECIDIR - SENTENÇA REFORMADA - APELO PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de Apelação Cível exprobando a R. sentença de fls., que houve por o feito Ordinário, com pleito de Obrigação de Fazer, mandando a desfazimento de churrasqueira com área de convivência, piscina e quadra poliesportiva, reconstituída a configuração original do local, modificando a portaria do Condomínio de sorte a deter conformidade com o projeto original,

rijo o "decisum" no argumento de ilicitude de comportamento, inviável a modificação da destinação primeira; sucumbência fixada.

Em seu apelo relata a parte vencida que se cuidava de bloco inacabado o local em que erigidas as construções, e faz mais de 20 anos a Apelada deixou de se interessar pela edificação do Bloco B, mas mesmo assim foi respeitado esse local, feitas as obras em área comum além do estacionamento, área essa abandonada, feitas construções para parqueamento de autos às expensas da insurgente, aprovadas as obras em Assembleia, beneficiadas 148 famílias, faltante legitimidade ativa para a medida, nem podendo SPONTE SUA agir em nome dos cooperativados, faltante interesse pois que inexistente prejuízo, nem fixos os espaços para estacionamento, utilizada a área de forma mansa e pacífica, validado usucapião, inviável a discussão sobre a Portaria, invocando a destinação social da gleba, de rigor anulação da sentença por deficiências do Patrono da parte Apelante e cerceamento de defesa.

O julgamento foi convertido em diligência a fls.508; Laudo Pericial a fls.532, a fls.597 Laudo do Acólito do Apelante e a fls.653 o labor do Assistente do Apelado; nova fala do Louvado do Juízo a fls.668, e com mais manifestações tornaram à conclusão os autos.

Recurso bem processado; respondido.

Esse o breve relato.

Com efeito, deveras lamentável a opugnação desenvolta pelo Dr. Advogado da parte Apelada, quando a fls. 619 e seguintes inicia ataques desairosos e injustos quanto à figura do "Expert" do Juízo, quando pudera, em querendo, aforar Exceção de Suspeição relativamente ao técnico; ver ainda a manifesta desnecessidade da criação desse incidente pelo mavórtico Patrono, pois que o núcleo da irresignação afigura-se inócuo - nem se lobrigando do posicionamento exarado a respeito de área de lazer o basto cabedal de irregularidades a seguir denunciadas, sem maior supedâneo, pelo Causídico; notar ainda que o mais importante não foi nem sequer tangenciado: a idoneidade moral do Labor, atestando a relatoria modestíssima que dito "Expert" labora em feitos a seu cargo faz muitos anos, cinco lustros, e continua, também aqui, com manifesta credibilidade.

Nem há falar-se em nulidade da R. sentença por cerceamento de defesa; se o primitivo Patrono da parte Apelante não se houve com mercê durante a instrução, soa teratológica a pretensão de anulação do "decisum" por falha desse patrocínio - cabendo ao Constituinte a responsabilidade pelos atos do preposto, afastada a irrogação.

No pertinente à ilegitimidade aventada, tem-se que pode a Apelada agir em Juízo em seu próprio nome, pois que não há notícia de quem seria e quais seriam os compradores do Bloco B - coisa que legitima o ingresso, ante

Acesso ao Sumário

a situação hialina de que se não cuida de uma Cooperativa para construção de imóveis para pessoas carentes, senão de Incorporadora travestida daquela figura - coisa por sinal comuníssima no apreciar de feitos desta Câmara, avultando essa tese de falas portentosas do A. Desembargador ALVARO PASSOS motivos esses que impõe a rejeição das duas preliminares.

Descendo à apreciação da questão principal do mérito, ver que a alegação de usucapião não pode nem ao menos ser considerada, malgrado detenha certa pertinência a irrogação; é que o Direito Judiciário não permite a chamada inovação recursal - tomada a parte de surpresa com invocação de tese que tal apenasmente em grau de recurso, voltando a lembrar que o Código de Processo Civil não é uma inutilidade.

A questão principal a ser apreciada na espécie é acerca da edificação de quadra e piscina com churrasqueira em local da gleba onde figuraria o estacionamento relativo às unidades por construir no citado condomínio.

O Laudo Pericial, da lavra do Perito que goza da confiança da modestíssima relatoria, assentou no labor de fls. que no espaço revelado houve mesmo a construção de piscina, vestiários, duas churrasqueiras e uma quadra descoberta e iluminada - e fôra mesmo utilizado o espaço da área de garagens (fls.538); houve criação de mais vagas para tanto, usado o sítio para "rampa que hoje não existe".

Apontou ainda o Vistor Judicial que a obra relativa à Torre B está paralisada faz 15 anos, com 20% da estrutura executada, e "deprecia os imóveis do condomínio" - coisa por sinal constatável ICTU OCULI; assevera ainda o "expert" que a construção da área inquinada dera-se de 2005 a 2007 (fls.546), e efetivamente foi ocupada a área destinada às garagens, indeterminadas, e que podem ser localizadas em outro espaço no interior do condomínio, e passíveis de regularização perante a Municipalidade.

Na resposta aos quesitos do A. o Louvado ratifica sua fala, no concernente ao espaço existente para a construção das vagas no bloco a ser edificado ver fls.548; assentou-se ali que com as modificações não deverá haver falta de locais para o parqueamento, podendo ser utilizado o subsolo, conforme o projeto.

No que diz respeito à portaria, item também impugnado, não há comprometimento algum relativamente ao núcleo habitacional.

O Acólito da parte Reqda. fala a seguir, concordando com as conclusões do Perito Oficial.

Assim, como se vê, a parte A. brande em seu prol o inadimplemento que lhe é de ser atribuído - pois que "as áreas de lazer existentes no projeto de arquitetura aprovado pela Municipalidade não foram implantadas no local previsto pela Apelada, deixando o empreendimento desprovido de qualquer área de lazer" - ou seja, a partir do inadimplemento não negado pela Autora, os

Acesso ao Sumário

148 titulares das unidades do condomínio procuraram dotar o modesto local de morada, de equipamentos bastantes para satisfação das necessidades de lazer dos habitantes - e fizeram-no com capricho e cuidado, e em verdade a posição encampada pela sédula decisão de Primeiro Grau não se sustenta - pois que a irregularidade formal das edificações pode perfeitamente ser regularizada perante a Prefeitura - e a solução não causa prejuízo à parte A., pois que as vagas de garagem que seriam colocadas no espaço utilizado podem, segundo o Laudo, merecer transferência para outro setor do Condomínio.

Ou seja: a parte A., inadimplente relativamente às obras do espaço de lazer, deixando de cumprir com a obrigação de edificar o Bloco B, causando incômodo e prejuízo aos condôminos, vem por brandir das ilegalidades acenadas, mas sem razão de ser; o juízo exato sobre a situação versada nos autos é trazido pelo milenar brocardo: NECESSITAS CARET LEGEM - e aconselha contra a tese do A. a prova produzida.

A função social da propriedade foi descurada pelo A., que em verdade, como suso exposto, não passa de Construtora travestida de Cooperativa, com aproveitar-se das benesses desta - incrível o assertivo de fls. 620m por explicar da inexistência de edificação da área de lazer constante do projeto original, e se o A. não cumpriu com o prometido faz mais de quinze anos, imagine-se quanto tempo mais levaria para "trabalhar a área de lazer" (fls.620) - e preferiram os condôminos, em Assembleia, optar pelo caminho mais fácil, mas por outro lado mais rápido e produtivo, pois que por TREZE ANOS (ver o Laudo) ela Autora não reclamou das construções - e, fato relevante, nem sequer aduz a Apelada de intenção de concluir o bloco inacabado - que nem se sabe se poderá a estrutura existente ser reaproveitada - e tudo aconselha contra a procedência do pedido.

Assim, a função social da propriedade é de ser erigida como o motivo principal deste "decisum"; não cai o Juízo na fragilidade da tese por que porfia a A., já que, como apontado, está inadimplente relativamente a obras de lazer e construção final da torre apontada - e por sinal em nenhum momento reclama da compartição de ganhos com a valorização do local com a construção exprobada - mas em verdade a grã solução da pendenga se resume na associação dessas grandezas: inexistência de prejuízo, e possibilidade de transferência das vagas para outro espaço do condomínio - o que traria, segundo a fala de fls.603, um número maior de vagas de garagem, coonestando a solução que ora se está por emprestar à demanda.

Ver, alfim, que a opugnação desenvolta a fls.622 está baseada em meras suposições, e tergiversa relativamente ao principal: não houve prejuízo, ver o Laudo Pericial, que evidentemente supera a posição do Assistente do A., a fls.654, pois que de mui mór consistência e profundidade a posição do Louvado Oficial, que deve merecer credibilidade superior por sua equidistância das partes.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, DEFERE-SE PROVIMENTO ao recurso para haver por improcedente a ação; arcará o Autor com as custas, salários do Perito já fixados, e 1/3 disso para os Assistentes. Os honorários serão de cinco mil reais, fixados por equidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003070-96.2017.8.26.0362, da Comarca de Mogi-Guaçu, em que é apelante SUPERMERCADO AGRÍCOLA LOPES LTDA., é apelada ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO ECAD.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.562)**

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

São Paulo, 11 de janeiro de 2019.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Ementa: Declaratória de inexigibilidade de débito c.c. inexistência de relação negocial. Cobrança do ECAD envolvendo retransmissão de radiodifusão. Supermercado apelante utiliza em seu estabelecimento sintonia de emissora de rádio que transmite obras musicais. Pagamento pelo uso apta a sobressair. Aplicação do artigo 68, da Lei n.º 9.610/98. O fato de o apelante efetuar publicidade na emissora é irrelevante. Sentença que se apresenta adequada. Apelo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Apelação interposta tempestivamente, com base na r. sentença de págs. 176/178, aclarada pelos embargos de págs. 186/187, que julgou improcedente ação declaratória de ausência de relação jurídica entre supermercado e ECAD, tendo como referência execução de música em estabelecimento comercial com base em radiodifusão.

Alega o apelante que a sentença merece reforma, pois o ECAD efetuou a cobrança de R$180,05, pleiteando o cancelamento da cobrança, haja vista que não aufere lucro com a sintonia nas rádios em que tem contrato de publicidade. Diz que já contém os custos com direitos autorais, não cabendo cobrança *bis in idem*, transcrevendo, ainda, trechos de decisões judiciais. Expõe que a cobrança com base em solicitação de comparecimento não pode ocorrer, uma vez que os técnicos do apelado não gozam de fé pública. Destaca que atua no ramo de supermercado e os clientes vão em busca dos produtos e não para ouvir músicas ou shows no local, bem como a música é sintonizada em rádios FM que o apelante mantém contrato de publicidade. Declara que não cabe obrigação de pagar direitos autorais, já que mantém contrato de publicidade com a emissora, reportando-se a ementas de acórdãos e a textos legais. Aduz que o valor cobrado não apresenta nenhuma regra que determine os cálculos, pleiteando, assim, reconhecimento da inexigibilidade do pagamento.

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão do apelante, págs. 204/213.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece ser mantida.

O próprio apelante reconhece que utiliza de som em suas instalações comerciais, originário de emissora de radiodifusão, portanto, a situação fática está configurada.

Ademais, a Lei n.º 9.610/98, em seu artigo 68, § 2º, faz constar expressamente que é necessária autorização para utilização de obras, inclusive musicais, originárias de radiodifusão, expondo, ainda, que se consideram locais de frequência coletiva, lojas, estabelecimentos comerciais e outros mais, portanto, existe sim amparo legal para a cobrança correspondente.

> "*Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Ação declaratória de inexistência de débito. Reconvenção. Direitos autorais. Decisão monocrática que deu provimento ao reclamo para determinar o pagamento dos direitos autorais. Irresignação da autora. 1. São devidos direitos autorais pela transmissão radiofônica de músicas em supermercado sem autorização dos autores e pagamento da taxa ao ECAD. Precedentes. 2. Em atendimento ao princípio da economia processual, admite-se, em se tratando de direitos autorais, a inclusão na condenação das parcelas/obrigações vencidas no curso do processo, a serem apuradas em liquidação de sentença. 3. Agravo interno desprovido.*" (AgInt nos EDcl no REsp 1.480.676/SC. Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial 2014/0232369-0. Ministro Marco Buzzi. Quarta Turma. J. 27-02-2018)
>
> *Direitos autorais. Recurso especial. Execução de músicas em*

Acesso ao Sumário

supermercado. Transmissão radiofônica. Exigência de pagamento de direitos autorais. Possibilidade. Proveito econômico para exigibilidade. Desnecessidade. 'Bis in idem'. Não caracterizado. (...) 2. A par disso, 'são devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de musicas em estabelecimentos comerciais' (Súmula 63/SJ). Aliás, ao interpretar o referido enunciado, a Segunda Seção assentou que a disponibilidade de aparelhos de rádio e televisão nos quartos de motéis e hotéis, lugares de frequência coletiva, não escapa à sua incidência (REsp 556340/MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, julgado em 09/06/2004, DJ 11/10/2004, p. 231). A hipótese em julgamento - transmissão radiofônica de músicas em supermercado -, sem autorização dos autores e pagamento da taxa devida ao Ecad, claramente deve receber o mesmo tratamento. (...) 4. Recurso especial provido." (REsp 1.152.820/SP. Recurso especial 2009/0157504-1. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. J. 05-06-2014)

3. Quanto aos valores, não houve nenhuma impugnação específica de que seria quantia diversa, consequentemente, fora apresentado o cálculo respectivo e não desconstituído, prevalecendo, então, o regulamento de arrecadação do ECAD, pois cabe ao apelado, ou quem o represente, a fixação do preço e das condições de pagamentos decorrentes do uso dos direitos autorais.

Caso o usuário não concorde poderá se abster do uso da obra intelectual alheia, ou seja, deixar de retransmitir no estabelecimento comercial o som originário de radiodifusão envolvendo obras musicais, destacando-se, ainda, que o fato de o apelante efetuar publicidade na emissora é irrelevante.

A jurisprudência assim entende:

"*Recurso especial. Direito autoral. Internet. Disponibilização de obras musicais. Tecnologia streaming. Simulcasting e webcasting. Execução pública. Configuração. Cobrança de direitos autorais. ECAD. Possibilidade. Simulcasting. Meio autônomo de utilização de obras intelectuais. Cobrança de direitos autorais. Novo fato gerador. Tabela de preços. Fixação pelo ECAD. Validade. (...) 9. Está no âmbito de atuação do ECAD a fixação de critérios para a cobrança dos direitos autorais, que serão definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em Assembleia Geral, composta pelos representantes das associações que o integram, e que contém uma tabela especificada de preços. Inteligência do art. 98 da Lei n.º 9.610/1998. 10. Recurso especial provido.*" (REsp 1.559.264/RJ. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Segunda Seção. J. 08-02-2017)

"*Ação inibitória c.c. indenizatória. Improcedência. Inconformismo. Acolhimento em parte. Tutela inibitória que perdeu o objeto. Indenização*

Acesso ao Sumário

pela realização de espetáculos com execução pública de obras protegidas sem o prévio recolhimento dos direitos autorais devidos junto ao ECAD, calculados de acordo com o respectivo regulamento de arrecadação. Cabimento. Jurisprudência do C. STJ. (...) Recurso provido em parte, com observações." (Apelação n.º 1.079.885-86.2013.8.26.0100. Relator Des. Grava Brazil. Oitava Câmara de Direito Privado. J. 29-03-2017)

"*Goste-se ou não, a Lei n.º 9.610/98 conferiu ao apelante, com exclusividade (salvo comunicação prévia do autor quanto à cobrança pessoal), a atribuição de efetuar a arrecadação prévia de direitos autorais e conexos junto àqueles que pretendem usar obras protegidas em execuções públicas (caso dos espetáculos realizados pela apelada), e de distribuí-los aos seus titulares (cf. arts. 68, § 4°, e 99).*

A Lei 12.853/13 (cuja constitucionalidade já foi declarada pelo C. STF2), tendo em vista proteger os interesses dos titulares dos direitos autorais no sistema de gestão coletiva contemplado pela Lei n.º 9.610/98, sem alterar a forma de arrecadação e distribuição por meio, em regra, de escritório central único (o apelante), alterou este último diploma legal para prever, expressamente, percentual mínimo dos valores arrecadados a ser repassado aos titulares dos direitos autorais (§ 4°, do art. 99), dentre outros mecanismos de controle e transparência em favor, sobretudo, dos titulares dos direitos autorais.

O § 3°, do art. 98, da Lei n° 9.610/98, atribui às associações de titulares de direitos autorais, que compõem o apelante, o poder de estabelecer o valor dos direitos autorais a ser pago pela utilização do respectivo repertório, cuja cobrança é atribuição do apelante (cf. art. 99, § 8°), definindo como parâmetros gerais a serem observados a razoabilidade, a boa-fé, os usos do local de utilização das obras e o 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.

O art. 68, § 5°, por sua vez, menciona expressamente a possibilidade de a remuneração devida pelo uso da obra protegida ser fixada de acordo com a frequência do público (que se reflete, também, na receita do evento).

Essas considerações são importantes, tendo em vista os aspectos destacados na sentença, que, embora suscitem legítimas preocupações e, inclusive, tenham ensejado reação legislativa, não afastam a aplicação, ao caso, da disciplina legal concernente à matéria." (trecho do supracitado acórdão citado)

Assim, não se vislumbra supedâneo para a alteração da sentença em exame, que se apresenta clara e precisa, além de devidamente fundamentada.

Acesso ao Sumário

4. Em decorrência do desfecho da demanda, majora-se a verba honorária para 20% do valor atualizado da causa, em observância ao artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

5. Com base em tais fundamentos, **nega-se provimento ao apelo.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1054951-88.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MANOEL DE ALMEIDA HENRIQUE, é apelado BRUNO LOPES BARREIRA DA CUNHA.

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 42.869)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), ALEXANDRE MARCONDES e NILTON SANTOS OLIVEIRA.

São Paulo, 11 de janeiro de 2019.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: Apelação. Indenização por dano moral. Leitura pelo apelado de uma missiva apócrifa em um Conselho Deliberativo da Associação. Inexistência de abuso de direito. O artigo 220 da Constituição, assegura a liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da informação e da expressão. Ausência de dolo ou culpa a gerar direito indenizatório. Sentença mantida. Honorários advocatícios majorados para o importe correspondente a 12% do valor da causa (art. 85, §11, CPC). RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais, julgada improcedente pela r. sentença de fls. da lavra do i. Magistrado Miguel Ferrari Junior, de relatório adotado.

Apela o requerente, alegando em síntese que o apelante procurou demonstrar a insensibilidade e premeditação do apelado, sendo certo que seu ato repercutiu de forma emocional para o apelante que sempre teve atitude

reservada na sua vida profissional e pessoal, o que vale dizer nunca pertenceu a nenhum grupo de AFRs, ou político da AFRESP, de sindicato ou parido político, não sendo sequer sindicalizado e não exercendo atividade em grupos de blogs e mídias sociais, sendo certo que a forma sensacionalista, planejada e mentirosa de como o apelado engendrou seu discurso público, definitivamente colocou em risco a imagem e a honra do apelante.

Contrarrazões (fls. 305/315).

É o relatório.

Cuida-se de ação de responsabilidade civil proposta por Manoel de Almeida Henrique em face de Bruno Lopes Barreira da Cunha, objetivando a condenação do apelado em danos morais na quantia correspondentes a R$ 50.000,00, corrigidos monetariamente e juros, mais custas processuais e honorários advocatícios sobre o valor atualizado da condenação.

A r. sentença de fls. 281/285, julgou improcedente a ação na forma do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Em razão da sucumbência condenou o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários ao advogado do vencedor em 10% do valor atualizado da causa.

O recurso não merece acolhimento.

A nossa Constituição Federal ao assegurar direito à liberdade de manifestação, de expressão e de informação, assegura, da mesma forma, os direitos individuais e fundamentais da pessoa humana. Em seu artigo 5º, inciso V, dispõe, expressamente, que "*é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem*", e o inciso X, estabelece que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o respectivo direito à indenização.

Dessa forma, se de um lado a Carta Magna assegura a todos o acesso à informação, à livre manifestação de pensamento e à expressão de comunicação; por outro, garante à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, ressalvando o direito à indenização pela violação desses preceitos constitucionais.

Após a Constituição de 1988, a noção do dano moral não mais se restringe ao *pretium doloris*, abrangendo também qualquer ataque ao nome ou imagem da pessoa, física ou jurídica, com vistas a resguardar a sua credibilidade e respeitabilidade social. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, esta ofensa pode ter seu efeito limitado à diminuição do conceito público de que goza no seio da comunidade, sem repercussão direta e imediata sobre seu patrimônio. Nesse sentido, destaca-se julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça: REsp 134.993-0-MA., rel. Min. Sálvio de Figueiredo- STJ 7/22.

Também o artigo 220 da Constituição, ao assegurar a liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da informação e da expressão, ressalva

Acesso ao Sumário

expressamente a necessidade de observância aos seus demais dispositivos. Não é, portanto, ilimitada a liberdade de manifestação e de informação jornalística, já que pressupõe o respeito a outras liberdades e direitos também consagrados na Lei Maior, como os referentes à honra e à imagem.

Diga-se, aliás, que nenhuma liberdade é e nem pode ser absoluta. A interpretação de qualquer lei e da Constituição há de atender a essa contingência elementar.

A atenta leitura do documento em cotejo exibe não ter ficado demonstrado que o apelado teria agido com dolo no sentido deliberado de ofender ou denegrir a moral ou à imagem do apelante.

Como bem explicou a decisão recorrida: "*E da leitura conjunta e sinérgica do texto produzido pelo réu, não se divisa qualquer espécie de ofensa às honras objetiva e subjetiva do autor. Sem embargo dos fatos já apurados e oriundos da mencionada 'Carta Aberta dos AFRs de Taubaté', no caso em tela a manifestação do pensamento exercida pelo réu não contém qualquer contrariedade ao ordenamento jurídico em vigor (antijuricidade ou dano injusto). Com efeito, na aludida assembleia, o réu limitou-se a exterior seu pensamento acerca do tema em discussão, sem que macular a honra do autor. Ainda que o texto contenha algumas críticas diretas e indiretas à pessoa do autor, tais foram exteriorizadas dentro de um contexto de debate, sem a intenção de violar os direitos fundamentais da pessoa humana Na mesma linha, a discordância manifestada pelo réu quando ao pedido formulado no requerimento sob apreciação não pode logicamente ser categorizada como ato ilícito. Noutro giro verbal, as considerações tecidas pelo réu não tiveram a intenção de macular a imagem nem a honra do autor, configurando, apenas divergência de pontos de vista. Por conseguinte, ainda que a posição do réu quanto à questão atinente às imputações formuladas contra o autor na aludida 'Carta Aberta dos AFRs de Taubaté' não seja a correta, ele não pode ser responsabilizado civilmente pelo fato de entender que o Presidente da Associação não agira contra o ordenamento jurídico*" (fls. 283).

Ora, aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica, de sorte que não será obrigado a indenizar.

Sabe-se que a responsabilidade civil é composta por três elementos basilares: dano, ato ilícito e nexo de causalidade. Nos termos do artigo 927 do Código Civil, "*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*".

Nesse sentido: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*" e "*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim*

Acesso ao Sumário

econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes" (arts. 186 e 187, CC).

Dano moral é aquele que pode ser vislumbrado em quadros de grave ofensa aos atributos físicos, psíquicos ou sociais de alguém, com consequências que ultrapassam o mero constrangimento a que todos somos obrigados a suportar pela própria convivência coletiva.

É aquele que interfere no lado mais íntimo da personalidade - na intimidade, na valoração pessoal, na reputação, na consideração social - sendo reparável o mal que aflige o íntimo da pessoa e que macula sua imagem na comunidade em que atua.

No entanto, não se pode vislumbrar o dano moral alegado.

Se outro fosse o entendimento, multiplicar-se-iam as sentenças indenizatórias e os processos correntes no Judiciário, diante da exorbitante quantidade de ofensas e críticas empregadas diariamente nos mais diversos meios de comunicação (redes sociais, sites de notícias, televisão, rádio) e em próprias manifestações sociais, os quais possuem amplitude muito maior do que a discutida nos autos.

Portanto, não se vislumbra dolo ou culpa na manifestação em comento de sorte a gerar a indenização pleiteada.

Por fim, majoram-se os honorários advocatícios sucumbenciais fixados na Instância de piso para 12% do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil observado a gratuidade judiciária concedida.

Ante ao exposto, **NEGA-SE** provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000823-98.2016.8.26.0582, da Comarca de São Miguel Arcanjo, em que é apelante MAURO ROBIRA SANCHES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado JOSE BOTAN.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 16948)**

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

São Paulo, 14 de janeiro de 2019.

Acesso ao Sumário

MARY GRÜN, Relatora

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ATAQUE DE CÃES. Autor pretende o recebimento de indenizações pelos danos materiais e morais que alega ter sofrido em razão de ataque pelos cães de propriedade do réu. Sentença de improcedência. Apelo do autor. Requerente foi atacado pelos cães de propriedade do autor na via pública. Réu que tinha o dever de guarda dos animais. Responsabilidade objetiva pelos danos causados. Precedentes deste E. TJSP. Não comprovada culpa exclusiva do requerente, ônus que era do réu. Danos materiais que são indevidos por falta de comprovação. Danos morais decorrentes do sofrimento causado pela lesão e pelo temor em razão do ataque. Quantum que deve ser adequado às peculiaridades do caso e às condições financeiras das partes. Recurso provido em parte.

VOTO

Vistos.

Trata-se de "*ação de indenização por danos morais e materiais*" (*sic*), ajuizada por MAURO ROBIRA SANCHES em face de JOSÉ BOTAN.

A r. sentença (fls. 46/47), disponibilizada no DJe de 17/04/2018 (fls. 49), julgou improcedente a ação, nos seguintes termos:

> "*Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, o que faço com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil.*
>
> *Por força da sucumbência, CONDENO o requerente ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como a verba honorária que fixo em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, devidamente atualizado (art. 85, § 2 °, do CPC), com ressalva aos benefícios da Justiça Gratuita.*" (Fls. 47).

Inconformado, apela o autor (fls. 50/55).

Alega que "*A responsabilidade objetiva, é aquela que independe de culpa, ou seja não necessita de qualquer demonstração de culpa por parte do proprietário. Uma vez que uma pessoa possua um animal, deverá tomar conhecimento da propensão perigos do mesmo, e é a partir desse ponto, responsável por ferimentos causados pelo mesmo a menos que certas medidas corretivas sejam tomadas para que a evite*" (fls. 52).

Acesso ao Sumário

Diz que "*Os danos morais, também chamados de danos por causa da angústia mental, são danos causados por um conjunto de sentimentos. É um dano que atinge a esfera subjetiva de uma pessoa e não pode ser traduzida em termos monetários*" (fls. 52).

Afirma que "*o dano moral serve não para restabelecer o dano sofrido, até por que em muitas situações o dano moral é irreparável. Observando de contexto, o dano moral serve para punir o responsável pelos fatos que a sua negligência ocasionou*" (fls. 53).

Sustenta que "*é irrefutável o fato que os cachorros se encontram soltos na rua na hora do ataque. Esse fato demonstra a falta de cuidado que o apelado exercia sobre a sua posse perante os cães*" (fls. 53).

Recurso tempestivo, regularmente processado e isento de preparo (fls. 47).

Contrarrazões pelo réu (fls. 67/69).

É o relatório.

O autor ajuizou a presente demanda visando o recebimento de indenizações pelos danos materiais e morais que alega ter sofrido em razão de ataque pelos cães de propriedade do réu.

Narra a inicial que: "*Em 03/06/2016 às 10:00, o requerente, vinha trafegando com sua bicicleta pela rua Manoel Fogaça, centro, em sentido ao supermercado Dia, quando na altura do número 369, saíram 02 cães ferozes, sendo que um deles de porte grande, robusto, de cor preta e peludo, atacou o requerente, derrubou da sua condução, atacou sua perna, rasgou sua calça, e causou ferimentos, conforme descritos no laudo do IML, mais fotos*" (fls. 01/02).

O réu, por sua vez, não nega a propriedade dos animais, nem o fato de que estes estavam soltos na via pública no momento do ataque ao requerente.

Em sede de contestação, a defesa se limita à tese de culpa exclusiva da vítima, ao argumento de que: "*diferente do alegado pelo autor, e como será adiante provado (através de prova testemunhal), o requerido tem sim dois cachorros e que de vez em quando, escapam e ficam na rua, mas estes são extremamente dóceis e não oferecem perigo a sociedade e de forma alguma chegariam a atacar alguém, a não ser que se sintam ameaçados, como foi no presente caso. O requerente realmente estava trafegando pela rua com sua bicicleta, e conforme relato do requerido e das testemunhas que estavam no local o autor estava possivelmente embriagado, e quando passou pelo cão desferiu-lhe um chute o que o fez cair de sua bicicleta, ato continuo o cão (pois que se viu sendo atacado) respondeu com a mordida*" (fls. 24).

Como se vê, o ataque dos cães e o fato deles estarem soltos na via pública, ficaram incontroversos nos autos.

Acesso ao Sumário

Assim, sendo o requerido o proprietário dos animais, deve zelar pela sua guarda e responde objetivamente pelos danos que eles vierem a causar a terceiros, nos exatos termos do art. 936 do Código Civil ("*O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior*").

Neste sentido, já se manifestou a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça em casos semelhantes:

"*APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZATÓRIA - Ataque de cães de grande porte à menor em via pública - Responsabilidade objetiva do dono/ detentor dos animais Inteligência do art. 936 do C. C. - Réu que não cumpriu com o dever de guarda - Indenização por danos estéticos e morais - Valores devidamente fixados pelo juízo a quo (R$ 10.400,00, a título de danos estéticos e R$ 5.000,00, de danos morais) - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.*"

(TJSP, Ap. 0001517 - 60.2014.8.26.0063, 6 ª Câm. De Direito Privado, Rel. Des. Rodolfo Pellizari, j. 10 / 10 / 2018 - g. n.).

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - Autora atacada por cão. Falta de vigilância por parte do proprietário do animal. Prova do ataque e dos ferimentos recebidos. Dano moral configurado. Inobservância do réu ao deixar o animal livre em via pública. Dever de indenizar reconhecido - Sentença mantida - Apelo improvido.*"

(TJSP, Ap. 1000206 - 92.2016.8.26.0177, 8 ª Câm. De Direito Privado, Rel. Des. Silvério da Silva, j. 17/09/2018).

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos morais - Ataque de cães pertencentes ao estabelecimento réu, que teriam fugido para a via pública - Vítima que transitava pelo local, tendo sido atacada, sofrendo fratura da coluna - Procedência - Desnecessidade da realização de prova pericial - Preliminar rejeitada - Responsabilidade objetiva, que somente poderia ser elidida se evidenciada culpa da vítima ou força maior, o que, no presente caso, não ocorreu - Inteligência do art. 936 do Código Civil - Nexo de causalidade perfeitamente demonstrado - Danos morais caracterizados - Quantum fixado com razoabilidade e proporcionalidade, não comportando redução - Sentença mantida - Recurso desprovido.*"

(TJSP, Ap. 0004459 - 05.2011.8.26.0505, 5 ª Câm. de Direito Privado, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 14/06/2017 - g.n.).

Diante disso, era ônus do réu comprovar a sua alegação de que o autor teria agredido os cachorros e, portanto, o ataque dos animais foi ocasionado por culpa exclusiva da vítima, todavia, nada há nos autos que demonstre a veracidade de tal alegação.

Assim, configurada a responsabilidade objetiva do réu, deve indenizar

Acesso ao Sumário

os prejuízos causados ao autor em decorrência do ataque dos cães de sua propriedade.

No entanto, os danos materiais só são devidos em caso de efetiva comprovação de sua ocorrência.

E, no presente caso, o pedido está fundamentado na alegação de que o autor deixou de auferir lucro de sua atividade autônoma, pois ficou impossibilitado de trabalhar.

Ocorre que, os elementos constantes dos autos não corroboram tal alegação, isto porque, o laudo do IML de fls. 15 atesta a ausência de qualquer incapacidade para o trabalho.

Com relação aos danos morais, entendo que estes estão configurados pela dor advinda da lesão causada à perna do apelante, bem como pelo temor decorrente do ataque dos cães.

Na fixação do *quantum*, devem ser considerada as peculiaridades do caso, as condições econômicas das partes e o fato da lesão ter sido apenas superficial, conforme demonstram o laudo do IML (fls. 15) e a foto de fls. 18.

Feitas tais considerações, o montante de R$ 1.000,00 se mostra adequado à reparar o dano extrapatrimonial sofrido pelo autor.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dá-se parcial provimento** ao recurso para julgar parcialmente procedente a demanda e condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 1.000,00, corrigidos monetariamente a partir do arbitramento e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado.

Reciprocamente sucumbentes, cada parte arcará com metade das despesas processuais e com os honorários advocatícios do seu patrono, ora fixados em 20% do valor da condenação, nos termos do art. 85 do CPC/ 2015, já considerada a majoração prevista no § 11 e devendo ser observada a gratuidade de justiça concedida a ambas as partes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002097-05.2016.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante PAGUE MENOS COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., é apelado CARLOS JOSE DA SILVA (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 ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do

Acesso ao Sumário

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.728)**

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

São Paulo, 14 de janeiro de 2019.

SALLES ROSSI, Relator

Ementa: INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - Procedência parcial - Inconformismo da ré descabido - Comprovação nos autos de que o autor estava no caixa do estabelecimento da ré quando um funcionário desta lhe fez referências quanto ao fato dele ser "nordestino", bem como que "não havia gerente para ele" - Ofensa verbal praticada por preposto da requerida em face do autor - Testemunha presencial, inquirida em Juízo que confirmou os fatos narrados na exordial - Constrangimento sofrido pelo autor - Nexo causal estabelecido - Configuração de danos morais - Indenização devida - Quantum indenizatório fixado em R$ 4.800,00 que se mostra condizente e proporcional ao dano sofrido - Descabida redução - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Cuida-se de Apelação dirigida contra a r. sentença (fls. 79/84) proferida nos autos de Ação de Indenização por Danos Morais, que decidindo pelo mérito os pleitos formulados na inicial, decretou a parcial procedência dos mesmos, condenando a ré ao pagamento da quantia de R$4.800,00, com correção monetária a partir do arbitramento e juros de mora a partir da citação.

Pela sucumbência, a parte vencida foi condenada aos pagamentos das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação nos moldes do artigo 85, § 2º, do CPC.

Inconformado, apela a vencida (fls. 93/115), sustentando a necessidade de reforma da r. sentença recorrida, alegando ausência de provas conclusivas, seja testemunhal ou documental, sobre a imputação de tratamento vexatório e/ou discriminatório ao apelado, bem como a ausência do gerente na ocasião e o alegado constrangimento em decorrência de abordagem de seguranças.

Prossegue sustentando ser inverossímil o depoimento da testemunha arrolada pelo réu que relatou terem os fatos ocorridos no período da tarde,

Acesso ao Sumário

quando na verdade ocorreram à noite. Argumenta inconsistência em relação à existência de discriminação e de quem foi seu autor. E, ainda, que no boletim de ocorrência não há indicação da forma de discriminação e de quem participou dela.

Aduz que o desentendimento havido entre as partes não é passível de dano moral indenizável. Aguarda o provimento recursal, com a improcedência da ação e, subsidiariamente, a redução dos valores arbitrados a título de danos morais.

Contrarrazões apresentadas às fls. 135/140.

Inicialmente, o presente apelo fora distribuído ao Relator Theodureto Camargo, com posterior e final redistribuição a esta Relatoria, nos termos da Resolução 16/2018.

É o relatório.

Recebo o apelo interposto, no duplo efeito, na forma do artigo 1.012, *caput*, do Novo CPC, passando ao seu julgamento, conforme autoriza o inciso II do artigo 1.011 do mesmo Estatuto.

O recurso não comporta provimento.

Buscou o autor, na tutela jurisdicional invocada, indenização por danos morais. Para tanto alegou que foi fazer compras no estabelecimento da ré e ao solicitar que a compra fosse entregue houve recusa. Diante da sua insistência passou a ser mal tratado na frente das pessoas que ali estavam, vindo a sofrer humilhação. Pediu indenização por danos morais.

A demanda foi julgada procedente em parte, condenando a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 4.800,00, aproximadamente trinta vezes o valor da compra.

Em que pesem os argumentos lançados nas razões recursais, reputo correta a r. sentença recorrida.

No caso em tela, restou demonstrado que a testemunha Ângela Maria da Silva Santos, sem qualquer vínculo com as partes, presenciou a ocorrência dos fatos.

Segundo seu relato, o autor estava no caixa do estabelecimento da ré quando um funcionário desta fez referências ao autor quanto ao fato dele ser "nordestino", bem como que "não havia gerente para ele".

Em relação ao referido depoimento não há nenhum fato que o desabone. No tocante à divergência de horário da ocorrência dos fatos (noite) e o referido pela mesma (por volta das 16 horas), também não tem suporte para afastar a validade do depoimento, visto que foram os fatos mais graves relatados pela testemunha que ensejaram a condenação da apelante.

Ressalta-se que as testemunhas trazidas pela apelante (fls. 84) são suas

Acesso ao Sumário

funcionárias, que de certa forma não iriam relatar os reais fatos ocorridos dentro do estabelecimento que pudessem ensejar a responsabilização da apelante.

O fato de não haver indicação de quem fez as referências depreciativas ao apelado, quanto ao fato dele ser nordestino e de que não havia gerente para ele, não afasta a responsabilidade da apelante, pois restou comprovado a existência de tais referências, bem como que foram efetuadas por um de seus prepostos.

Assim, irrelevante não constar no boletim de ocorrência a indicação da forma de discriminação e de quem participou dela, pois conforme já mencionado a testemunha Ângela Maria da Silva Santos, equidistante das partes e presente no momento do ocorrido, foi categórica ao afirmar a existência de alusão depreciativa à origem do apelado por funcionário da apelante, bem como à alusão de que não haveria gerente disponível para ele.

Demais disso, os filhos do apelado estavam presentes no dia dos fatos, conforme confirmado pela referida testemunha Ângela. De qualquer forma, a presença ou não deles não interfere na decisão recorrida.

No tocante à presença de seguranças, referida testemunha também confirmou a presença dos mesmos.

A prova oral colhida, portanto, confirmou a narrativa dos fatos mencionados na inicial, de forma que a alusão à origem do autor e ao fato de não haver gerente para ele caracterizam conduta que atinge a sua honra.

Vale aqui anotar trecho da sentença:

"*Nesse quadrante, a situação dos autos, com referência depreciativa à origem do autor e também à alusão ao fato de que, para o autor, não haveria gerente disponível, é fator de ofensa à reputação, violando direito da personalidade. Além disso, mesmo pelo aspecto subjetivo, é possível inferir a ocorrência de perturbações anormais na tranquilidade do consumidor.*"

Após a promulgação da Constituição Federal (artigo 5º, incisos V e X) e do novo Código Civil (art. 186), não há mais dúvida de que o direito pátrio consagra a indenização por danos não patrimoniais em casos em que a vítima de um evento danoso é atingida como ser humano independente de eventuais consequências econômicas.

Acesso ao Sumário

Como bem lembra **Yussef Said Cahali**, "*na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquele que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na*

depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral" (**Dano Moral, 2ª edição, pp. 20/21**).

É de se notar, contudo, que tal espécie de indenização não abrange todos os fatos da vida cotidiana.

Pelo contrário, os termos amplos do art. 186, do Código Civil e dos incisos V e X, do art. 5º, da Carta Magna devem ter seu alcance limitado ao razoável, isto é aos casos que tragam uma afronta moral acima da suportabilidade exigida para os atos cotidianos.

Não é por outro motivo que já se decidiu que "*transtornos, aborrecimentos e contratempos que sofre o homem no seu dia a dia, absolutamente normais na vida de qualquer um, não geram direito à reparação por danos morais*" (**TJSP, JTJ 158/83, rel. Des. Pinheiro Franco**).

Com efeito, restou incontroverso nos autos a ofensa praticada por preposto do apelante, pois demonstrada a conduta desairosa do mesmo no dia dos fatos, desrespeitando o apelado em decorrência de sua origem com uma resposta absolutamente desconexa e desnecessária que, por óbvio, violou a intimidade do apelado causando-lhe uma situação de constrangimento e dor passível, no meu sentir, de indenização.

O dano moral restou configurado no caso presente, suplantando um mero aborrecimento ou um fato trivial a que todo cidadão está exposto em seu cotidiano.

O ordenamento jurídico não pode tolerar atitudes como a aqui praticadas, sem impor ao ofensor a reprimenda cabível.

Em relação ao *quantum* fixado, como se sabe, 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, nem da que causou o dano.

Convém transcrever trecho da Apelação Cível n. 218.449-1, que teve como relator o eminente Desembargador Antonio Manssur, ao comentar sobre o assunto:

"*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-*

Acesso ao Sumário

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."

Feitas tais considerações, tenho que o valor arbitrado (R$4.800,00) atende aos critérios ora delimitados, não comportando redução. Importância que se mostra adequada aos fins a que se destina, sem importar em fonte de enriquecimento sem causa.

Mantida a sucumbência, majoro os honorários no percentual de 20% do valor da condenação, conforme previsão contida no Artigo 85 do Código de Processo Civil, diante do trabalho adicional realizado em grau recursal.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003039-17.2016.8.26.0296, da Comarca de Jaguariúna, em que são apelantes CLAUDIO ANDRADE DE MATTOS DIAS e MARA MENEZES GAGO, é apelado ASSOCIAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS E MORADORES DO LOTEAMENTO ESTÂNCIA DAS FLORES.

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 16455)**

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

São Paulo, 15 de janeiro de 2019.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação cível. Ação de obrigação de não fazer. Associação de moradores. Autores não associados. Insurgência com a exigência de identificação na portaria do loteamento. A associação não pode vedar a entrada de veículos dos autores, seus familiares e visitantes, por falta de autorização ou prévia comunicação, mas, a prévia identificação com apresentação de documentos pode e deve

Acesso ao Sumário

ser requerida a fim de não prejudicar os demais moradores e um dos intuitos da associação, qual seja, a segurança. Apelo desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de não fazer contra ASSOCIAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS E MORADORES DO LOTEAMENTO ESTÂNCIA DAS FLORES, na qual alegam os autores que, na condição de proprietários do imóvel situado na Alameda Antonio Marcio Menegon, 80, no Loteamento Estância das Flores, ajuizaram, anteriormente, ação já transitada em julgado, para que se reconhecesse a inexistência de vínculo jurídico em relação à associação ré. Contudo, a ré edificou uma portaria na entrada do loteamento, e, assim, requerem que seus familiares e visitantes tenham livre acesso às vias públicas, sem embaraço ou constrangimento.

A sentença de págs. 462/466, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação para condenar a ré na obrigação de não fazer, consistente em tolerar que os autores, seus familiares e suas visitas entrem no loteamento, por meio de veículo, independentemente de autorização ou prévio aviso, o que não impede eventual exigência de identificação do condutor ou de qualquer pessoa que esteja dentro do automóvel, confirmando a liminar concedida em parte.

Apelação interposta às págs. 468/489 pelos autores na qual alegam que a inexistência de vínculo entre as partes já foi reconhecida nos autos do processo n. 0003070-25.2014.8.26.0296, demanda cuja sentença e acórdão já transitaram em julgado. Reiteram o direito ao livre acesso dos apelantes, seus familiares e visitantes às vias públicas do bairro, sem a necessidade de apresentação de documentos de identificação ou adoção de qualquer procedimento ou formalidade impostos pela associação apelada. Alegam que o poder de polícia estatal não é delegado à associação e, ainda, que as vias de circulação e praças existentes no loteamento pertencem ao município, e, portanto, são públicos.

Contrarrazões apresentadas às págs. 494/211.

Certidão de pág. 613 informando o transcurso de prazo sem manifestação de oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Como bem constou da sentença, "*a lide se resume em dirimir a questão do livre acesso às vias públicas versus o postulado de segurança nos loteamentos fechados. De fato, o art. 1º, §§ 1º e 2º da Lei Municipal n. 1.497/2003 de Jaguariúna prevê a possibilidade de restrições no que diz respeito à circulação de veículos, em bolsões residenciais de loteamento. Não entendo a norma inconstitucional por supostamente ferir o art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal, uma vez que 'restrição' não se confunde com 'vedação'. Eventuais*

Acesso ao Sumário

precauções de segurança, desde que razoáveis, são justificadas. Parece- me que esse é o exato ponto a ser buscado na otimização entre liberdade e segurança. Assim, resta perquirir se as restrições que estão sendo impostas são ou não condizentes com o postulado de otimização".

E nesse sentido, foi proferida a decisão, na medida em que a associação não pode vedar a entrada de veículos dos autores, seus familiares e visitantes, por falta de autorização ou prévia comunicação, mas, a prévia identificação com apresentação de documentos pode e deve ser requerida a fim de não prejudicar os demais moradores e um dos intuitos da associação, qual seja, a segurança.

Os documentos de págs. 60/62 comprovam que o Loteamento Estância das Flores foi regularmente instituído e autorizado pelo Poder Público Municipal, como sendo um "Bolsão Residencial", conforme Decreto n. 2.839/2009, cujo parágrafo 1º do artigo 1º da Lei Municipal n. 1.497/2003 prevê:

"*§ 1º - Para os efeitos desta lei, entende-se por Bolsão Residencial um conjunto de áreas públicas de um loteamento, passíveis de serem controladas através de fechamento, por muro, cerca ou alambrado, no todo ou em parte do seu perímetro, e de instalação de portarias e guaritas para vigilância nos acessos principais e/ou estreitamento e elevação do pavimento do leito carroçável, sem que suas destinações originárias sejam alteradas.*

§ 2º - As restrições à circulação limitam-se exclusivamente aos veículos, vedada qualquer restrição ao acesso de pedestres."

Por consequência, o fechamento da área delimitada como bolsão residencial, a existência de portaria, guarita, sistema de segurança, tudo está previsto na legislação municipal apontada (n. 1.497/2003).

Não há transferência do poder de polícia, na medida em que a existência de portaria no loteamento não limita o exercício dos interesses individuais dos autores em benefício do interesse público, há apenas a identificação dos que pretendem ingressar no loteamento, a fim de dar maior segurança ao local e respeito com o próprio municipal, sem, todavia, qualquer restrição a sua entrada.

Não há qualquer desrespeito ao já decidido em processo anterior quanto à condição de não associados dos apelantes, uma vez que deles não está sendo cobrado qualquer taxa.

Por fim, como bem esclareceu o apelado, "*o prévio cadastramento de veículos dos moradores e familiares foi solicitado apenas para facilitar e permitir o acesso direto destes, mediante, inclusive, colação de 'tags' do tipo sistema 'Sem Parar', sem a necessidade de parar toda vez na portaria*", pág. 502.

No mesmo sentido:

> Execução de obrigação de fazer - controle de portaria feita por loteamento fechado - determinação para a retirada e obstáculo ao ingresso

Acesso ao Sumário

- lei municipal que cria "micro regiões" e outorga permissão de uso para controle de portaria - lei e "ato" que não colidem com a sentença exequenda - viabilidade da portaria para identificação, mas não para obstar o acesso - anulação da sentença que homologou a desistência - Recurso ministerial provido (Apelação Cível n. 360.421.5/6-0, na Relatoria do Des. Venício Salles)

Do exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002852-61.2017.8.26.0526, da Comarca de Salto, em que é apelante UNIMED DE SALTO/ITU - COOPERATIVA MÉDICA, é apelado SINDICATO DOS TRABALHADORES DO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE SALTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32372)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente sem voto), JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO e COSTA NETTO.

São Paulo, 16 de janeiro de 2019.

PIVA RODRIGUES, Relator

Ementa: Apelação. Plano de saúde coletivo por adesão. Pleito de afastamento de reajuste técnico por sinistralidade e aplicação exclusivamente do reajuste anual, de acordo com o reajuste-teto autorizado pela ANS aos planos individuais e familiares no ano informado. Pleito de declaração de nulidade de aditivo contratual que impede inclusão de novos participantes. Pleito de manutenção do contrato por dois aniversários após o trânsito em julgado da ação. Sentença de procedência parcial, acolhido apenas o pleito de aplicação do reajuste-teto em substituição ao técnico por elevação de sinistralidade. Inconformismo da parte ré. Não provimento do apelo. Sentença mantida por seus próprios fundamentos (artigo 252,

Acesso ao Sumário

RITJSP).

1. Rejeitada preliminar de ilegitimidade passiva ad causam. Alegação recursal de que a cobrança de mensalidades (assim como deliberação de reajustes aplicados às mensalidades) constitui atribuição exclusiva de administradora de benefícios Ouro Brasil, à luz dos artigos 2º e 3º da Resolução Normativa 196 da ANS. É a operadora do plano de saúde quem define o preço cobrado (e, por reflexo, a respectiva dinâmica de reajustamento) pelos serviços de assistência médico-hospitalar que disponibiliza aos usuários finais, sindicalizados da autora-apelada.

2. Quanto ao mérito, em planos de saúde coletivos, muito embora não haja, aprioristicamente, ilicitude na cláusula contratual que preveja reajuste anual das mensalidades dada a majoração da sinistralidade ou dos custos operacionais [reajuste técnico], não há prova suficiente que justifique os aumentos da mensalidade no montante aplicado, nem a participação efetiva da estipulante do plano de saúde, ou de seus beneficiários individuais, no cômputo de tais reajustamentos, o que os torna, em concreto, abusivo. Limitação da declaração de abusividade, e restituição da quantia paga a maior relacionada aos reajustes impugnados no intervalo discriminado pela petição inicial.

3. Recurso de apelação da ré Unimed Salto/Itu desprovido.

VOTO

Ao relatório de fls. 545, acrescente-se que o E. Juiz de Direito Christiano Rodrigo Gomes de Freitas proferiu sentença em que julgou procedentes em parte os pedidos iniciais da ação movida por Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Municipal de Salto, de acordo com o seguinte dispositivo: "*DECLARO como abusivos o reajuste impugnado e determino a aplicação de reajuste de 13,55%, conforme ANS, para o período, confirmando a antecipação de tutela*" (fl. 215), tendo sido julgado improcedente o pedido de manutenção de contrato por dois aniversários após o trânsito em julgado.

Pela sucumbência mínima autoral, sucumbência carreada à parte ré, com honorários advocatícios fixados 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Sentença prolatada em 04.05.2018 (fl. 548).

Acesso ao Sumário

Apela a ré Unimed Salto/Itu (fls. 560/578 e 582/601).

Pela ordem, constata-se que advogado constituído pela ré-apelante pede seja dado processamento à segunda peça apresentada, de fls. 582/601, que, por esse motivo, será aqui relatada, descartando-se a primeira peça de fls. 560/578, por um alegado erro na sua apresentação.

Suscita preliminar de ilegitimidade passiva, considerando que seria a administradora de benefícios (Ouro Brasil) a responsável por cobrar as mensalidades e aplicar os reajustes sobre o contrato, detendo competência exclusiva para tanto, aduzindo o teor da Resolução Normativa 195 da ANS (especialmente do artigo 2º, incisos I, II e IV, alínea "a"; e artigo 3º) e do previsto no contrato (cláusulas X e XI, cf. fls. 17/19) para corroborar o seu ponto de vista.

Na sequência, quanto ao mérito da demanda, defende inicialmente que o contrato em questão é coletivo por adesão, sendo inviável a extensão de incidência de regras previstas exclusivamente para os planos individuais aos coletivos. Rechaça também a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso. Defende que os reajustes das mensalidades do plano em tela não se subordinam a limitações impostas à ANS. Ressalta que a RN 195 da ANS traz distinção clara das modalidades de planos (artigo 2º), sendo que é explícita a escolha da contratação do plano coletivo por adesão no caso, com condição de elegibilidade a presença de grupo de associados de cooperativas, entidades profissionais representativas de classe ou sindicatos. Reforça que nos contratos coletivos a incidência de reajuste variável de acordo com a sinistralidade não é abusiva, tem por objetivo a manutenção de equilíbrio contratual. Adverte ser dever da operadora do plano mostrar os índices, critérios e cálculos atuariais que determinam a incidência desse tipo de reajuste por sinistralidade. Descreve que tem o dever apenas de comunicar à ANS os reajustes que aplicar, com juntada de planilhas de custos, na forma da RN 389, conferida a competência da agência reguladora de fiscalizar adequação dos valores e evitar abusos. Defende que não houve violação de dever de transparência, indicando que cumpriu satisfatoriamente o dever inscrito na RN 389/2015 da ANS, "*que dispõe sobre a transparência das informações no âmbito da saúde suplementar e estabelece a obrigatoriedade de as operadoras de planos privados disponibilizarem informações às administradoras de benefícios (...) inclusive apontando nos artigos 14, 15 e 16, a forma de ocorrer o reajuste consubstanciado na cláusula XI REAJUSTE do contrato firmado pelas partes*" (fl. 592). Argumenta, ainda, que os reajustes foram aplicados depois de passagem por fase de negociação e expedição de comunicado prévio, em observância a preceitos legais e contratuais, trazidos tais documentos comprobatórios nos autos. Prossegue afirmando que as cláusulas que preveem o reajuste em razão de elevação de sinistralidade são específicas e claras, com versão das fórmulas aplicadas para o cálculo do reajuste (cláusula XI) (fls. 593/594), tendo sido consensualmente

Acesso ao Sumário

convencionadas pelas partes. Diz que trouxe planilhas que estão ordenadas com a utilização do plano por beneficiário, com referência a cada especialidade/procedimento/internação e consultas em consultórios e prontos- socorros. Cita que há jurisprudência do E. Tribunal local, também no STJ, no sentido de reconhecer a legalidade da aplicação desse tipo de reajuste justamente com a finalidade de garantir o equilíbrio financeiro do contrato, desde que prevista no instrumento a possibilidade da ocorrência.

Requer, enfim, o provimento do apelo para se acolher a preliminar de ilegitimidade passiva e extinguir sem resolução do mérito a ação, ou se julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Processado o apelo, ofertadas contrarrazões (fls. 604/614).

Autos entrados no Tribunal em 19.09.2018, distribuídos para esta Relatoria em 26.09.2018, por prevenção ao Agravo de Instrumento 2143946-06.2017.8.26.0000, e conclusão definitiva para julgamento na mesma data.

É o relatório.

A devolução provocada pelo recurso de apelação é parcial, enfrentando tão somente a extensão da sentença que julgou procedente o pedido inicial de redução do reajuste aplicado a título de sinistralidade, no intervalo designado na exordial.

O recurso da ré Unimed Salto/Itu não comporta provimento, devendo ser confirmada a sentença proferida por seus próprios fundamentos (artigo 252, RITJSP).

De início, deve restar consignado que a avença celebrada está submetida aos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

Como lei especial, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável exatamente às relações jurídicas de consumo que se encontram sob o seu pálio, na qual se insere pacificamente o vínculo reticular entre a pessoa jurídica que contrata os serviços de assistência médica, o beneficiário individual que adere a esse plano e a operadora de plano de saúde que os fornece, estando a última rotulada sob a figura de fornecedora de serviço (artigo 3º, parágrafo segundo, CDC).

Acesso ao Sumário

Aliás, súmula do STJ recentemente editada congrega o entendimento da aplicabilidade do CDC às operadoras de plano de saúde [Súmula 608: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão"]. No mesmo sentido, súmula 100 deste E. Tribunal ["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"].

A pessoa jurídica na condição de estipulante pode ser enquadrada na situação de consumidora, à vista do tipo da relação negocial firmada, em que

as bases contratuais são estipuladas, com vantagem, pela operadora do plano de saúde, competindo à estipulante submeter-se às suas cláusulas, não só com poder de negociação limitado, a exemplo da definição do preço-base da mensalidade para cada beneficiário, mas também pela hipossuficiência técnica em relação a determinadas passagens do contrato.

E o reclamo pela impugnação dessas condições contratadas pode ser igualmente dirigido pelo beneficiário, na linha de entendimento sumulado nesta Corte (Súmula 101, TJSP).

Ainda, deve ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pela ré Unimed Salto Itu.

Na lição da doutrina sobre o assunto da legitimidade *ad causam*, extrai-se que "*para a ação têm de ser citados todos os que devam sofrer os efeitos diretos da sentença pretendida. (...) Para identificá-los não é preciso indagar se o autor tem direito à sentença pretendida. Basta indagar quem deverá sofrer os efeitos diretos da sentença demandada pelo autor, tenha ele razão ou não, porque esta já é uma questão de mérito*" (vide José Ignácio Botelho de Mesquita et al. "O colapso das condições da ação? Um breve ensaio sobre os efeitos da carência da ação", ***in*** Revista do Advogado, número 88, p. 109/127).

Observados tais elementos teóricos, mostra-se a pertinência subjetiva da ação da ré apontada, visto que quem presta os serviços de assistência médica, disponibilizando a potencialidade de seu uso à universalidade de usuários, precificando-os, é a operadora do plano de saúde.

Por sua vez, a administradora de benefícios atua, com base na RN 195/2009, como *estipulante*, acompanhada pelo sindicato-autor como *subestipulante*, travando estes dois o relacionamento jurídico com a operadora do plano, na outra ponta.

Cabe à administradora o papel de *representar* o sindicato que contratou, e não definir os reajustes das mensalidades por si própria, devendo sim *negociar* melhores condições com a operadora do plano de saúde a respeito dos reajustes da mensalidade.

E há o detalhe de que, no intervalo impugnado, o papel da Ouro Brasil como administradora de benefícios se dissipou, à vista do encerramento da contratação coletiva que ela intermediava a partir da data de 30.04.2016 (consoante a cópia do termo aditivo juntado à fl. 502).

Fica, portanto, rejeitada a alegação de ilegitimidade passiva.

Avançando ao mérito da demanda, temos que o índice por sinistralidade se liga basicamente aos custos efetivos que a massa de usuários tenha submetido à operadora: são custos das despesas médico-hospitalares, serviços auxiliares de diagnóstico e despesas administrativas ligados à efetiva utilização do plano.

Este Desembargador tem seguido o entendimento de que não há,

Acesso ao Sumário

aprioristicamente, abusividade na cláusula contratual que preveja reajuste das mensalidades dado o aumento da sinistralidade ou dos custos operacionais, no tocante a planos de saúde coletivos, empresariais ou por adesão.

Mas ressalto a necessidade concomitante de haver obrigatória demonstração de que os reajustamentos são realmente imperiosos para a manutenção do equilíbrio do plano de saúde, sob pena de se reconhecer a onerosidade excessiva e abusividade no reajuste aplicado.

A ré é portadora do ônus da prova de demonstrar essa correlação dos custos com a cláusula contratual autorizadora dos reajustes, até em razão de possuir, em exclusividade, os documentos necessários a uma tal verificação.

Todavia, não houve, no presente caso, qualquer prova documental suficiente que ateste e justifique a majoração procedida pela ré e sua compatibilidade com o pactuado no contrato e nas normas regulatórias.

A liberdade contratual aludida pela ré não está totalmente aberta a seu arbítrio, tendo, por sua vez, de respeitar os critérios que conduzem à exigência de previsibilidade e probidade na aplicação das cláusulas contratuais.

Ademais, a utilização excepcional ou anormal por um grupo de beneficiários tende a acarretar um aumento substancial do uso do plano, e, consequentemente, uma majoração do risco.

Essa operação, todavia, não pode gerar como resultado uma transferência automática e unilateral do incremento dos custos havidos em direção ao consumidor, sob pena de frustração ao objeto do contrato, que é a prestação dos serviços médico-hospitalares em preservação do equilíbrio da relação negocial originária. Não pode, portanto, causar uma distorção qualificada pela elevação desmesurada do preço da contraprestação e uma inviabilização do pagamento, em médio ou longo prazo, criando-se um fator de expulsão.

Ademais, nada nos autos indica que tenha a requerida agido com transparência ao informar ao autor o reajuste que implementou.

Far-se-ia necessário comprovar previamente a correspondência atuarial entre o aumento das mensalidades e a intensificação da sinistralidade, notadamente em relação **comparativa** com os anos anteriores, bem como conceder oportunidade para discussões negociais a esse respeito.

Ainda que tenha havido a troca de e-mails entre os representantes legais da operadora do plano de saúde, não há certeza se a posição defendida pelo sindicato-autor seria de aceitar, ao menos, a proporção de reajuste consignada na proposta de acordo e de renunciar expressamente a algum tipo de discussão judicial a respeito.

Por sua vez, os documentos juntados pela ré-apelante em sua contestação, que externam a análise do contrato no período de abril de 2016 a março de 2017 e trariam a composição dos custos, despesas e receitas auferidas ao longo

Acesso ao Sumário

desse intervalo (fls. 507/509 e fls. 514/531, parecer de empresa especializada em contabilidade), não estão acompanhados das faturas técnicas relativas ao uso de cada um dos serviços, não se podendo aferir se, de fato, todos os serviços ali apontados realmente foram pagos, desembolsados e ativados em prol dos beneficiários individuais do sindicato-autor.

E principalmente, não há qualquer indicação de que esses documentos tenham sido entregues a conhecimento da parte maior interessada em sua análise, justamente o sindicato-autor apelado.

Sequer houve explanação dos motivos que justificaram os percentuais de reajuste, ou como se aperfeiçoaram as dificultosas e complexas operações matemáticas previstas nas cláusulas contratuais, obscuras e imprecisas, de modo a se possibilitar ao beneficiário aderente um amplo conhecimento do conteúdo do contrato.

Como bem frisou o juízo sentenciante, "*Em matéria contratual consumerista, a abusividade da cláusula é extraída da vantagem desproporcional que o proponente aufere da disposição contratual (art. 39, V e X, CDC). No mesmo sentido, o art. 421, do Código Civil dispõe que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato , devendo as partes contratantes observar o equilíbrio contratual (arts. 422 e ss, CC). Assim, embora os reajustes previstos em contrato coletivo de plano de saúde não estejam sujeitos à autorização da ANS, deve-se observar a legislação citada, de modo que os índices de reajuste aplicáveis aos contratos coletivos não podem ser de forma desproporcional e ao arbítrio da operadora, com desequilíbrio contratual. Cumpre consignar, pois, que a cláusula que prevê reajuste por aumento da sinistralidade não padece de ilegalidade. Porém, para que seja reconhecida como legítima, pressupõe a demonstração de que efetivamente houve elevação nos custos a corroborar tal reajuste e que o reajuste observa o equilíbrio contratual. No caso, a documentação apresentada pela ré não revela elevação de sinistralidade a justificar o percentual de reajuste pretendido; não se podendo ter como referência a meta de sinistralidade recomendada. Principalmente no caso em que a receita média per capta é superior à despesa médica per capta, com significativa recuperação de coparticipação. Além disso, verifica-se que a parte ré não cumpriu com o dever de informação (art. 6º, III, CDC), vez que não informou de forma clara, precisa e compreensível quais os reais custos que conduziram o reajuste.*" (fl. 546/547).

Com efeito, vê-se claramente uma hipótese em que a fixação do reajuste por sinistralidade, na forma como pactuado e aplicado concretamente, estabelece uma prestação excessivamente onerosa à parte consumidora, além de permitir uma atuação unilateral da parte fornecedora na variação dos valores cobrados a título de mensalidade, pondo o consumidor em patente desvantagem, ambas as condutas vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, inciso V;

Acesso ao Sumário

artigo 51, incisos IV e X, CDC).

Na medida em que se procede ao aumento de forma impositiva e unilateral, sem espaço para a plenitude de comunicação ao consumidor, constata-se violação ao dever de informação e transparência, norteado pela boa-fé objetiva, que deve pautar as relações entre consumidor e fornecedor.

Por esses motivos, mesmo não sendo o caso de declaração de nulidade da cláusula que prevê o reajuste por sinistralidade (aqui reconhecida apenas ineficaz), confirma-se a sentença para julgar procedentes em parte os pedidos iniciais, com fundamento no artigo 487, I, CPC/15, para afastar a aplicação do reajuste por sinistralidade exclusivamente pelo período especificamente impugnado na exordial, aplicando-se em lugar apenas o reajuste anual na proporção mensurada pela ANS para os contratos individuais e familiares, preservados outros reajustes fundados em outros motivos, ordenada a restituição dos valores pagos a maior em razão dos reajustes expurgados.

A declaração de ineficácia da cláusula de reajuste por sinistralidade não tem o condão de afetar reajustes futuros, visto que se abre a possibilidade de a ré adotar postura contratual leal com o consumidor, abrindo a seu conhecimento e esfera de controle as questões atinentes ao cômputo do reajuste anual financeiro e de sinistralidade vigente para os próximos anos.

Registro que, a título de esclarecimento da composição da verba honorária, que deve ser reconhecido como valor de condenação justamente o proveito econômico gerado com a redução do percentual da mensalidade, de 45% para 13,55%, referentemente às doze mensalidades imediatamente posteriores à data informada de aplicação do reajuste.

Tendo em vista o trabalho adicional desenvolvido pelo patrono da parte autora, na condição de parte apelada, em decorrência da interposição do recurso de interesse da parte ré, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) para 17% (dezessete por cento) do valor da condenação, tudo com fundamento no artigo 85, parágrafo 11, do Novo Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso de apelação da ré Unimed Salto-Itu.

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 art. 1º da Resolução nº 549/2011 do Órgão Especial deste E. Tribunal, entendendo-se o silêncio como concordância.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003278-88.2015.8.26.0129, da Comarca de Casa Branca, em que é apelante M.O.P., é apelado A.J.A.

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 21.575)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente) e MARIA DE LOURDES LOPEZ GIL.

São Paulo, 16 de janeiro de 2019.

LUIS MARIO GALBETTI, Relator

Ementa: Apelação - Reconhecimento e dissolução de união estável - Inexistência de circunstância que justifique a declaração de nulidade processual - As dívidas contraídas pelo casal na vigência da união estável devem ser partilhas entre as partes, em razão da presunção de utilização em benefício do núcleo familiar - Pensão alimentícia à ex-companheira sob a alegação de cuidar do filho do casal - Impossibilidade - Apelante com apenas 44 anos de idade e apta a exercer atividade remunerada - Guarda do menor exercida por acordo entre as partes - Verba alimentícia do menor que deverá ser utilizada, se for o caso, para o pagamento de cuidador no período de atividade da apelante - Sentença mantida - Recurso a que se nega provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de apelação interposta contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para partilhar na proporção de 50% a cada uma partes o veículo placas (...), permanecendo na posse do réu que ficará responsável pela quitação dos débitos e encargos pendentes sobre o bem, e partilhar na mesma proporção as dívidas contraídas durante a união estável.

Apela a autora M.O.P. alegando: a) fazer jus aos benefícios da justiça gratuita; b) nulidade do feito a partir de fls. 102/112, pois não fora intimada

para se manifestar sobre aqueles documentos; c) efetuou o pagamento da parte que lhe cabia na dívida por transferência realizada pelo filho C.; d) necessidade de alimentos por incapacidade de exercer atividade remunerada em razão do TRANSTORNO OPOSITOR DESAFIADOR que acomete o menor D., filho das partes.

Recurso contrarrazoado (fls. 171/191).

A Procuradoria de Justiça não vislumbrou motivo para intervir no feito. (fl.194)

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Decorreu sem manifestação o prazo concedido à autora para se manifestar sobre documento juntado pelo réu. (200)

É o relatório.

2. A pretensão recursal não merece acolhimento.

O pedido de justiça gratuita está prejudicado, porque já concedida em primeiro grau. (fl. 164)

M.O.P. ajuizou ação em face de A.J.A. visando o reconhecimento e dissolução de união estável c/c partilha de bens e alimentos, porém as partes se compuseram parcialmente, ficando pendente apenas a partilha do veículo placas (...) e a pensão alimentícia pretendida pela autora.

Não há que se falar em nulidade do feito em razão da juntada de planilha de dívida contraída pelo casal na vigência da união estável, porque o efetivo valor deverá ser apurado em sede de cumprimento de sentença.

Por outro lado, há declaração do filho C. afirmando que o valor de R$ 14.000,00 cedido ao réu não guarda relação com os negócios jurídicos realizados entre a apelante e o apelado (conferir fl.193), de modo que subsiste a dívida da autora na proporção que for apurada.

Em que pese a patologia sofrida pelo menor, esta circunstância não permite a fixação de alimentos em favor da genitora que deverá se inserir no mercado de trabalho para, se o caso, juntamente com o genitor, buscar o melhor tratamento possível ao filho comum.

Acesso ao Sumário

Como analisou o juiz de primeiro grau: "*Ademais, a própria autora requereu, no livre exercício de sua manifestação volitiva, a guarda dos filhos menores e o requerido concordou em pensionar-lhes, o que já foi objeto de homologação do Juízo. E a pensão devido ao filho poderá ser usada também para, eventualmente, se efetivamente necessário, custear os gastos com possível contratação de uma cuidadora ou profissional da área de saúde para permanecer com o filho nos períodos referentes à jornada de trabalho da autora*".

Os alimentos não podem se tornar fonte de renda perene, mas apenas auxílio financeiro temporário nos casos de comprovada necessidade.

A igualdade entre o homem e a mulher estabelecida na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002 se faz em todos os campos, não sendo possível que a alimentanda prefira continuar a viver de pensão do ex-esposo.

A apelante atualmente tem apenas 44 anos de idade além de capacidade laborativa, e da propositura da ação, em 27 de julho/2015 a 30 de outubro/2017, data da sentença, seria mais que suficiente para a autora se adaptar à nova realidade.

Já se decidiu que "*as mulheres, quando não incapazes, devem trabalhar como todo mundo, desvencilhando-se do ranço chauvinista que as impele a pedir alimentos e pensão ao ex-marido, que, via de regra, desprezam e cuja companhia e nome adrede refugaram. Entre homens e mulheres não há nenhuma relação de superposição ou desigualdade (Constituição da República, artigo 5º, inciso I) que atraia de plano para qualquer deles, algum direito imanente e pré-adquirido de exigir sustento do outro" (Ap. Cível 194.611-1- SP, rel. Cunha de Abreu, j. 4.11.93)*.

Em caso de eventual necessidade excepcional caberia ao filho maior prestar-lhe ajuda, como forma de retribuir o suporte que sempre lhe fora dado.

A hipótese, portanto, é de manutenção da sentença.

3. Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

No âmbito deste recurso condeno a autora ao pagamento de honorários ao advogado do réu, que fixo em R$ 2.000,00, ficando a cobrança adstrita à alteração de fortuna, por ser beneficiária da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001094-56.2016.8.26.0696, da Comarca de Foro de Ouroeste, em que é apelante L.N.S. (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado A.A.H. (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: "Preliminar afastada e recurso desprovido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28639)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAMES SIANO (Presidente) e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 23 de janeiro de 2019.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PRELIMINAR - Não conhecimento de parte do recurso - Inadmissibilidade - Ação anulatória de doação que não interfere na presente ação de reconhecimento e dissolução - Preliminar afastada.

RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL - Improcedência do pedido - Inconformismo - Desacolhimento - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP - Ausência de prova da alegada união estável mantida entre as partes - Não preenchimento dos requisitos do art. 1.723 do Código Civil - Sentença mantida.

Preliminar afastada e recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de reconhecimento e dissolução de união estável ajuizada por L.N.S. em face de A.A.H., tendo a r. sentença de fls. 108/113, de relatório adotado, julgado improcedente o pedido.

Inconformada, apela a autora sustentando, em síntese: a) a confirmação pelas testemunhas, ouvidas como informantes, da convivência pública do casal como marido e mulher; b) o início do relacionamento em meados de 2003; c) a existência de poucos documentos e fotografias, por se tratar de pessoas de pouco estudo e idosas; d) o reconhecimento pelo apelado de existência do relacionamento amoroso, da compra do terreno e da convivência dentro da sua casa; e) a aquisição conjunta de metade do terreno e a construção do imóvel com esforço comum do casal, não reivindicando partilha da outra metade pertencente a seu filho; f) a ciência da fraude perpetrada pelo requerido (doação do imóvel à filha e posteriormente à neta) tão somente quando recebido o carnê de IPTU, ocasionando o término da relação; g) o reconhecimento da união estável de julho/2003 a 4/5/2014 e a partilha do imóvel de matrícula (...). Requer, pois, o provimento do recurso (v. fls. 121/135).

Recurso respondido, com preliminar de não conhecimento das questões atinentes à partilha do bem imóvel, já objeto de outra ação (v. fls. 138/143).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Inicialmente, afasta-se a preliminar alegada em contrarrazões, pois a ação anulatória de doação não interfere na ação de reconhecimento e dissolução de união estável e partilha de imóvel.

No mais, é caso de aplicar o disposto no art. 252 do RITJSP e ratificar os

Acesso ao Sumário

fundamentos da r. sentença apelada, proferida nos seguintes termos:

"*L. de N. S. ajuizou ação declaratória de reconhecimento e de dissolução de união estável em face de A. A. H.*

Narra que conviveu com o requerido por mais de 11 anos, iniciando-se a união em meados de julho de 2003, com término em 04 de maio de 2014, mantendo convivência publica, notória e duradoura. Relata que da união não advieram filhos. Alega que durante a união adquiriram um terreno, em que foi construída a moradia do casal, além de outros bens adquiridos na constância do relacionamento. Requer a decretação da dissolução da união estável, bem como a partilha dos bens na proporção de 50% para cada um dos conviventes. Juntou documentos (fls. 13/28). (...)

A questão de maior relevância e controvérsia para o deslinde da causa, diz respeito a existência ou não de união estável entre os litigantes.

Nos termos do art. 1.723 do CC, para a configuração da união estável, exige-se que estejam presentes, concomitantemente, quatro requisitos. A convivência deve ser: a) pública; b) contínua; c) duradoura; d) com o objetivo de constituição de família.

A autora enfatizou que iniciaram o relacionamento em meados de 2003, sempre ficaram juntos e conviveram como casal, sob o mesmo teto, em circunstâncias indicativas de união estável.

Já o réu negou a presença de todos esses requisitos, admitindo que manteve relacionamento com a parte autora, mas sempre tiveram suas residências individualizadas, sendo que ela lhe prestou auxílio nas tarefas domésticas, mas de forma remunerada, vindo a dormirem juntos esporadicamente.

Pois bem.

Com a inicial foram trazidos poucos documentos que não firmam um juízo de convicção, pois se resumem a duas fotografias do casal (fls.18/19).

Em instrução colheram-se os depoimentos pessoais e das testemunhas informantes.

A autora L. explicou que em 2003 iniciou o relacionamento com o requerido. Disse que após três meses foram residir juntos em sua 'casinha'. Afirmou que sempre morou nessa 'casinha' de placa que possui. Às vezes alugavam casas. Disse que o seu filho e o autor compraram o terreno juntos, sendo que depois dividiram. Afirmou que o seu irmão, Manoel Moura, foi quem trabalhou na construção da casa. Afirmou que o autor também é pedreiro e trabalhou na construção da casa. Esclareceu que em 2014 ficou sabendo que o requerido fez a doação do imóvel para sua filha.

O requerido A.A.H. informou que a autora prestava serviços em sua casa, mas os préstimos feitos por ela foram pagos, pois nunca fez nada de graça.

Acesso ao Sumário

Admitiu que no tempo em que adquiriu o terreno a autora convivia dentro de sua casa, sendo que às vezes ela dormia em sua residência. Afirmou que M.M. trabalhou na construção da residência como diarista. Explicou que adquiriu metade do terreno em que construiu a casa, sendo a outra foi adquirida pelo filho da autora. Esclareceu que construiu essa residência sozinho, sem ajuda da autora.

A informante M. confirmou que o autor foi quem trabalhou de pedreiro na construção do imóvel objeto da demanda com ajuda da autora. Confirmou que o casal conviveu junto como marido e mulher, mas tem conhecimento de que separaram aproximadamente quatro anos atrás.

A informante V. é vizinha da autora. Explica que o imóvel em questão foi construído pelas partes. Afirma que o irmão da autora, Sr. M., ajudou a construir como pedreiro. Afirma, também, que a residência construída serviu de moradia para as partes. Disse que a autora mantinha a sua outra residência ativa para zelar de passarinhos e cachorros. Afirmou que considera a autora como sua irmã e tem interesse que autora ganhe a ação judicial.

A informante A.A. tem conhecimento de que a autora tinha uma casa própria, de uso particular, servindo como residência. Disse que a casa é muito quente porque é feita de placas, sendo que essa casa também foi ocupada pelos filhos dela. Explicou que o requerido vivia de aluguel até construir a residência para sua habitação. Usualmente os litigantes estavam juntos na cidade. Disse que o terreno foi comprado pelo requerido e o filho da autora, sendo posteriormente dividido. Informa que viu a autora contribuir para a construção do imóvel trabalhando de servente. O informante S. conhece o requerido. Não tem conhecimento sobre o relacionamento amoroso entre as partes. Esclareceu que desde que conheceu o requerido sabe que mora sozinho na residência. Não acompanhou a construção desse imóvel residencial.

O informante N.F. confirmou que as partes namoravam. Revelou que o requerido morava em uma residência, sendo que a autora tinha outra residência. Sabe que o requerido construiu a casa, pois o depoente ajudou nessa construção. Informou que o casal se separou há cinco anos, sendo que na época da construção a autora não mantinha relacionamento com o requerido.

Pois bem.

Os elementos informativos colhidos são por demais incongruentes. Muitos pontos divergentes foram constatados, com ênfase para o detalhe de que a vizinha V. afirmou que tinha interesse no julgamento favorável à autora, de modo a prejudicar ainda mais o esclarecimento dos fatos.

A existência de relação de intimidade entre as partes é inegável, mas daí dizer que esse convívio preenche os requisitos da união estável é muito forçoso, diante das frágeis provas produzidas.

Acesso ao Sumário

O que se pode aferir é que a autora sempre manteve a sua residência individual, chamada por ela de 'casinha'. Da mesma forma, o requerido manteve seu domicílio particular, por muitos anos vivendo de aluguel, até conseguir construir a própria residência.

Tais apontamentos não indicam aquela afinidade conjugal de quem realmente conviveu maritalmente, com o intuito claro de formação de um núcleo familiar, pois prevaleceram as individualidades de cada um dos litigantes.

Em suma, nada se firmou, pois as provas são contraditórias e insuficientes para indicar traços característicos de união estável.

Friso que as pessoas que estiveram mais próximas do casal não foram chamadas a juízo para esclarecimentos. O filho da autora que adquiriu a meação do terreno de propriedade registral do requerido (fls.20) e tornou-se vizinho confrontante, não foi chamado a juízo para indicar o grau de convivência entre os litigantes. Da mesma forma, o irmão da autora, identificado como o pedreiro M., participou da obra de construção do imóvel litigioso, mas também não foi convocado para esclarecer detalhes sobre a convivência.

Assim, concluo que a autora não se desincumbiu do ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, razão pela qual a improcedência é medida que se impõe.

III - DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC.

Diante do princípio da causalidade e da sucumbência, condeno a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, pela tabela prática do TJSP, considerando o grau de zelo profissional; o lugar da prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, tudo com fulcro no art. 85, § 2º, do CPC.

Tendo em vista que a autora é beneficiária da gratuidade da justiça, o ônus sucumbencial fica suspenso (art. 98, § 3º, CPC)." (v. fls. 108/113).

E mais. Como é cediço, o reconhecimento da união estável, prevista no art. 226, § 3º, da Constituição Federal e no art. 1.723 do Código Civil, exige a presença de três requisitos: relação duradoura, pública e contínua. No caso vertente, não há nenhum documento que comprove a alegada união estável mantida entre as partes.

Ora, não é crível que um casal que conviveu por mais de 10 anos não tenha sequer um documento que evidencie, por exemplo, o recebimento de correspondências em endereço comum, a abertura de conta bancária conjunta ou a declaração perante algum estabelecimento comercial ou órgão público constando como companheiros. Ora, a autora se limitou a apresentar três

Acesso ao Sumário

fotografias e alguns documentos que nada comprovam acerca do alegado relacionamento (fls. 17/19 e 25/28).

Assim, diante da existência tão somente da controvertida prova oral, a improcedência do pedido era mesmo de rigor.

Em razão do disposto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios de 10% para 15% sobre o valor da causa, haja vista o trabalho adicional realizado em grau recursal.

Em suma, a r. sentença apelada não comporta reparos.

Ante o exposto, pelo meu voto, afasto a preliminar e nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1058541-73.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CARLOS MARTIN LORA GARCIA, é apelado GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.122)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA e NILTON SANTOS OLIVEIRA.

São Paulo, 23 de janeiro de 2019.

DONEGÁ MORANDINI, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. Resultado de pesquisas do provedor-réu noticiando a prática de comportamentos refutados pelo autor. Pretendida, condenação do Google para que impossibilite, por meio de filtros, os resultados de determinados URLs, sem prejuízo da compensação por danos morais. Irresignação. Devido afastamento. Direito da coletividade à informação (artigo 220, §1º, da Constituição Federal) que deve prevalecer em detrimento ao direito à intimidade. Internet, outrossim, que é veículo de comunicação em massa.

Acesso ao Sumário

Descabimento de restrição ou filtro de resultados. Provedores de pesquisa, ademais, que não podem ser obrigados a eliminar, de seu sistema de busca, termos, expressões ou vídeos. Posicionamento consolidado no Superior Tribunal de Justiça. Precedentes recentes desse E. Tribunal. Honorários de sucumbência. Arbitramento em R$-8000,00. Excesso reconhecido. Fixação em 15% do montante pretendido a título de danos morais (art. 85, par. 2º, do CPC). APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

1.- Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização julgada improcedente pela r. sentença de fls. 106/113, cujo relatório é adotado, proferida pelo MM. Juiz de Direito Guilherme Ferreira da Cruz, por considerar que "o capítulo que objetiva a retirada de conteúdo, portanto, não se sustenta; apesar de o próprio intérprete soberano da legislação federal já ter reconhecido que a atividade dos provedores de busca, por si própria, pode causar prejuízos a direitos de personalidade, em razão da capacidade de limitar ou induzir o acesso a determinados conteúdos".

Recorre o autor, inconformado.

Segundo as razões de fls. 131/149, pretende:

a) dar total provimento ao recurso, reformando a sentença para julgar a ação procedente *in totum*, ou ainda, caso assim não entendam;

b) dar provimento ao recurso para fixar os honorários nos termos do artigo 85, § 2º do Código de Processo Civil.

Contrarrazões (fls. 154/172).

É o RELATÓRIO.

2.- Preserva-se a improcedência da ação, alterando-se a verba honorária de sucumbência.

Com efeito.

Acertadamente, decidiu a r. sentença que nada impossibilita a pesquisa dos URLs indicados em seu provedor de pesquisa, sem viabilidade do filtro de conteúdo revelado aos usuários do serviço que presta. Essa medida, no caso, revela-se adequada, na exata medida em que os provedores de pesquisa não possuem responsabilidade sobre os atos ilícitos ocasionados por terceiros, não possuindo o dever legal de filtrar resultados.

Ademais, a determinação de restringir a busca em provedor de pesquisa revela-se obrigação impossível e ofende ainda ao direito da coletividade à

Acesso ao Sumário

informação, erigido à proteção constitucional, nos termos do artigo 220, §1º, da Carta Política, que deve se sobressair ao direito à intimidade.

A propósito, esse entendimento já está consolidado no Superior Tribunal de Justiça: **"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROVEDOR DE PESQUISA. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. 1. Os provedores de pesquisa virtual não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página em que estiverem inseridos. 2. Configura obrigação impossível de ser cumprida o comando judicial que impõe ao provedor de pesquisa a remoção, de seus sistemas, de resultados de buscas e do URL indicado pelo ofendido. 3. Ainda que seja tecnicamente possível a remoção do sistema de resultados de pesquisas e do URL indicado pelo ofendido, tal providência encontra óbice no direito da coletividade à proteção. 4. Agravo regimental provido" (AgRg no AREsp 730.119/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02.06.2016)**.

No mesmo sentido, precedente de relatoria da Min. Nancy Andrighi: **"CIVIL E PROCESSO CIVIL. INTERNET. PROVEDOR DE PESQUISA. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. OBRIGAÇÃO LEGALMENTE IMPOSSÍVEL. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. VIOLAÇÃO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 220, § 1º, DA CF/88; 461, § 1º, DO CPC; E 884, 944 E 945 DO CC/02. 1. Ação ajuizada em 04.05.2007. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 30.11.2013. 2. Recurso especial que discute os limites da responsabilidade dos provedores de pesquisa virtual pelo conteúdo dos respectivos resultados. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir**

Acesso ao Sumário

o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 7. O art. 461, § 1º, do CPC, estabelece que a obrigação poderá ser convertida em perdas e danos, entre outros motivos, quando impossível a tutela específica. Por 'obrigação impossível' deve se entender também aquela que se mostrar ilegal e/ou desarrazoada. 8. Mesmo sendo tecnicamente possível excluir do resultado da pesquisa virtual expressões ou links específicos, a medida se mostra legalmente impossível - por ameaçar o direito constitucional à informação - e ineficaz - pois, ainda que removido o resultado da pesquisa para determinadas expressões ou links, o conteúdo poderá circular na web com outros títulos e denominações. 9. Recursos especiais a que se nega provimento. (REsp 1407271/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 29/11/2013).

Adotando a mesma linha de compreensão, já decidiu este E. Tribunal: **"APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. Pretensão de exclusão de links obtidos por meio da ferramenta de busca do site Yahoo, sob o argumento de que eles contêm informações inverídicas sobre a pessoa do apelante. Descabimento. Ausência de ato ilícito. O apelado é mero provedor de pesquisa, não podendo ser responsabilizado por eventual divulgação de conteúdo inverídico disponibilizado em site de propriedade de terceiros. Preservação do direito à informação. Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça. Exclusão, ademais, que se mostraria inócua, tendo em vista que as notícias continuariam sendo veiculadas diretamente nos domínios virtuais apontados, podendo ser acessadas, inclusive, através de busca realizada pelos usuários em outros provedores de pesquisa. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO" (Apelação Cível nº 1073052-18.2014.8.26.0100, Rel. Rosangela Telles, j. 20.09.2016)**. E ainda: **"APELAÇÃO - Ação de obrigação de fazer - Retirada de páginas hospedadas na rede mundial de computadores, bem como links que se refiram a fato ocorrido durante o exercício da profissão de delegado do apelante - Impossibilidade - Mecanismo de busca fornecido pela requerida que apenas possibilita o acesso a informações veiculadas em outros sítios eletrônicos - Ausência de responsabilidade pelo conteúdo das páginas encontradas em pesquisas realizadas pelos seus usuários - Ademais, não se pode reprimir o direito da coletividade à informação, assegurado pelo art. 220, § 1º, sob o pretexto de remover conteúdo ofensivo na web, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de**

Acesso ao Sumário

comunicação social de massa - Sentença mantida - Recurso desprovido" (Apelação Cível nº 1003642-61.2014.8.26.0005, Rel. José Roberto Furquim Cabella, j. 30.09.2016).

Assim, o recurso, sobre o mérito, é desprovido, afastando-se a obrigação da apelada de restringir ou impossibilitar o acesso às informações com URLs indicados nos autos, julgando-se improcedente a demanda. E, com o afastamento de qualquer ilicitude atribuída ao recorrido, insustentável a compensação moral reclamada pelo apelante.

Finalmente, modificam-se os honorários de sucumbência, os quais se mostraram excessivos. No fundo, a pretensão condenatória formulada pelo apelante estava limitada ao recebimento do equivalente a R$-10.000,00 (item "g", fls. 14). Esse é, portanto, o proveito econômico em disputa, motivo pelo qual a verba honorária é estabelecida em 15% dessa pretensão, nos termos do art. 85, par. 2º, do CPC. Para esse fim o apelo fica acolhido, refutada a incidência do art. 85, par. 11, do CPC, por se tratar de normativa incompatível com o parcial acolhimento da insurgência recursal.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001903-69.2016.8.26.0268, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é apelante E.O. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado J.C.

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 em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20351)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente), ANGELA LOPES e PIVA RODRIGUES.

São Paulo, 31 de janeiro de 2019.

EDSON LUIZ DE QUEIROZ, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. Registro tardio de nascimento. Sentença de procedência. Determinação judicial para expedição de carteira de identidade, com número já existente. Apelo da autora visando expedição de certidão de nascimento e demais documentos.

PRELIMINAR. Aplicação do artigo 46 da Lei de

Registros Públicos (Lei 11.790/08). Como regra, o registro tardio deve ser pleiteado administrativamente junto ao Oficial do Registro Civil do local de residência do interessado, que só remeterá o feito à Justiça se suspeitar da falsidade da declaração e persistir a dúvida depois de feita prova pelo requerente. Autora que formulou pretensão diretamente ao Judiciário, sem antes formular pedido administrativo. Descabimento do exaurimento da via administrativa. Questão extremamente complexa que acabaria, inevitavelmente, por desaguar no Poder Judiciário. Presente interesse processual. Regular exercício do direito de ação compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição e da dignidade da pessoa humana.

MÉRITO. Autora alega que viveu num abrigo, sem informar dados sobre seu nascimento, qualificação e genitores. Regularização da situação existente. Preservação da cidadania e dos direitos a ela inerentes. Impossibilidade de utilização do mesmo documento de identidade de terceira pessoa. Necessidade de abertura de novo assento de nascimento, com dados identificadores disponíveis e aceitos como verdadeiros. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da decisão de primeiro grau, acrescente-se tratar de pedido de registro tardio de nascimento, julgado procedente apenas para emissão de carteira de identidade, com numeração já existente. Não houve condenação em honorários, com fixação das custas na forma da lei, observada a justiça gratuita concedida.

Houve oposição de embargos de declaração pela autora, rejeitados pela decisão de fl. 185.

Irresignada, a autora apresentou recurso de apelação, visando expedição do registro de nascimento tardio perante a Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais de Juquitiba/SP; inscrição de CPF perante a Receita Federal e obtenção de título de eleitor, além da inserção de local e data de nascimento nos

Acesso ao Sumário

respectivos documentos.

O recurso foi devidamente processado, com parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo reconhecimento de ausência de interesse de agir e, no mérito, pelo desprovimento do recurso (fls. 210/211).

É o relatório do essencial.

APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO

Inicialmente, anote-se que o julgamento é feito com base nas disposições do Código de Processo Civil de **2015** e não aquelas referentes ao CPC/1973, tendo em vista que foi em sua vigência que a decisão foi proferida e o recurso foi interposto. Aplica-se o princípio "*tempus regit actum*", corolário do sistema de isolamento dos atos processuais (fl. 171).

FATOS

A autora busca registro tardio de nascimento, alegando que é analfabeta e que, quando criança, foi acolhida num abrigo. Por isso, não sabe informar data ou local de seu nascimento, ou ainda, nome de genitores. Alega que era chamada de V., mas acabou assumindo o nome de E.O., por utilizar certidão de nascimento que lhe fora entregue por uma mulher que abrigava crianças no Município de São Paulo. Utilizou esse documento para solicitação de carteira de identidade e carteira de trabalho. Entretanto, ao pleitear 2ª via do documento, constatou a existência de outra E., com mesmo registro civil e qualificação, mas com carteira de identidade diversa.

O D. Juízo de primeiro grau entendeu pela procedência do pedido para autorizar expedição ao Instituto de Identificação Ricardo Gumbletom Daunt/ Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, para emissão de carteira de identificação, com o número de identidade já existente. A autora apresenta apelação, para que seja determinado o registro de nascimento tardio, com expedição de título de eleitor e CTPS, mantendo-se seu numero de RG (...).

PRELIMINAR.

A D. Procuradoria de Justiça alega ser necessário cumprimento do artigo 46 da Lei de Registros Públicos (Lei 11.790/08), para que o registro tardio seja pleiteado administrativamente junto ao Oficial do Registro Civil do local de residência da requerente. A remessa do pedido à Justiça somente ocorrerá se o oficial do registro civil suspeitar da falsidade da declaração e persistir a dúvida depois de feita prova pelo requerente.

Acesso ao Sumário

Confira-se o teor do artigo 46, *caput* e §§ 3º e 4º da Lei de Registros Públicos, com a redação da Lei 11.790/08:

Art. 46. As declarações de nascimento feitas após o decurso do prazo legal serão registradas no lugar de residência do interessado.

§ 3º O oficial do Registro Civil, se suspeitar da falsidade da declaração, poderá exigir prova suficiente.

§ 4º Persistindo a suspeita, o oficial encaminhará os autos ao juízo competente.

No caso presente, a autora formulou sua pretensão diretamente ao Judiciário, sem antes formular pedido administrativo. No entanto, em primeiro lugar, é incabível exigir o exaurimento da via administrativa para, somente após, ser submetida a questão ao Judiciário. Em segundo lugar, as questões discutidas nestes autos são extremamente complexas e o caso inevitavelmente, acabaria por desaguar no Judiciário.

Está presente o interesse processual. Aplicam-se ao caso, os princípios da inafastabilidade da jurisdição e da dignidade da pessoa humana.

MÉRITO.

No mérito, o documento de fls. 15 esclarece a questão posta nos autos: a requerente "*utilizou, sem nunca saber, o Registro Civil (Certidão de Nascimento) de outra pessoa com a mesma qualificação, mas com o RG diverso...*"

Por sua vez, o relatório do Delegado de Polícia do IIRGD apresentou conclusão no sentido de que a pessoa portadora do RG (...) é a "*verdadeira titular da qualificação*". Por seu turno, a requerente, portadora do RG (...) "*não sabe nenhuma informação quanto à sua qualificação correta*".

De tudo isso, se permite concluir que a requerente não é a verdadeira titular da Certidão de Nascimento em nome de E.O., juntada aos autos.

Partindo das informações constantes dessa certidão de nascimento, foram obtidos outros documentos, todos também considerados inválidos em relação à requerente, vez que partiram de fonte contaminada. Nessas condições, não é possível a concessão de qualquer outro documento em favor da requerente, tendo por objeto essa certidão de nascimento, pois se estaria convalidando um erro, um ilícito.

A questão se torna mais evidente, quando se constata que a própria requerente desconhece todos os seus dados identificadores.

Assim, a única solução jurídica viável que se vislumbra, visando a solução definitiva do problema, é o acolhimento da pretensão recursal, com a determinação de registro tardio de nascimento da requerente, inserindo os dados identificadores conhecidos e aceitos como verdadeiros, quais sejam:

Nome: E.O.;

Data de nascimento: (...), às 15:00 horas; Natural de São Paulo, Capital;

Sexo: feminino;

Nome do Pai e da Mãe: desconhecidos.

A partir do registro do assento de nascimento, a requerente poderá requerer a expedição dos demais documentos necessários ao pleno exercício da cidadania.

Acesso ao Sumário

Finalizando, as demais questões arguidas pelas partes ficam prejudicadas, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, perfilhada pela Ministra Diva Malerbi, no julgamento dos EDcl no MS 21.315/DF, proferido em 08/06/2016, já na vigência CPC/2015: "*o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (...), sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida*".

Pelo exposto, DÁ-SE PARCIAL provimento ao recurso de apelação da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013667-37.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA ELISA ARANHA SCHELINI, são apelados SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S/A e QUALICORP ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34868)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAMES SIANO (Presidente), MOREIRA VIEGAS e FÁBIO PODESTÁ.

São Paulo, 28 de janeiro de 2019.

JAMES SIANO, Relator

Ementa: AÇÃO COMINATÓRIA. Plano de saúde. Contrato empresarial. Pretensão de afastamento de majoração por faixa etária em 88,99% e reajustes por sinistralidade, além da restituição de valores. Sentença de improcedência. Apela a autora sustentando a ilegalidade do reajuste por faixa etária a partir dos 59 anos de idade, bem como o reajuste por sinistralidade, uma vez não demonstrado o desequilíbrio contratual pela seguradora de saúde a justificar a imposição do reajuste; os reajustes são unilaterais, genéricos e ofendem ao direito de informação ao consumidor; não há demonstração por documentação atuarial ou cálculo que justifique

Acesso ao Sumário

os reajustes; pugna pela devolução dos valores pagos a maior. Cabimento. Incidência subsidiária do CDC. Inteligência do art. 35-G da Lei nº 9.656/98. Reajuste por faixa etária. Aplicação aos 59 anos de idade do índice de 88,99%. Ainda que previsto contratualmente, não se afigura razoável. Inocorrente demonstração pela ré da efetiva necessidade de se proceder ao aumento em percentil tão elevado. Tese 1 do IRDR nº 0043940-25.2017.8.26.0000 (Tema 11). Em fase de liquidação deverá ser apurado índice em substituição. Incidência da prescrição trienal. Precedente do STJ em recurso repetitivo. Reajuste por sinistralidade. Reconhecimento do descabimento de tal reajuste, de forma obscura e/ou ininteligível ao beneficiário, ainda que contratualmente previsto. Hipótese que transferiria ao beneficiário todo o risco da atividade desempenhada pela ré. Nulidade dos reajustes impugnados. Inteligência dos arts. 4º, III, 51, IV e X, CDC. Restituição de valores, respeitada a prescrição trienal. Possibilidade. Pedido de ressarcimento vinculado à abusividade da cobrança. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença de f.564/566 que julgou improcedente a ação cominatória proposta por Maria Elisa Aranha Schelini em face de Sul América Seguro Saúde S.A.

Apela a autora (f.568/598) sustentando: (i) a ilegalidade do reajuste por faixa etária a partir dos 59 anos de idade, bem como o reajuste por sinistralidade, uma vez não demonstrado o desequilíbrio contratual pela seguradora de saúde a justificar a imposição do reajuste; (ii) os reajustes são unilaterais, genéricos e ofendem ao direito de informação ao consumidor; (iii) não há qualquer demonstração por documentação atuarial ou cálculo que justifique os reajustes; (iv) o percentual de 88,89% aplicado em decorrência da mudança de faixa etária é abusivo e ilegal; (v) pugna pela devolução dos valores pagos a maior.

Recurso respondido (f.678/708).

É o relatório.

A temática cinge-se à anulação de cláusula contratual de plano de saúde empresarial que autoriza aumento por faixa etária aos 59 anos de idade no importe de 88,99% e reajustes por sinistralidade.

Acesso ao Sumário

Inarredável a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, por força do disposto no art. 35-G da Lei nº 9.656/98.

No julgamento do REsp nº 1.568.224/RJ o STJ entendeu ser possível o aumento por faixa etária para planos individuais ou familiares, 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*".

Para os planos coletivos de plano de saúde (empresarial ou por adesão), restaram firmadas as seguintes teses no IRDR nº 0043940-25.2017.8.26.0000 (tema 11):

> *TESE 1 - "É válido, em tese, o reajuste por mudança de faixa etária aos 59 (cinquenta e nove) anos de idade, nos contratos coletivos de plano de saúde (empresarial ou por adesão), celebrados a partir de 01.01.2004 ou adaptados à Resolução nº 63/03, da ANS, desde que (I) previsto em cláusula contratual clara, expressa e inteligível, contendo as faixas etárias e os percentuais aplicáveis a cada uma delas, (II) estes estejam em consonância com a Resolução nº 63/03, da ANS, e (III)* ***não sejam aplicados percentuais desarrazoados que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso****".*
>
> *TESE 2 - "A interpretação correta do art. 3º, II, da Resolução nº 63/03, da ANS, é aquela que observa o sentido matemático da expressão 'variação acumulada', referente ao aumento real de preço verificado em cada intervalo, devendo-se aplicar, para sua apuração, a respectiva fórmula matemática, estando incorreta a soma aritmética de percentuais de reajuste ou o cálculo de média dos percentuais aplicados em todas as faixas etárias".*

Ainda que o reajuste por faixa etária tenha sido previsto contratualmente, não se pode admitir como razoável o aumento de 88,99%.

Além disso, não restou demonstrada pela ré a efetiva necessidade de se proceder ao aumento em percentual tão elevado.

Acesso ao Sumário

Neste sentido:

> ***PLANO DE SAÚDE*** *- Nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste em razão de mudança de faixa etária e indenização por dano moral - Procedência parcial do pedido - Inconformismo de ambas as partes - Acolhimento parcial apenas do recurso da autora - Corré que figura como administradora de benefícios do plano contratado entre a operadora e a autora e efetua a cobrança das mensalidades, devendo, pois, responder solidariamente - Aplicação, no mais, do disposto no art. 252 do RITJSP - Relação de consumo - Desequilíbrio e abusividade contratual configurados - Nulidade caracterizada - Inteligência do art. 51, inc. IV,*

do Código de Defesa do Consumidor - Inexistência de justificativa para aplicação de porcentual tão elevado - Reconhecimento da abusividade do reajuste de 68,38% aos 19 anos de idade que é de rigor - Danos morais não configurados - Restituição em dobro dos valores - Não cabimento - Sucumbência recíproca corretamente fixada - Sentença reformada em parte - Recurso da autora parcialmente provido e recurso da corré desprovido. (AP nº 1002529-23.2015.8.26.0010, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. J. L. Mônaco da Silva, j. 22.03.2017).

Cabe, no entanto, em fase de liquidação de sentença arbitrar por perícia o percentual a ser aplicado por aumento da faixa etária aos 59 anos de idade.

Incidente para a pretensão de restituição de valores em contratos de plano de saúde a prescrição trienal, por força de decisão exarada pelo STJ em sede de recurso repetitivo, conforme ementa a seguir transcrita:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. FAIXA ETÁRIA. MUDANÇA. REAJUSTE. CARÁTER ABUSIVO DA CLÁUSULA. PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. EFEITO FINANCEIRO DO PROVIMENTO JUDICIAL. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PROVIMENTO JURISDICIONAL. NATUREZA CONDENATÓRIA. PRAZO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ART. 206, § 3º, IV, DO CC/2002. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE CONVERGE COM A JURISPRUDÊNCIA FIRMADA PELA SEGUNDA SEÇÃO NO JULGAMENTO DE RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO PROVIDOS.

1. ***A Segunda Seção desta Corte, na sessão de 10 de agosto de 2016, concluindo o julgamento de recursos especiais repetitivos (REsps 1.361.182/RS e 1.360.969/RS), firmou a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.***

2. ***Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.***

3. A pretensão de repetição do indébito somente se refere às prestações pagas a maior no período de três anos compreendidos no interregno anterior à data do ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; art. 219, caput e § 1º, CPC/1973; art. 240, § 1º, do CPC/2015).

4. No caso dos autos, o acórdão embargado decidiu a controvérsia em conformidade com a orientação firmada nesta Segunda Seção no

Acesso ao Sumário

julgamento dos referidos recursos especiais repetitivos, entendendo aplicável o prazo prescricional trienal previsto no aludido art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002, para a pretensão de restituição dos valores pagos indevidamente em decorrência de alegada cláusula abusiva constante de contrato de plano de saúde que determina reajuste das mensalidades de acordo com a mudança de faixa etária.

5. Incide, na espécie, o enunciado 168 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado." 6. Embargos de divergência a que se nega provimento. (EREsp 1351420/RS, Segunda Seção, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 24.08.16).

No que tange à insurgência quanto ao reconhecimento da abusividade dos reajustes por sinistralidade referentes ao período de 2015 a 2018, embora não seja considerada *in abstracto* ilegal a cláusula que trata da possibilidade de aumento técnico por aumento do custo dos procedimentos médicos por encontrar fundamento em cláusula contratual livremente pactuada entre as partes, além de autorizado pela legislação o aludido reajuste pelo seguro-saúde, não se pode admitir que ocorra de forma obscura e/ou ininteligível ao beneficiário, o que caracterizaria obrigação abusiva, nos termos do art. 51, IV, CDC, ensejando a nulidade não da cláusula contratual, como já afirmado, mas da aplicação de reajuste acima do índice divulgado pela ANS, sem apresentação dos cálculos atuarias que justificassem a majoração.

Sobre o tema, assim já se decidiu:

PLANO DE SAÚDE - Contrato coletivo empresarial - Imposição de reajuste na mensalidade por aumento da sinistralidade - Inadmissibilidade - Incidência do Código de Defesa do Consumidor - Cláusula abusiva colocando o consumidor em desvantagem exagerada - Violação ao dever de informação - Permissibilidade apenas do reajuste legal determinado pela ANS para planos individuais - Sentença mantida - Apelo improvido. (TJSP - 8ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0045131-43.2009.8.26.0564 - São Bernardo do Campo - rel. Des. LUIZ AMBRA - j. 06.03.2013).

PLANO DE SAÚDE - Contrato coletivo - Reajuste de mensalidades - Aumento nos prêmios sob alegação de aumento da sinistralidade - Ausência de provas neste sentido - Abusividade configurada - Aplicação dos índices permitidos pela ANS para os contratos individuais que se revela adequado à hipótese - Devolução dos valores pagos a maior, mas de forma simples - Sentença reformada - Sucumbência recíproca - Recurso parcialmente provido. (TJSP - 1ª Câmara de Direito Privado - Apelação nº 0020890-05.2009.8.26.0564 - São Bernardo do Campo - rel. Des. DE SANTI RIBEIRO - j. 11.12.2012).

Acesso ao Sumário

Oportuno ressaltar que a unilateralidade e a ausência de comprovação técnica da motivação dos reajustes são elementos seguramente elidíveis, já que,

tal modalidade de reajuste, na forma como efetivada, transferiria ao consumidor todo o risco da atividade que, em verdade, pertenceria à ré.

Admissível a majoração do custo do plano ou seguro saúde por sinistralidade, desde que existam fatos capazes de lhe dar supedâneo.

Lançar um elevado percentual de forma aleatória, em muito superior à inflação, sem comprovação, ao menos no curso do processo, de sua razoabilidade, afigura-se em comportamento abusivo que ofende a legislação de consumo.

Todavia, por não haver propriamente nulidade da cláusula de reajuste por sinistralidade, mas sim falta de observância do dever de transparência e informação, deve-se autorizar que os reajustes anuais aplicados nos três anos anteriores à propositura da demanda sejam substituídos pelos índices adotados pela ANS, por falta de outro de natureza isenta que melhor demonstrasse a evolução do preço dos contratos de assistência à saúde.

O pedido de restituição, respeitada a prescrição trienal, integra a pretensão inicial e se ajusta ao ressarcimento decorrente dos valores cobrados com a mácula da abusividade, devendo ser ressarcido pelo plano.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso** para afastar o reajuste por faixa etária aos 59 anos de idade em 88,89%, com apuração em fase de liquidação de índice a ser aplicado em substituição, conforme perícia que deverá se embasar na RN nº 63/03; bem como substituir os índices aplicados por sinistralidade pelos adotados pela ANS, nos três anos anteriores à propositura da demanda, determinada a devolução dos valores pagos a maior, observada a prescrição trienal. Fica invertida a verba honorária de sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008724-85.2015.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que são apelantes SUELEN CRISTINI COROTTE INÁCIO e ÉLTER DEIVID GOMES INÁCIO, são apelados RECANTO DOS SONHOS EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO SPE LTDA., CAMARGO CORRÊA DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO S/A, HM ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES S.A. e SETOR IMÓVEIS ADMINISTRAÇÃO E INCORPORAÇÃO LTDA - ME.

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 48780)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO

Acesso ao Sumário

DE GODOY (Presidente), RUI CASCALDI e FRANCISCO LOUREIRO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator

Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA - Inocorrência - Prova documental suficiente para a solução da controvérsia - Preliminar afastada.

CONTRATO - Compromisso de compra e venda - Legitimidade passiva das corrés verificada - Responsabilidade da promitente vendedora pelas despesas condominiais e de água e esgoto até a imissão na posse - Devolução em dobro indevida - Má-fé não demonstrada - Comissão de corretagem - Dever de informação devidamente cumprido - Dano moral - Ocorrência - Cobrança indevida e a tentativa de responsabilizar os autores suficientes a caracterizar dano moral - Indenização fixada em R$ 5.000,00 - Sentença reformada - Procedência em parte dos pedidos - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença (fls. 376/380), em que foi julgada improcedente "*ação de devolução de valores pagos cumulada com declaratória de nulidade de cláusulas abusivas e reparação de danos*" (fls. 1), ajuizada por Élter Deivid Gomes Inácio e Suelen Cristini Corote Inácio contra Recanto dos Sonhos Empreendimento Imobiliário Spe - Ltda., HM Engenharia e Construções - S/A, Camargo Corrêa Desenvolvimento Imobiliário - S/A, Setor Imóveis Administração e Incorporação - Ltda. (Araújo e Gonzaga Consultoria Imobiliária), sendo carreados aos autores os ônus da sucumbência, respeitada a gratuidade processual.

Acesso ao Sumário

Irresignados, apelaram os vencidos, sustentando a ocorrência de cerceamento de defesa, pois não lhes teria sido oportunizada a produção de prova oral, expressamente solicitada. Alegaram que a sentença teria violado os artigos 5º, 6º, 7º e 8º, do Código de Processo Civil, e art. 51, incisos IV e XV, do Código de Defesa do Consumidor. Aduziriam que os débitos de água e condomínio contestados seriam referentes a período anterior ao recebimento das chaves. Argumentaram sobre a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o dever de informação, sustentando a violação desses institutos na hipótese apresentada. Alegaram que o fato de terem se mudado para imóvel sem o fornecimento de água e esgoto afrontaria a dignidade de toda a família. Afirmaram que o

precedente juntado teria força vinculante. Pugnaram ainda pelo reconhecimento da necessidade de inversão do ônus da prova (fls. 382/398).

Em contrarrazões, manifestou-se a corré Setor Imóveis Administração e Incorporação Ltda. pela legalidade do repasse da comissão de corretagem e pela ilegitimidade passiva quanto aos demais pedidos (fls. 407/421).

Por sua vez, as corrés Recanto dos Sonhos Empreendimento Imobiliário Spe - Ltda., HM Engenharia e Construções - S/A, Camargo Corrêa Desenvolvimento Imobiliário - S/A, afirmaram que seriam partes ilegítimas quantos aos pleitos relacionados ao serviço de fornecimento de água, taxa de condomínio e comissão de corretagem. No mérito, pretenderam a manutenção da sentença. Em caso de acolhimento dos pedidos dos autores, requereram o prequestionamento do art. 5º, II, da Constituição Federal e dos arts. 722 a 729, do Código Civil (fls. 422/447).

Por fim, manifestaram-se os autores sobre a responsabilidade solidárias das corrés (fls. 451/452).

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

Em 7 de fevereiro de 2013, firmaram Élter Deivid Gomes Inácio e Suelen Cristini Corote Inácio, na condição de promitentes compradores, e Recanto dos Sonhos Empreendimento Imobiliário Spe - Ltda., como promitente vendedora, "*instrumento particular de compromisso de venda e compra de unidade autônoma condominial, sob condições resolutivas*", tendo como objeto a unidade nº 14, do bloco T, do empreendimento denominado "*Porto Belo Condomínio Clube*", pelo preço total de R$ 105.312,25, para pagamento parcelado (fls. 59/80).

Sob os argumentos de terem sido obrigados a arcar com débitos de água, esgoto e condomínio referentes a período anterior à entrega das chaves, e com a taxa de religamento dos serviços, além de terem sido cobrados indevidamente a título de comissão de corretagem e taxa Sati, ajuizaram os autores a presente ação. Pretenderam, em síntese, a declaração de nulidade das cláusulas VII e 4.1, 4.2, 9.3 e 9.4 do contrato, a devolução em dobro dos valores desembolsados e indenização por danos morais.

De início, inocorreu o alegado cerceamento de defesa.

Agiu acertadamente o Juiz de Direito ao promover o julgamento antecipado da lide por entender desnecessária a dilação probatória, em total conformidade com o artigo 355, I do Código de Processo Civil.

Cabe ao magistrado aferir a necessidade da realização de provas, sendo certo que somente a fará se entender indispensável à formação de sua convicção. Como lembra Theotonio Negrão, ao analisar os termos do art. 370, do Código de Processo Civil, "*Sendo o julgador destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização*" (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, São Paulo, Saraiva, 2016, pág. 440, art.

Acesso ao Sumário

370:1a). Sem dúvida, "*Cabe ao magistrado verificar a existência de provas suficientes nos autos para ensejar o julgamento antecipado da lide e indeferir a produção de provas consideradas desnecessárias, conforme o princípio do livre convencimento do julgador*" (AgRg no AREsp. nº 723.568 - MS, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Marco Buzzi, DJ de 16/02/16, pág. 185).

As provas produzidas nos autos eram suficientes para a solução do litígio, sendo desnecessária a produção de prova oral, "*com o escopo de comprovar os danos por ele experimentados quando do ingresso no imóvel com os serviços de água e esgoto interrompidos, bem como todas as tentativas de resolução administrativa*" (fls. 374).

Outrossim, restou demonstrada a pertinência subjetiva das corré Setor Imóveis Administração e Incorporação Ltda., para responder pelo pleito relativo à comissão de corretagem, certo que esta figurou no contrato como favorecida da referida verba (fls. 61).

Da mesma forma, são partes legítimas as corrés HM Engenharia e Construções - S/A e Camargo Correa Desenvolvimento Imobiliário - S/A e Recanto dos Sonhos Empreendimento Imobiliário Spe - Ltda., para responder aos pedidos relacionados aos débitos de água e esgoto, despesas condominiais e danos morais, pois, segundo os autores, o pagamento de tais despesas seria de responsabilidade das corrés, até o recebimento das chaves.

Aliás, observa-se que as duas primeiras fazem parte do quadro de sócios da terceira (fls. 97) além de figurarem na matrícula do imóvel (fls. 86). A "planilha de cálculo de venda - recibo cliente" demonstra ainda a presença da HM Engenharia, da Camargo Corrêa e da Araújo & Gonzaga respondendo pela venda da unidade (fls. 94).

Afastadas as preliminares arguidas, passa-se ao exame de mérito.

Sabidamente, as despesas de condomínio e de água e esgoto do imóvel somente passam à responsabilidade do compromissário comprador com a sua imissão na posse da unidade, o que, no caso, ocorreu no dia 13 de fevereiro de 2014 (fls. 122).

Acesso ao Sumário

Com efeito, segundo a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial repetitivo (Tema 886), "*O que define a responsabilidade pelo pagamento das obrigações condominiais não é o registro do compromisso de compra e venda, mas a relação jurídica material com o imóvel, representada pela imissão na posse pelo promissário comprador e pela ciência inequívoca do condomínio acerca da transação*" (REsp 1345331/RS, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 20/4/15).

Não é demais ressaltar raciocínio aplicável relativamente ao IPTU incidente sobre o imóvel, que, *mutatis mutandis*, aplica-se também às cobranças

aqui discutidas. Neste sentido: "*Segundo a jurisprudência do STJ, as despesas de condomínio e IPTU são de responsabilidade da construtora até a entrega do imóvel ao adquirente. Isso porque, apesar de o IPTU ter como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse do imóvel (CTN, art. 32), se os recorridos não deram causa para o não recebimento do imóvel, não podem ser obrigados a pagar as despesas condominiais nem o citado imposto referente ao período em que não haviam sido imitidos na posse*" (AgInt no REsp n. 1697414/SP, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, em 5/12/17, DJe 15/12/17).

Não cabia, pois, aos adquirentes o pagamento de verbas condominiais e taxas de água e esgoto anteriores à sua imissão na posse do imóvel, valores que lhe deverão ser restituídos. Não obstante, não procede o pedido de devolução em dobro, diante da ausência de comprovação de má-fé das apeladas.

Veja-se que a cobrança efetiva de tais despesas foi devidamente demonstrada nos autos (fls. 98/120 e 135/138), sendo possível postergar a verificação do montante adimplido para a fase de liquidação de sentença, mediante a comprovação dos pagamentos efetuados pelo autor.

No tocante à comissão de corretagem, diante do financiamento realizado no âmbito do programa "Minha Casa, Minha Vida" (fls. 33/58), é de ser aplicada a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento Recurso Especial nº 1.601.149/RS, afetado sob o rito dos repetitivos (tema 960): "*Ressalvada a denominada Faixa 1, em que não há intermediação imobiliária, é válida a cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda do Programa Minha Casa, Minha Vida, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem*" (REsp nº 1.601.149/RS, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 15/08/18).

Sobre o "*cumprimento do dever de informação*", entendeu-se que não há óbice que o contrato seja celebrado no mesmo dia em que a proposta seja aceita, bastando que esta informe o preço total da unidade imobiliária, com destaque do valor da comissão de corretagem (REsp nº 1.747.307/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 28/08/18).

No caso dos autos, verifica-se que os autores foram informados da necessidade do pagamento da comissão de corretagem, e que este valor foi devidamente destacado, reputando-se válida, portanto, a cláusula que lhe transferiu a obrigação de arcar com a respectiva verba (fls. 61).

No tocante à configuração do dano moral indenizável, entende-se que a cobrança indevida e a tentativa de responsabilizar os autores pelo pagamento

Acesso ao Sumário

das contas de água e esgoto atrasadas, em montante nada desprezível (total de R$ 8.916,81 - fls. 135/138), são elementos suficientes a caracterizá-lo. O teor dos e-mails juntados aos autos demonstra suficientemente os aborrecimentos causados e falta de comprometimento das corrés em resolver o problema (fls. 121/134).

Assim, dadas as circunstâncias do caso, mostra-se razoável que a indenização seja fixada em R$ 5.000,00, quantia que bem observa os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, evitando-se, ademais, o enriquecimento sem causa.

Sabidamente "*A indenização, em caso de danos morais, não visa reparar, no sentido literal, a dor, a alegria, a honra, a tristeza ou a humilhação; são valores inestimáveis, mas isso não impede que seja precisado um valor compensatório, que amenize o respectivo dano, com base em alguns elementos como a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima, sua situação familiar e social, a gravidade da falta, ou mesmo a condição econômica das partes*" (REsp. nº 239.973 - RN, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Edson Vidigal, em 16/5/00, DJ de 12/6/00, pág.129). Referido valor também se presta a desestimular a repetição pela ré de práticas semelhantes.

Diante disso, é reformada a sentença, para julgar-se procedente em parte a ação, responsabilizando as corrés Recanto dos Sonhos Empreendimento Imobiliário Spe - Ltda., HM Engenharia e Construções - S/A, Camargo Correa Desenvolvimento Imobiliário - S/A pelo pagamento das despesas condominiais e de água e esgoto, até a imissão dos autores na posse do imóvel, além de indenização por danos morais, ora arbitrada em R$ 5.000,00.

A hipótese é de sucumbência recíproca, repartidas as custas e despesas processuais. Nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, arbitram-se honorários advocatícios devidos aos patronos do autor em 15% do valor da condenação, aos das corrés Recanto dos Sonhos Empreendimento Imobiliário Spe - Ltda., HM Engenharia e Construções - S/A, Camargo Correa Desenvolvimento Imobiliário - S/A, em 12% dos pedidos em que o autor restou vencido (pagamento em dobro dos valores referentes à taxa de condomínio e de água e esgoto e a diferença da indenização pretendida) e aos advogados da corré Setor Imóveis Administração e Incorporação Ltda. em 15% do valor da comissão de corretagem.

Dá-se provimento em parte ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1027099-75.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IMPRENSA

OFICAL DO ESTADO S.A., é apelado EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35447)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente sem voto), NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA e ALCIDES LEOPOLDO.

São Paulo, 31 de janeiro de 2019.

FÁBIO QUADROS, Relator

Ementa: Responsabilidade Civil - Direito autoral - Utilização, por parte da Imprensa Oficial do Estado-IMESP, sem a devida autorização, de conteúdo (colunas e matérias jornalísticas) produzido pela autora - Publicação de "clipping" em meios impressos e digitais, inclusive com negociação do serviço junto à Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo - Ilicitude da conduta, violadora da legislação protetiva dos direitos do autor - Danos materiais a serem apurados em sede de liquidação de sentença - Cessão de licença e seus critérios que são prerrogativas da autora - Motivação da sentença que é adotada como razão de decidir em Segundo Grau - Aplicação do art. 252, do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça, para manter a decisão - Recurso improvido.

VOTO

A r. sentença de fls. 309/315, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a ação cominatória c.c pedido de indenização por danos materiais e morais movida por **EMPRESA FOLHA DA MANHÃ S/A** em face de **IMPRENSA OFICIAL DO ESTADO S/A - IMESP** para: a) ratificar a decisão que antecipou a tutela e torná-la definitiva e b) condenar a ré a indenizar os prejuízos materiais causados à autora, pagando a mesma o valor correspondente à concessão da licença para reproduzir as matérias que foram efetivamente reproduzidas pelo período em que se praticou, de fato, a lesão ao direito da autora, a ser calculado em liquidação de sentença por arbitramento. Condenada a ré no pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R$10.000,00 (dez mil reais).

Os embargos de declaração apresentados pela ré (fls. 320/322) foram

Acesso ao Sumário

rejeitados (fls. 323).

Inconformada, apela a ré (fls. 325/334). Busca a improcedência da ação aduzindo, em apertada síntese, que: a) produz "clippings" diferenciados para o Município de São Paulo/Grande São Paulo e que, para o interior do Estado de São Paulo, não são utilizadas matérias dos jornais Folha de São Paulo e Agora São Paulo; b) a ação foi movida com fundamento nos arts. 28,29 e 102 da Lei 9.610/98, tendo se esquecido a autora apelada que as notícias ou os artigos informativos publicados na imprensa diária ou periódica não são protegidas pelo direito autoral porque não são obras literárias, artísticas ou científicas, tendo inobservado a exceção prevista no art. 46, I, "a" da referida Lei 9.610/98, que trata das limitações aos direitos autorais enfatizando que "o disposto no art. 46, I, 'a', da Lei nº 9.610/1998, não se refere a mero direito de citação, e a Lei não faz nenhuma restrição quanto à reprodução na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicados em diários ou periódicos, salvo a menção do nome do autor, se assinados, e da respectiva publicação." (textual, fls. 329) não existindo qualquer restrição quanto a fins não econômicos da reprodução de notícias ou de artigo informativo publicado na imprensa; c) de acordo com o art. 4º da Lei 9.610/98, devem ser interpretados de forma restrita os negócios sobre direitos autorais; d) vem explorando a atividade de "clippagem" e, assim, vem empregando pessoas e permitindo o aperfeiçoamento das instituições cumprindo missão destinada por legislação estadual e tal fato sempre foi de conhecimento da sociedade e independe de prova e a apelada somente agora vem deduzir retribuição pelo uso das matérias informativas que disponibiliza, concluindo que a atividade que desenvolve é direito adquirido constituindo verdadeiro serviço público de informação a órgãos públicos destinados à atualização sobre os acontecimentos no Brasil e no mundo e, assim, "a tentativa de paralisar os serviços de clippagem prestados pelo Apelante, fere o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, nos exatos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal." (textual, fls. 331) e e) quanto ao critério de liquidação de sentença, questiona o que seria considerado concessão de licença e que sem tal definição não será possível apurar o valor da condenação estabelecida na r. sentença, caso esta seja mantida.

Acesso ao Sumário

O recurso foi regularmente processado e respondido (fls. 338/352).

O processo foi inicialmente distribuído livremente ao Exmo. Sr. Desembargador José Maria Câmara Junior, integrante da 9ª Câmara de Direito Privado (fls. 353). Por meio da decisão monocrática de fls. 354/356 determinou-se a remessa dos autos a esta relatoria e os autos foram a mim distribuídos (fls. 361).

Por sua vez, por meio da representação de fls. 365/366, representou-se ao Exmo. Sr. Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado para que o recurso fosse redistribuído a uma das Câmaras de Direito Empresarial, tendo

sido suscitado o conflito negativo de competência (fls. 376/381). Por meio da decisão monocrática de fls. 385/389, reconhecida a competência desta Quarta Câmara de Direito Privado, o processo veio a conclusão.

É o relatório.

A decisão recorrida não comporta reparo diante da imbatível e sólida fundamentação que é aqui adotada como razão de decidir segundo permite o art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. As questões trazidas nos autos foram bem decididas, nos exatos termos dos trechos que ora se transcrevem:

"A ação é parcialmente procedente. Embora a ré tenha se insurgido contra a pretensão da autora discorrendo exaustivamente sobre o suposto direito de reproduzir as matérias publicadas nos jornais editados pela autora, não houve impugnação a nenhum dos documentos juntados aos autos, donde se infere o reconhecimento tácito da veracidade dos seus conteúdos, bem como a inexistência de vício que macule as acusações feitas pela parte ex adversa, nos termos do artigo 372, do Código de Processo Civil.

Por oportuno, anoto que nos termos desse artigo mencionado, Compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro. A despeito de defender o direito de reproduzir as publicações, certo é que a requerida não imputou ausência de autenticidade aos documentos juntados pela autora, em especial aqueles que dizem respeito às alegadas reproduções das suas publicações.3

É importante registrar que não bastasse a circunstância de a reprodução não autorizada feita pela ré não ter sido contestada, foi confessada expressamente, pois a demandada, ao confessar defendeu o direito de publicar as edições dos jornais indicados na inicial, conquanto tenha também confessado que não conseguiu negociar a licença. A propósito dessa questão, assiste total razão à autora quando alega em sua réplica que não importa o motivo pelo qual as partes não se compuseram, evidenciando- se com essa notícia mais ainda a impossibilidade de a requerida reproduzir suas publicações.

Realmente, tendo a própria requerida alegado em defesa que tentou obter a licença da autora sem sucesso em razão do alto valor reclamado, confessou expressamente que sabia da necessidade de adquirir os direitos primeiro para só depois fazer a reprodução; entretanto, paradoxalmente, invoca direito adquirido e defende a prática contestada nesta lide pela autora.

Além de terem se tornado fatos incontroversos nos autos, também houve confissão expressa quanto à veiculação das matérias jornalísticas produzidas pela autora com reprodução desautorizada pela ré.

Acesso ao Sumário

Todo o esforço despendido pela requerida sua defesa não foi suficiente para arredar o direito da autora. Não lhe aproveita a explicação feita sobre o objeto da imprensa oficial, tampouco minimiza a ilicitude do seu ato o esclarecimento sobre o significado e o uso do termo clipping, e seu histórico.

Entre as teses apresentadas pelas duas partes, a da autora faz mais sentido, inferindo-se que houve concorrência desleal, pois existe um contrato nos autos demonstrando que a ré, realmente, negociou o serviço i-clipping com a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Considerando que a ré reproduz desautorizadamente as matérias publicadas pelos jornais editados pela autora, basta um silogismo simples para se concluir que a ré vende o acesso às informações produzidas pela autora sem pagar a essa pelo serviço.

Não há falar em direito adquirido, a toda evidência, pois a autora sim tem direito de publicar e comercializar o direito à publicação das matérias que produz, pagando os profissionais contratados para desenvolvê-las. Não faz o menor sentido a requerida sustentar a sua prática com fundamento no artigo 46, I, da Lei 9.610/98, bastando mero passar de olhos pelas publicações reproduzidas para se constatar de plano que não se tratam de mera reprodução de artigo informativo, como bem sustentou a autora.

A ré agiu na ilegalidade, não há o que discutir, sendo evidente que para reproduzir total ou parcialmente as matérias jornalísticas produzidas pela autora, dependeria de autorização expressa da titular do direito, nos termos do artigo 29, da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 que trata dos Direitos Autorais, cujo teor segue transcrito: *Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral*; (...).

A ré também não pode olvidar o disposto no artigo 102, da mesma Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que da mesma forma tomo como fundamento para a presente decisão, senão vejamos - Art. 102: *O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível.*

As jurisprudências mencionadas pela autora em sua inicial revelam a sintonia das decisões dos Tribunais com os dispositivos legais mencionados e não foram impugnadas pela requerida na sua resposta, faltando à demandada fundamento jurídico que dê suporte ao seu procedimento."

Por fim e especificamente quanto aos critérios em que se dará a liquidação da sentença, não há que se falar em impossibilidade de apuração do valor da condenação pela alegada indefinição do que seria a "concessão de licença", visto que a concessão é simplesmente o meio pelo qual a autora apelada autoriza o uso de seu conteúdo para utilização, tendo a prerrogativa de fixar os critérios

Acesso ao Sumário

de utilização e preço para tanto.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023863-56.2017.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é apelante ASSOC. DOS PROPR. E MORADORES DO JARDIM SHANGRILA, é apelada FATIMA REGINA LONGO.

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 29895)**

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

São Paulo, 8 de fevereiro de 2019.

VIVIANI NICOLAU, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação de conhecimento condenatória em obrigação de fazer. Autora não associada da ré que é compelida a adentrar ao loteamento fechado no qual reside pelo portão de visitante, tendo que se identificar em todas as vezes. Sentença de procedência para condenar a ré a fornecer o acesso da autora como moradora, mediante reembolso. Inconformismo. Não acolhimento. Ré que buscou o fechamento das vias públicas existentes no loteamento para a proteção de seus próprios interesses, o que não pode implicar em prejuízo ao exercício do direito de ir e vir da moradora, impondo dificuldades de acesso ao local que não se justificam. Sentença confirmada. Honorários majorados. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO."

VOTO

FÁTIMA REGINA LONGO ingressou com *ação de conhecimento condenatória em obrigação de fazer* em face de **ASSOCIAÇÃO DOS**

Acesso ao Sumário

PROPRIETÁRIOS E MORADORES DO JARDIM SHANGRILA, cujo pedido foi julgado **procedente**, nos termos da sentença, para que a ré seja condenada a fornecer um controle remoto para o acesso ao condomínio, mediante reembolso, no prazo de 10 dias, comprovar o custo mensal individualizado para tanto, ou no mesmo prazo, conferir outro meio não gravoso para que a autora tenha acesso ao condomínio como moradora e não visitante (fls. 87/91).

A parte vencida foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R$1.000,00.

Opostos embargos de declaração (fls. 93/95), foram rejeitados às fls. 97/98.

No recurso, a **RÉ** alega, em síntese, que: não pode fornecer a "tag" porque os custos que envolvem a portaria são distribuídos entre todos os "condôminos", não se trata somente do controle remoto, mas há implicação de vários outros custos; ao se retirar da associação perdeu o direito aos benefícios e aos serviços disponibilizados pela associação; a autora age com má-fé ao ajuizar a demanda, porque pretende um serviço sem o devido pagamento o fim das razões recursais, pede-se a reforma da r. sentença para julgar o pedido improcedente com a condenação da autora aos ônus da sucumbência (fls. 100/103).

O recurso é tempestivo e preparado.

Recebido, foi contrariado (fls. 108/113).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É O RELATÓRIO.

O recurso não é provido.

A pretensão autoral, de acordo com o relatório da sentença, ora adotado, está assentada nos seguintes fundamentos fáticos e jurídicos:

> "*FÁTIMA REGINA LONGO, devidamente qualificada nos autos, ajuizou 'Ação de conhecimento condenatória em obrigação de fazer', em face de ASSOCIAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS E MORADORES DO JARDIM SHANGRILA, igualmente qualificada, alegando, em síntese, que no ano de 2015, a ASSOCIAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS E MORADORES DO JARDIM SHANGRILA, ajuizou AÇÃO DE CONHECIMENTO CONDENATÓRIA contra a Sra. FÁTIMA REGINA LONGO, pleiteando, em apertada síntese, sua condenação ao pagamento das taxas associativas e do rateio mensal do lote I-01B, vencidas e vincendas, acrescidos de multa equivalente a 2% (dois por cento), juros de 1% a.m., a partir do vencimento, e atualização através dos valores de referência. Para tanto, aduziu ausência de pagamento dos valores respectivos. Tal processo tramitou perante o juízo da 4ª Vara Cível, sendo julgado improcedente o pedido de cobrança, bem como procedentes os pedidos contrapostos para declarar que eram indevidas todas taxas, valores e ou encargos derivados, tendo em vista que a ora autora não é associada.*

Diante de sua sucumbência, a associação, ora ré, interpôs recurso de apelação ao C. Tribunal de Justiça de São Paulo, que, acertadamente, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso. O v. acórdão transitou em julgado em 30/09/2016. Com o trânsito em julgado da decisão, a associação ré deixou de cobrar os valores associativos da autora, bem como deixou de prestar alguns serviços que oferece aos associados, tais como: coleta de lixo e uso da portaria, contra o que não se insurge. Todavia, também passou a exigir que a Autora se identifique como visitante na portaria, pois lhe foi retirada a TAG para abertura da cancela de proprietário. Deste modo, toda vez que vai adentrar a sua própria residência, necessita parar seu carro, informar o número do seu RG e o endereço de sua residência, na entrada reservada para visitantes. Feito isto, entregam-lhe um CARTÃO DE VISITANTE, que ela apresenta no Totem, para abertura da cancela. Ao deixar a sua residência, deposita o mesmo cartão no Totem de saída. Isto se repete todas as vezes que volta para casa, isto é, inúmeras vezes ao dia. Às vezes, quando há festas na casa de vizinhos, necessita esperar por horas na fila de visitantes, o que tem lhe constrangido. Desta feita, vale-se da presente ação para que possa adentrar a sua própria residência sem o constrangimento de identificar-se como visitante, compelindo a demandada a fornecer-lhe um controle remoto para acesso - TAG - igual ao dos demais moradores, mediante reembolso do custo do aparelho, após a regular apresentação de nota fiscal ou fatura detalhando o custo individual, ou fornecer-lhe outro modo menos gravoso para adentrar a sua residência. Requer sejam julgados totalmente procedentes os pedidos, para o fim de condenar a parte ré a permitir que a autora ingresse livremente em sua residência, deixando de restringir seu direito, fornecendo-lhe um controle remoto para acesso - TAG - igual ao dos demais moradores, mediante reembolso, após apresentação de nota fiscal e/ou fatura de serviço com especificação do custo mensal individualizado, ou conferindo-lhe esta dignidade por outro meio não gravoso, fixando-se multa diária em caso de descumprimento. Com a inicial, vieram os documentos de fls. 06/21."

A r. sentença julgou o pedido **procedente** para que a ré seja condenada a fornecer um controle remoto para o acesso ao condomínio, mediante reembolso, no prazo de 10 dias, comprovar o custo mensal individualizado para tanto, ou no mesmo prazo, conferir outro meio não gravoso para que a autora tenha acesso ao condomínio como moradora e não visitante.

Respeitadas as razões recursais, a r. sentença não comporta qualquer reparo.

Conforme dos autos se verifica, a ré ajuizou, no ano de 2005, ação de cobrança de taxas associativas em face da ora autora, cujo pedido foi julgado improcedente, haja vista o direito constitucional de não se associar, até porque no local da residência da autora não há condomínio de casas, como afirma a ré,

Acesso ao Sumário

mas mero loteamento.

Diante disso, a Associação requereu a devolução da TAG para entrada do veículo da autora, que não poderia mais adentrar a área do loteamento pela cancela de moradores, mas deve se submeter a identificação para entrada como se visitante fosse.

Como bem salientou a r. sentença, a ré age de forma temerária, visto que ao exigir que a autora identifique-se toda vez como se visitante fosse, restringe a liberdade de ir e vir da moradora, coagindo-a a se associar sem a sua vontade.

Não há que se falar em enriquecimento sem causa da autora visto que o uso da *tag* por ela não implica em aumento de custos para a associação, já que os demais valores como de manutenção da cancela, sistema de segurança, gastos com energia, água, limpeza e etc, também existem quando ela adentra ao loteamento como visitante.

A entrada como visitante, inclusive, solicita maiores serviços prestados pela associação do que a entrada como moradora, visto que para o primeiro a autora deve se identificar para um funcionário que, com os seus dados, realiza cadastro e entrega o cartão de visitante, o qual apresenta no totem, cartão este que é depositado no totem de saída, já com o segundo, o uso da *tag* permite a abertura da cancela sem a referida identificação, ou seja, sem demandar daquele serviço de portaria.

O ato da Associação ré revela intenção emulativa. A autora como moradora, ainda que não associada, adentrará ao loteamento e terá que passar, de qualquer forma, pela cancela. A ré, em razão da não associação, preferiu impor a ela dificuldades, forçando-a a se identificar em todas as ocasiões, sem justa razão para tanto.

Nota-se, ademais, que o documento acostado aos autos, que permitiu à Associação o fechamento das vias públicas, foi realizado no ano de 2010 e tinha como validade 5 anos (fls. 59/60), sendo questionável, portanto, a sua vigência. Ademais, a ré firmou convênio com a Municipalidade de Bauru, para a finalidade de fechamento das **vias públicas** existentes no loteamento, para a proteção de seus próprios interesses, o que não pode prejudicar o exercício de liberdade da moradora que a ela não se associou.

Acesso ao Sumário

No caso, a entrada da autora diretamente, sem tem que se identificar todas as vezes, não se trata de benefício, mas de mero exercício do direito de ir e vir.

Assim, como consta da r. sentença deve a ré: "*fornecer um controle remoto para acesso ao condomínio, mediante reembolso, devendo no prazo de 10 dias, comprovar o custo mensal individualizado para tanto, ou, no mesmo prazo, conferir outro meio não gravoso para que a autora tenha acesso ao condomínio como moradora e não visitante.*"

Em razão do insucesso do recurso os honorários são majorados de R$

1.000,00 para R$ 2.000,00.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0009020-52.2012.8.26.0565, da Comarca de São Caetano do Sul, em que são requerentes DAISE AGUIAR SILVA e DAISE PUBLICAÇÕES MUSICAIS LTDA., são requeridos EDACOM TECNOLOGIA EM SISTEMAS DE INFORMA e ZOOM EDITORA EDUCACIONAL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.826)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCIA DALLA DÉA BARONE (Presidente), JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES e JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2019.

MARCIA DALLA DÉA BARONE, Relatora

Ementa: Ação indenizatória - Direito do autor - Sentença de improcedência - Insurgência das autoras - Justiça Gratuita - Concessão para o ato, uma vez que verificada a impossibilidade temporária das autoras suportarem o pagamento das custas processuais - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Perícia realizada de forma satisfatória, com os devidos esclarecimentos prestados pelo "expert" - Desnecessidade da realização de nova perícia - Mérito - Alegação de violação de direitos autorais da autora relativos ao contrato de "Cessão Temporária de Direitos Patrimoniais de Autor" - Inocorrência - Métodos de aprendizado não gozam da proteção da Lei 9.610/98 - Inteligência do artigo 8º, inciso I da Lei de Direitos Autorais - Sentença de improcedência mantida - Recurso não provido. Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

Ao relatório de fls. 2.970/2.974, acrescento ter a r. sentença julgado improcedentes os pedidos, condenando a autora ao pagamento das verbas de sucumbência.

As autoras interpuseram recurso de apelo (fls. 2.986/2.998), pugnando pela reforma da r. sentença para que o feito seja julgado procedente, com a inversão dos respectivos ônus. Pugnam, preliminarmente, pela concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, afirmando que não possuem condições de suportar o pagamento das custas processuais sem prejuízo de seu próprio sustento. Afirmam que a pessoa jurídica está praticamente inativa, com uma série de débitos, protestos e cheques devolvidos. Ressaltam que as custas de preparo importam em R$ 42.988,81. Suscitam preliminar de cerceamento de defesa, aduzindo que seria necessária a oitiva de testemunhas para o devido esclarecimento dos fatos, aduzindo que a prova pericial não pode se sobrepor à testemunhal. Aduzem, ainda, ser fundamental a realização de perícia técnica contábil para o fim de se realizar cálculos e verificar que valores foram sonegados ao pagamento da autora, afirmando que as próprias requeridas informaram que não pagaram as verbas à autora, conforme se verifica das fls. 1.722, último parágrafo. Acreditam que a homologação do laudo pericial foi prematura, aduzindo que o perito técnico não atendeu as determinações do juízo "a quo", mostrando-se inábil para exercer o mister que lhe foi atribuído. Alegam que o laudo pericial está manifestamente incompleto, uma vez que, mesmo depois de cinco pedidos de esclarecimentos, não foi suficiente para aclarar os fatos de maneira satisfatória. Argumentam que houve indeferimento implícito de pedido de nova perícia. Quanto ao mérito, argumentam que a obra intelectual objeto da controvérsia não configura metodologia de ensino, estando protegida, ao menos, pelo que dispõe o artigo 7º, inciso I, V, VI e VII da Lei 9610/98, por se tratar de "textos de obra literária", "composições musicais", "obra audiovisual sonorizada" bem como "obra de desenhos". Narram que, quando da celebração do contrato denominado "Cessão Temporária de Direitos Patrimoniais de Autor", ainda não existia a publicação periódica de educação tecnológica para a qual foi conferido o nome "Revista de Educação Tecnológica Infantil Lego Zoom - Coleção Conhecer e Construir", pois o Grupo Lego autorizou a corré EDACON a desenvolver este produto. Afirmou a parte apelante que a corré EDACON, estando autorizada pelo Grupo Lego, contratou a autora Daise para o desenvolvimento da revista, ou seja, para a criação de obra intelectual, a qual é protegida por direitos autorais. Alegam que a cláusula 1ª deste contrato reconhece ser Daise autora dos trabalhos intelectuais que compõem a publicação "conhecer e construir", o qual é constituído por textos, formato de histórias interdisciplinares inéditas e continuadas para sugestão, desenvolvimento de montagens de figuras, músicas,

Acesso ao Sumário

letras, adaptações, orquestração e arranjo. Concluem, desta forma, que a criação objeto do contrato de cessão temporária de direitos não representa "metodologia de ensino", mas sim obra intelectual protegida pela Lei. Aduzem que depende de prévia autorização do autor a utilização da obra por quaisquer modalidades, tais como reprodução parcial ou integral, edição, adaptação, arranjo musical e quaisquer outras transformações. Afirmam que, ainda que se considere que se trata de "metodologia de ensino", mesmo assim houve desrespeito da lei de direito autoral, uma vez que as apeladas reproduziram com outro nome as obras da autora, bem como a editaram e fizerem adaptações, não só nos textos, mas também nos arranjos musicais e distribuíram o "Manual do Professor" sem autorização contratual. Alegam que tais edições e adaptações possuem amparo legal e constitucional, nos artigos 28 e 29 da Lei 9.610/98 e artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII da Constituição Federal. Afirmam que a r. sentença silenciou acerca da cobrança de valor equivalente a 2,5% do preço de venda, ou seja, do valor da nota fiscal, incluindo o produto básico publicado por EDACON. Alegam que a r. sentença também teria silenciado acerca das vendas desautorizadas do "Manual do Professor", criado por Daise.

Contrarrazões às fls. 3.021/3.049.

As partes não se opuseram ao julgamento virtual.

É o relatório.

Verifica-se que o § 3º, do Artigo 99 do Novo Código de Processo Civil, dispõe que se presume verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural, enquanto o § 2º da norma em comento, estabelece que o pedido poderá ser indeferido ante a presença de elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais a concessão da benesse.

Na hipótese dos autos, os elementos de prova constantes dos autos não demonstram, de forma satisfatória, a alegada condição de penúria financeira das autoras que impeça o pagamento das custas processuais, sem prejuízo de seu sustento.

Por outro lado, o Novo Código de Processo Civil, em seu Artigo 98, § 5º, trouxe inovação ao regime da gratuidade judiciária, permitindo assim que a concessão da benesse seja restrita a determinado ato processual ou consista na redução de percentual de despesa processual.

Segundo Rafael Alexandria de Oliveira "*A possibilidade de modulação é algo positivo para todo mundo. A análise do requerimento do benefício deixa de ser feita com base no tudo ou nada, oito ou oitenta. Com isso, muitos pedidos que outrora eram feitos e rejeitados, sob o fundamento de que o requerente não era tão pobre assim, poderão agora ser reavaliados. A modulação ganha importância exatamente aí: nas situações limítrofes, em que o requerente não é tão evidentemente pobre, mas tampouco é notoriamente abastado*" (Breves

Acesso ao Sumário

Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2015, Editora Revista dos Tribunais, p. 367).

Portanto, a fim de não inviabilizar o acesso ao Poder Judiciário, considerando-se o elevadíssimo valor da causa, concedo a gratuidade às apelantes apenas para o presente ato, nos termos do artigo supramencionado.

De início, cumpre analisar o alegado cerceamento de defesa suscitado pelas apelantes. Com efeito, embora as apelantes afirmem que a r. sentença apelada deve ter sua nulidade reconhecida, sustentando que não houve a produção de prova oral, não se verifica, no caso dos autos, a necessidade de produção de outras provas.

Ao juiz, na condição de destinatário final das provas, cumpre indeferir as diligências que considerar inúteis ou meramente protelatórias quando avaliar que o acervo probatório é suficiente para firmar seu livre convencimento, nos termos do artigo 370 do Código de Processo Civil.

No caso em tela, o juízo "*a quo*" entendeu por bem julgar a lide no estado em que se encontrava o que, conforme supramencionado, lhe é permitido. A prova produzida nos autos se mostra suficiente para a análise do feito e a dilação probatória para a instrução processual pouco, ou nada, contribuiria para o deslinde da controvérsia, dada a sua natureza. Tratando-se de demanda que busca apreciar a existência do alegado plágio às obras de titularidade da autora, a realização de prova oral pouco, ou nada contribuiria para o deslinde da controvérsia, sendo a prova pericial produzida nos autos suficiente para elucidar a questão.

Assim, não se configurou o repudiado cerceamento de defesa, não devendo a r. sentença ser anulada por este motivo.

Pela análise dos elementos de prova colacionados aos autos, verifica-se que a autora Daise foi contatada pela empresa EDACOM para criar a publicação periódica "Conhecer e Construir" a ser editada pela empresa Zoom Editora Educacional Ltda., a qual, além de realizar a edição, produz, contrata com terceiros a venda, não só de revistas, mas também de Peças Lego, capacitações e CD´s que integram os exemplares.

A autora celebrou com a EDACOM, autorizada pelo grupo Lego, em 11.11.2005, "Cessão Temporária de Direitos Patrimoniais de Autor", com vigência prevista para sete anos (fls. 32/38).

Aduz a parte autora, contudo, que, a partir de 2009, a ré Edacom e sua parceira Zoom, passaram a comercializar a revista em questão, modificando alguns aspectos das técnicas desenvolvidas pela autora, o que configura plágio e ofensa aos seus direitos autorais cedidos onerosamente às rés.

Narra a parte autora que as rés realizaram modificações em suas criações, sendo que, por exemplo, no lugar de "aprender-fazendo", passaram a denominar

Acesso ao Sumário

"aprender-brincando" e a coleção "Conhecer e construir", passou a ser "Construir e Aprender". Afirma, ainda, que tais "novos" produtos foram creditados a pessoa de Flávio de Souza, e passaram a ser destinadas, além do ensino infantil, também ao ensino fundamental, médio, jovens adultos, profissionalizando e superior, sem o devido repasse de valores à autora, que se intitula idealizadora do projeto.

De acordo com a cláusula primeira do Contrato de "Cessão Temporária de Direitos Patrimoniais de Autor": "*a cedente declara ser autora dos trabalhos intelectuais constituídos de textos, formatos de histórias interdisciplinares inéditas continuadas para desenvolvimento das montagens, sugestões de todas as figuras, montagens, músicas, letras, adaptações, orquestração e arranjo*" (fls. 33)

Já na cláusula 5ª do contrato, constou a exceção de que a elaboração de obras derivadas ou que contenham trechos da obra ou metodologia inédita ou formato inédito do manual do professor seria objeto de nova contratação.

Neste contexto, conclui-se que a autora é titular dos trabalhos intelectuais constituídos em relação à obra "Revista de Educação tecnológica Lego Zoom Infantil - Coleção Conhecer e Construir" (fls. 32/39). Por outro lado, a requerida Edacom Tecnologia é representante exclusiva dos produtos e serviços da linha Lego Education, titular da propriedade patrimonial da revista supramencionada.

A requerida Zoom Editora Educacional, conforme já mencionado, é responsável pela editoração, produção e vendas de materiais didáticos do Projeto Lego de Educação Tecnológica.

Conforme perícia técnica realizada, bem como os esclarecimentos prestados pelo "Expert", a obra da autora consistia em:

> "*de acordo com o material apresentado nestes autos, trata-se [obra de Daise] de fascículos impresso contendo atividades pedagógicas para crianças de 3 a 5 anos de idade. As histórias propostas são apresentadas de forma gráfica, com cenários e personagens, com a utilização de textos principais, explicativos e textos orientativos da atividade a ser realizada.*" (fls. 2.829).

Indagado o perito se a criação da autora figura como artística literária e musical e se há ilustrações e histórias, a resposta foi positiva.

Ainda, descreveu o perito a obra da ré e suas principais características como "*os fascículos encartados nestes autos como publicações da requerida posteriores às colaborações da requerente, apresentam material com atividades pedagógicas contendo principalmente histórias, quadrinhos, situações problemas, jogos e quebra-cabeças*". (grifo nosso).

Afirmou, ainda, o "expert" que a perícia constatou que foram reproduzidas ilustrações de forma total e parcial conforme laudo pericial juntado às fls. 2.559 dos autos, não havendo identidade de estrutura narrativa, argumento e disposição.

Acesso ao Sumário

(fls. 2.835). Constatou, ainda, que "*de acordo com as análises apresentadas no laudo pericial, foram identificadas algumas imagens reproduzidas de forma total ou parcial. Os temas, formatos e capítulo são distintos*" (fls. 2.836 - grifo nosso).

Neste contexto, conforme bem salientado pela r. sentença, embora tenha sido constatada inequívoca similitude dos materiais didáticos, não é possível reconhecer a existência de violação por parte da requerida, uma vez que a Lei 9.610/98 expressamente ressalta que não são objeto de proteção: "*as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais*".

E, pela análise dos autos, verifica-se que a obra intelectual da autora, cedida às rés, compreende fundamentalmente a descrição da metodologia, textos, histórias, montagens, músicas e letras, com o fito de facilitar o aprendizado.

Não obstante argumente a autora que a obra intelectual objeto da controvérsia não configura metodologia de ensino, estando protegida, ao menos, pelo que dispõe o artigo 7º, inciso I, V, VI e VII da Lei 9610/98, por se tratar de "textos de obra literária", "composições musicais", "obra audiovisual sonorizada" bem como "obra de desenhos", não se verificou a reprodução de tais itens, conforme se denota das conclusões do perito acima consignadas.

Quanto à reprodução parcial de personagens e elementos gráficos, verifica-se que tais personagens "Lego" não foram desenvolvidos pela autora Daise, uma vez que aparecem em tiragens anteriores à data do contrato celebrados pelas partes, e portanto, não se encontram sujeitos à proteção em favor da postulante.

Portanto, a r. sentença deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, tendo conferido satisfatória resolução à lide.

Em atendimento ao disposto no artigo 85, §11 do novo Código de Processo Civil, majoro o valor dos honorários advocatícios para a quantia de R$ 17.000,00 devidos pela autora aos patronos das rés.

Em face do exposto, pelo voto, Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010961-05.2014.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante/apelado TIBÉRIO-INPAR PROJETO 133 SPE LTDA., são apelados/apelantes ALEX BULNES RODRIGUEZ e RENATA CASTRO VARELLA BULNES RODRIGUEZ.

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

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.512)**

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

São Paulo, 31 de janeiro de 2019.

ARALDO TELLES, Relator

EMENTA: Compromisso de compra e venda. Obra entregue durante o prazo de tolerância. Impossibilidade, no entanto, de obtenção do financiamento na data aprazada em razão da mora da construtora, que tardou a providenciar o "habite-se" e a liberação da matrícula. Documentos que se mostram indispensáveis para a instituição financeira conceder o financiamento. Discussão acerca dos encargos durante tal período. Incidência do INCC até a liberação da matrícula e do IPCA a partir de então. Juros remuneratórios que devem incidir a partir da entrega da unidade. Determinação, no entanto, de refazimento dos cálculos por perito quando da liquidação.

Danos materiais. Reembolso do que pago a título de taxa condominial até a efetiva entrega das chaves. Adquirentes que não podem ser penalizados com o pagamento de condomínio pelo período em que estiveram privados da fruição do bem. Reembolso bem determinado.

Danos morais. Prejuízos dessa ordem não configurados.

Astreintes. Descumprimento das tutelas antecipadas verificado. Documentação apta a demonstrar que os autores já haviam providenciado o necessário para obtenção do financiamento, cujo contrato já estava pronto, bastando que a construtora o assinasse. Recalcitrância da acionada em providenciar a assinatura demonstrada. Multa diária que se aplica e deve ser apurada quando da liquidação.

Recursos parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Os autores firmaram compromisso de compra e venda de unidade habitacional no local descrito na inicial e, em razão de alegado atraso na entrega da obra e apresentação de documentação necessária para obtenção do financiamento, reclamam a devolução de valores pagos a maior e de contribuições condominiais antes da entrega das chaves, além de danos morais.

A r. sentença de que se apela tem o seguinte dispositivo:

Do exposto e tudo o que mais dos autos consta JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação proposta por ALEX BULNES RODRIGUES e RENATA CASTRO VARELLA BULNES RODRIGUES em face de TIBÉRIO - INPAR PROJETO 133 SPE LTDA., resolvendo o mérito, a teor do artigo 269, I do Código de Processo civil, para declarar a inexigibilidade da cobrança do débito de R$26.221,50, e fixar o valor do saldo devedor, no valor de R$ 158.877,32, a ser atualizado conforme monetariamente pelo INCCA até a entrega das chaves, e a seguir pelo IPCAA. Os juros compensatórios deverão incidir apenas a partir de abril de 2014, quando da entrega das chaves. CONDENO ainda a requerida à restituição do valor pago a título de pro soluto, na quantia de R$ 4.899,75, corrigido pelo índice da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e com juros legais, contados desde o desembolso, bem como para excluir a responsabilidade do autor pelo pagamento do condomínio do imóvel, em data pretérita à entrega das chaves, o que poderá ser executado nestes autos, caso pago, mediante apresentação de boleto quitado.

Oficie-se a Empresa Oma Administradora de Imóveis e Corretagem Ltda, nos termos dessa decisão para ciência a respeito da cobrança dos condomínios em período posterior a entrega das chaves. Oficie-se ao Santander para ciência dessa decisão.

Em razão da sucumbência quase integral da requerida, arcará esta com o pagamento das custas, despesas do processo, bem como honorários advocatícios, os quais fixo em R$1.500,00.

Inconformadas, apelam as partes.

A acionada argui, preliminarmente, a impossibilidade de comprovação posterior da despesa de condomínio ante a ausência de pedido expresso nesse sentido, o que importa no indeferimento da inicial. No mérito, afirma que as cláusulas do contrato são claras, inclusive com relação ao pagamento do preço, inexistindo vinculação do vencimento de qualquer das parcelas à conclusão das obras, expedição do *habite-se* ou individualização das matrículas dos imóveis construídos. Invocando a máxima *pacta sunt servanda*, alega que devem ser mantidos os índices pactuados, não havendo o que devolver. O INCC não pode ser utilizado após a expedição do Certificado de Conclusão ou *habite-se*.

Acesso ao Sumário

As chaves estavam à disposição dos apelados desde 10/01/14, bastando que quitassem o saldo devedor da unidade para serem imitidos na posse do bem, ou seja, em decorrência da mora dos adquirentes, não pode ser compelida a quitar taxas condominiais. Ademais, já tendo sido instalada o Condomínio, os adquirentes respondem pelas despesas condominiais e IPTU, ainda que não tenham a posse do bem.

De seu turno, os autores reclamam de cerceamento de direito ante o julgamento antecipado da lide. Dizem que não foram intimados a se manifestar sobre os documentos de fls. 423/425, 429/431 e 458/462 e que as provas trazidas pela intermediadora Eagle às fls. 467/583, em cumprimento à determinação encaminhada por ofício, juntadas apenas após a prolação da sentença, teriam o condão de alterá-la. A multa não deveria ter sido revogada, tendo em vista o descumprimento da liminar por duas vezes, devendo, a ré, pagar R$ 50.000,00 a esse título. No que toca ao *pro soluto*, como já pagaram R$ 9.137,04 e já haviam atualizado o saldo devedor do financiamento, este deve ser de apenas R$ 158.877,32 (já atualizado). A liminar deferida às fls. 411, determinou que a ré deveria arcar com as custas do financiamento, tendo a r. sentença se omitido a esse respeito. Conforme a documentação dos autos, os adquirentes foram coagidos a realizar pagamentos indevidos, de modo que a devolução, nos termos do artigo 42, parágrafo único, da legislação pertinente deverá ser dobrada (duas vezes R$ 26.221,50 - cobrança pelo boleto de fls. 97). Requerem, ainda, a condenação da ré no pagamento de indenização por danos morais.

Há contrariedades e os preparos foram anotados.

É o relatório, adotado o de fls.

Rejeita-se a preliminar arguida pela ré.

Não é o caso de indeferimento da inicial, pois, conforme se vê às fls. 100/103, foram juntados comprovantes de pagamento do condomínio, cuja legalidade da cobrança será apreciada em capítulo posterior.

O mesmo se diga com relação à de cerceamento de direito suscitada pelos autores.

Como se verá, além de ter sido suprida a necessidade de intimação com relação às petições de fls. 423/425 e 429/431, quando da manifestação de fls. 433/435, os demais documentos juntados aos autos após a sentença serão analisados por esta instância juntamente com as outras provas dos autos a fim de analisar a alegação de recalcitrância no cumprimento da liminar e a incidência de multa.

No mérito, a r. sentença comporta algumas alterações.

As partes celebraram compromisso de venda e compra de imóvel (fls. 114/142), no qual os acionantes adquiriram uma unidade no empreendimento *Condomínio Ventura Guarulhos*, ajustando o preço na cláusula V e a forma

Acesso ao Sumário

de pagamento na seguinte, bem como que a requerida entregaria a obra em novembro de 2013 (cláusula X), autorizada a prorrogação do cumprimento da prestação por até 180 dias.

A quitação do preço, seja por recursos próprios, seja mediante obtenção de financiamento bancário, tinha como vencimento 01/11/2013 (fls. 115), o que, coincidiria com a data da entrega.

No entanto, a obra não findou na data inicialmente prevista. Embora dentro do prazo de tolerância, o *habite-se* só foi expedido em 10/01/2014 e a individualização da matrícula apenas em 20/02/2014.

O desarranjo teve início no momento em que, tendo os adquirentes o crédito bancário, não conseguiram concluir o financiamento porque a documentação pertinente não havia sido disponibilizada pela construtora.

Assim, tiveram de aguardar e, quando tudo estava pronto, os valores informados não correspondiam ao esperado, sendo necessário o ajuizamento da demanda para obter, em tutela antecipada, a determinação da entrega das chaves da unidade e dos documentos hábeis à obtenção do financiamento (fls. 206/207).

Conclui-se, então, que, embora a obra tenha sido concluída no prazo de tolerância, os encargos pelo atraso na obtenção do financiamento não podem ser atribuídos aos adquirentes, que, conforme demonstra toda a documentação acostada aos autos, esforçavam-se em concluir o negócio.

A primeira cobrança que se aduz abusiva é a de R$ 26.221,50, representada no boleto de fls. 97, extraído do demonstrativo de fls. 99.

Na resposta, afirma a ré que a quantia refere-se à aplicação de encargos contratuais e que os autores pretendem o indevido congelamento do saldo devedor.

Ocorre que, nos termos da Súmula 163 da Corte, *o descumprimento do prazo de entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra não cessa a incidência de correção monetária, mas tão somente dos encargos contratuais sobre o saldo devedor*.

Assim, como o financiamento bancário não pode ser concretizado, na data aprazada, por culpa da construtora, a correção monetária deverá incidir.

A r. sentença, no entanto, alterou apenas o termo da incidência dos índices IPCA e INCC definidos em contrato (fls. 116).

Enquanto neste utilizou-se como termo a data da expedição do *habite-se*, a r. sentença determinou que deva ser observada a data da entrega das chaves.

No entanto, o termo mais correto é o da liberação da matrícula do imóvel, momento que cessou a mora da construtora e a partir de quando toda a documentação estaria disponível para obtenção do financiamento.

Em outras palavras, até a liberação das matrículas, deve incidir o INCC e,

após tal ocorrência, o IPCA.

Os juros compensatórios, por outro lado, realmente, devem incidir a partir da entrega da unidade.

Como, no entanto, respeitado o convencimento da Magistrada, o Juízo não é dotado de capacidade técnica para aferir o resultado correto do cálculo para atualização do valor do financiamento, quando da liquidação, deverá ser objeto de perícia para que seja calculado nos termos acima e averiguado, também, o valor que deverá ser devolvido no caso de pagamento a maior.

No que toca à devolução das taxas condominiais, realmente, os acionantes merecem o ressarcimento dos gastos suportados, já que sua cobrança apenas se legitima após a efetiva entrega da unidade.

Como não restou demonstrado dolo da ré, a devolução dar-se-á de forma simples.

Também não entendo demonstrados prejuízos de ordem moral.

Não se olvida o desassossego por que passaram e ainda passam os autores na busca da regularização do imóvel adquirido, mas os fatos não desbordam do mero aborrecimento.

Por fim, resta a análise do descumprimento das liminares concedidas.

Na decisão inicial de fls. 206/207, proferida em março de 2014, foi determinada a entrega das chaves e a apresentação dos documentos hábeis à obtenção do financiamento, pena de multa diária de R$ 1.000,00, limitada a trinta dias.

Já na decisão de fls. 411, proferida em agosto de 2014, após a informação dos autores de que a ré não providenciou a assinatura do contrato de financiamento, foi determinada nova intimação, sob pena de multa diária de R$ 2.000,00, limitada a dez dias, para que o fizesse, além de que pagasse as custas de refinanciamento.

Inegável que a acionada descumpriu as determinações.

De efeito, embora tenham restados controversos os valores pendentes com a construtora, as decisões que deferiram a tutela antecipada para a assinatura do contrato de financiamento indicavam precisamente o valor que este deveria conter.

O contrato, aliás, já estava pronto (vide documentos de fls. 62 e 76/87) antes mesmo da concessão da liminar, havendo, inclusive, cópia de *e-mail* enviado por preposto da instituição financeira, em agosto de 2014, para responsáveis da construtora afirmando que os adquirentes já tinham o crédito aprovado, mas que não poderia dar continuidade ***caso a Tibério mantenha a decisão de não assinar o mesmo como no passado*** (fls. 475).

Em suma, demonstrada a recalcitrância da construtora em assinar o

Acesso ao Sumário

contrato, a incidência das *astreintes* é de rigor e o valor também deverá ser apurado na liquidação.

Por esses fundamentos, em suma, dou parcial provimento aos recursos para, mantida as liminares, determinar o refazimento dos cálculos quando da liquidação do julgado nos termos explicitados, a devolução dos valores pagos a maior e a incidência das multas cominadas.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0013349-80.2004.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que são apelantes WALDEMAR DE LIMA JÚNIOR e SÍLVIA CAINELI BITTENCOURT DE LIMA, são apelados OLGA ELEUTÉRIO DA SILVA, FABIANO ELEUTÉRIO AGUIAR RIVERO e ADRIANO ELEUTÉRIO AGUIAR RIVERO.

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 agravo retido dos réus e deram provimento ao apelo da mesma parte. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.243)**

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

São Paulo, 19 de dezembro de 2018.

FABIO TABOSA, Relator

Ementa: Processual. Agravo retido dos réus, interposto contra decisão saneadora, na parte em que rejeitadas preliminares de inépcia da petição inicial e ilegitimidade ad causam passiva, devidamente reiterado nas razões recursais. Peça preambular formalmente apta. Pertinência subjetiva dos réus, ademais, para discussão em torno da higidez de negócio jurídico por eles celebrado com os autores, bem como acerca de sua própria responsabilidade civil em função desse vínculo contratual. Decisão agravada confirmada. Agravo retido não provido.

Processual. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Provas pretendidas insuscetíveis de interferir no

julgamento da causa. Nulidade da sentença afastada. Societário. Trespasse de estabelecimento comercial e cessão de quotas sociais. Demanda de rescisão contratual, cumulada com pedidos indenizatórios, de iniciativa dos adquirentes. Alegação de que os cedentes teriam descumprido obrigação contratual relativa à entrega de documentos da sociedade, bem como induzido os autores a celebrar o negócio por meio de promessa de lucro líquido que derivaria da atividade empresária. Simples enunciação dos lucros previstos como resultado da empresa que não configura conduta que possa ser inequivocamente tida por fraudulenta. Possibilidade de aferição da veracidade da informação transmitida pelos alienantes a partir de confrontação com dados constantes da escrituração contábil da sociedade. Inexistência de qualquer alusão, no instrumento contratual concernente ao negócio translativo, a eventuais resultados financeiros da atividade empresária. Autores-cessionários que não adotaram, previamente à aquisição das quotas sociais, as medidas de cautela ordinariamente empregadas em negócios dessa espécie. Riscos associados ao exercício de atividade empresária que tornam incerta a obtenção de lucro. Ressarcimento de despesas relativas à execução de melhorias no estabelecimento, alegadamente realizadas em cumprimento a exigência da administradora das loterias comercializadas pela sociedade. Inviabilidade. Ausência de comprovação da alegada exigência por parte da empresa pública responsável pela gestão das loterias federais, como condição para continuidade do funcionamento da sociedade empresária objeto do negócio entre as partes. Demanda improcedente. Sentença reformada. Apelação dos réus provida.

VOTO

VISTOS.

A r. sentença de fls. 295/299 julgou procedente demanda dita de rescisão de contrato de trespasse de estabelecimento comercial e cessão de quotas societárias, cumulada com pedidos indenizatórios, ajuizada pelos adquirentes

Acesso ao Sumário

em face dos alienantes e fundada em alegação de inadimplemento por parte desses quanto à entrega de documentos concernentes à sociedade empresária (Lima e Bittencourt Lotérica Ltda.), bem como de descumprimento de promessa de lucro líquido mensal que teria sido realizada pelos réus e adotada como parâmetro para fixação do preço; considerou o MM. Juiz, para tanto, comprovada por meio de perícia a existência de diversas irregularidades na escrituração contábil da sociedade empresária, determinando por essa razão a *rescisão* do vínculo contratual, com a condenação dos réus à devolução do montante pago à guisa de preço, bem como ao pagamento de R$ 3.951,00, a título de ressarcimento do despendido pelos adquirentes para realização de melhorias no estabelecimento empresarial, além da imposição do pagamento "*das perdas e danos apurados no período*" de administração da pessoa jurídica pelos autores, "*no valor equivalente a R$ 21.000,00 (vinte e um mil reais) e ainda dos meses subsequentes até a efetiva rescisão*", tudo a ser apurado em fase de liquidação de sentença. A par disso, condenou os réus ao pagamento das custas e despesas processuais, com honorários advocatícios arbitrados em 20 % (vinte por cento) do valor da condenação, impondo-lhes ainda, a título de sanção por litigância de má-fé, o pagamento não apenas de multa da ordem de 1% (um por cento) do valor da causa, mas também de indenização fixada em 20 % (vinte por cento) dessa mesma base cálculo.

Apelam os réus (fls. 302/313), reiterando inicialmente o agravo retido por eles interposto contra a decisão saneadora de fls. 150/151, na parte em que rejeitadas preliminares de inépcia da petição inicial e ilegitimidade *ad causam* passiva. Afirmam ainda ser nula a r. sentença por cerceamento de defesa, tendo em vista o julgamento antecipado promovido, que teria frustrado a produção de provas oral e documental que dizem ter pleiteado. No mérito, reiteram que o faturamento da sociedade não teria sido adotado como base de cálculo para fixação do preço das quotas sociais e do estabelecimento empresarial, destacando nessa linha a ausência de previsão contratual em tal sentido, bem como a inexistência, segundo afirmam, de qualquer elemento instrutório indicativo de que teriam prometido a obtenção, a partir das atividades desenvolvidas pela sociedade, de lucro líquido da ordem de R$ 10.000,00 mensais. Acrescentam que a pretensão de *rescisão* do vínculo contratual sequer estaria enquadrada nas hipóteses previstas no art. 485 do CPC/73, questionando por outro lado a viabilidade de efetivo desfazimento do negócio translativo, com retorno das partes ao estado anterior, tendo em vista a alienação do estabelecimento comercial pelos autores a terceiro. Impugnam outrossim a condenação ao ressarcimento dos valores desembolsados com a execução de melhorias nos sistemas de informática e segurança do estabelecimento, por se referirem a investimentos ditados por mera conveniência da parte contrária. Insurgem-se ainda contra a imposição do pagamento de indenização a título de perdas e danos, ao argumento de que

Acesso ao Sumário

equivocados os valores empregados nos cálculos constantes do laudo pericial, sustentando subsidiariamente que a apuração da verba indenizatória em questão deve tomar por base apenas o intervalo de fevereiro de 2004 a maio de 2005, período no qual a sociedade teria sido efetivamente administrada pelos autores. No mais, ressaltam a circunstância de os adquirentes terem acompanhado as atividades da sociedade a eles onerosamente cedida por cerca de trinta dias antes da celebração do negócio translativo, acenando nessa linha com eventual ausência de cautela por parte deles no tocante ao exame da documentação da empresa. Refutam a configuração dos vícios de consentimento de dolo e lesão na espécie, mencionando a par disso a possibilidade de oscilação do faturamento de empresas em geral por inúmeros motivos, inclusive em função de falhas de gestão. Por derradeiro, negam terem agido de má-fé ao longo do processamento, opondo-se à sanção a tal título imposta e postulando além disso a redução da verba honorária advocatícia, que qualificam de excessiva. Batem-se, em conclusão, pelo acolhimento das preliminares suscitadas ou, no mérito, pelo julgamento de improcedência da demanda.

O recurso, que é tempestivo, foi recebido apenas no efeito devolutivo (fl. 345) e processado, manifestando-se os apelados em contrarrazões no prazo legal (fls. 349/354).

Registre-se ter sido o apelo distribuído originariamente à C. 7ª Câmara de Direito Privado, que dele todavia não conheceu, por entender ser o feito atribuição material de uma das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial (cf. v; acórdão de fls. 361/363). Veio então a apelação a ser redistribuída a esta C. 2ª Câmara especializada.

É o relatório.

Apreciado inicialmente o tema da competência recursal, aceita-se a redistribuição promovida, pois a matéria envolvida no litígio, relativa a contrato de trespasse de estabelecimento comercial e cessão de quotas sociais, é efetivamente de competência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, a teor do art. 6º, *caput*, da Resolução nº 623/2013 do TJSP.

Superado esse aspecto, conhece-se do agravo retido (fls. 153/152) reiterado nas razões recursais, interposto contra a r. decisão saneadora de fls. 150/151, relativamente aos capítulos em que rejeitadas as preliminares de inépcia da petição inicial e ilegitimidade *ad causam* passiva.

O recurso entretanto não vinga. A peça preambular traz exposição suficiente e compreensível no tocante à narrativa fática e aos fundamentos dos pedidos formulados, igualmente identificados em termos suficientemente claros, sendo certo outrossim que, ao contrário do quanto sugerido pelos recorrentes, a eventual ausência de instrução da exordial com elementos aptos a respaldar as pretensões por meio dela veiculadas não diz respeito com a aptidão formal da

Acesso ao Sumário

peça processual em questão, mas sim com o exame da própria pertinência da pretensão inicial.

Quanto à pretendida carência da ação, parte legítima certamente os réus são, bastando considerar para tanto que o pedido inicial de desconstituição de vínculo contratual tem por objeto negócio translativo no qual figuraram como alienantes, enquanto as pretensões indenizatórias dizem respeito a danos alegadamente advindos da relação jurídica em tais termos instituída, o que evidencia a pertinência subjetiva deles, réus, para a discussão processual em torno não apenas da subsistência do contrato em questão, mas também de sua própria responsabilidade civil.

Nega-se portanto provimento ao agravo retido.

Passando à matéria objeto do apelo, deixa-se antes de mais nada de acolher a alegação de cerceamento de defesa, visto que o direito a provas não é potestativo e não depende tão somente da manifestação de interesse da parte em tal sentido, senão da presença dos requisitos de admissibilidade da prova em si, dentre eles a relevância dos fatos a serem investigados; e, no caso, as matérias fáticas que os réus pretendem demonstrar - a saber, a circunstância de os adquirentes terem acompanhado as atividades da sociedade a eles onerosamente cedida por cerca de trinta dias antes da celebração do negócio translativo, além da relação aritmética entre preço e faturamento médio da empresa ordinariamente existente em hipóteses de venda de sociedades exploradoras de atividade lotérica - não é relevante para o desfecho da causa, não tendo nem mesmo em tese o condão de interferir no resultado do julgado, como em seguida se verá.

De todo modo, há que se ponderar que, mesmo se nulidade houvesse, não se justificaria sua proclamação para efeito de anulação de atos processuais, já que no mérito recursal a solução é favorável aos réus-apelantes, o que daria margem à aplicação da regra do art. 249, § 2º, do CPC/73 (vigente à época da prolação da r. sentença e correspondente ao art. 282, § 2º, do CPC/15).

Nessa linha, de se ressaltar desde logo a pertinência do inconformismo, assistindo razão aos recorrentes.

Pois bem. Conforme se depreende da petição inicial, os autores-adquirentes, acenando com a existência de vício oculto e *utilidade* inferior à por eles esperada - o que implicitamente remete à ideia de vício redibitório, previsto no art. 441, *caput*, do Código Civil -, buscam em juízo a *rescisão* de contrato translativo de estabelecimento comercial e cessão de quotas sociais, bem como o ressarcimento de danos alegadamente suportados em função de tal relação contratual, ao argumento não apenas de que não teriam auferido o lucro líquido, da ordem de R$ 10.000,00 (dez mil reais) mensais, que dizem prometido pelos réus para induzi-los à celebração do negócio pelo preço de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), mas também que os adquirentes teriam descumprido

Acesso ao Sumário

obrigação contratual de lhes entregar a integralidade da documentação contábil da sociedade (Lima e Bittencourt Lotérica Ltda.).

Ocorre que, nos estritos termos em que proposta a demanda e sobretudo à luz dos fundamentos em torno do qual estruturada a causa de pedir, nota-se que as irregularidades aventadas na preambular não correspondem a vício redibitório, na medida em que não se referem a deficiências inerentes ao próprio objeto do negócio translativo, dizendo respeito na verdade às hipóteses de dolo negocial (vício de consentimento), na parte concernente à aventada frustração dos ganhos financeiros que teriam sido assegurados pela parte contrária, e de inadimplemento, no que tange ao alegado descumprimento contratual.

Vale, aqui, invocar a lição de Sílvio de Salvo Venosa em torno da distinção entre o vício redibitório e os vícios de dolo e erro:

> "*Não se confunde o vício redibitório com o erro no negócio jurídico. No erro, o adquirente tem uma ideia falsa da realidade. A deficiência é subjetiva, emanada do próprio declarante da vontade. Se o erro é induzido intencionalmente pelo alienante ou por terceiros, o vício de vontade passa a ser o dolo. No erro, o adquirente recebe uma coisa por outra. O vício redibitório decorre da própria coisa, que é verdadeiramente desejada pela parte, e o adquirente não toma conhecimento do defeito, porque está oculto. No erro, o declarante forma uma convicção diversa da realidade, a coisa em si não é viciada; ocorre o oposto no vício redibitório. Quem compra um quadro falso, pensando que é verdadeiro, incide em erro. Quem compra um quadro que apresenta fungos invisíveis, e, após a aquisição, vem a mofar, está perante um vício redibitório. A distinção é importante, visto que gera consequências diversas, a começar por diferentes prazos de decadência.*" (Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, pp. 545/546, São Paulo: Atlas, 3ª edição, 2003)

E, delineada em tais moldes a questão, tem-se que a pretensão inicial declaradamente voltada à extinção do vínculo contratual não corresponde, em boa técnica, a pedido propriamente de *rescisão* contratual (conceito, segundo autorizada doutrina - Araken de Assis, *in* Resolução do contrato por inadimplemento, p. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2004 -, relacionado à "*abertura do negócio jurídico em razão de* defeito anterior *à contratação*"), mas sim de anulação do negócio jurídico, por vício de consentimento (art. 171, II, do Código Civil), ou, por outro lado e em termos claramente subsidiários, de resolução da avença, por inadimplemento imputado aos réus-alienantes (art. 475 do mesmo Código).

De todo modo, não seria o caso de reconhecimento de uma ou outra hipótese.

Com efeito, a mera enunciação por parte dos réus do lucro que seria

ordinariamente gerado pela empresa objeto do negócio entre as partes, a fim de incentivar os autores a adquirirem tal empreendimento, não revela a adoção de conduta que possa ser tida por inequivocamente ilícita, indicando na verdade simples explicitação da percepção subjetiva dos alienantes quanto aos resultados financeiros da pessoa jurídica, até mesmo porque de todo possível a confrontação da informação por eles transmitida com dados constantes da escrituração contábil da sociedade.

A par disso, a demonstrar que a ultimação do negócio translativo celebrado pelas partes não estava subordinado à obtenção de faturamento mínimo, salta aos olhos que o instrumento contratual relativo a tal avença não faz qualquer menção a eventuais ganhos que adviriam da sociedade empresária.

De mais a mais, tem-se ainda que os autores, ao adquirirem as quotas sociais e o estabelecimento empresarial antes mesmo de averiguarem pormenorizadamente a situação operacional da respectiva pessoa jurídica, deixaram por evidente de se cercar das cautelas usualmente adotadas em negócios dessa natureza, sendo notórios os riscos associados ao exercício de atividade empresária, os quais tornam incerta a obtenção de lucro.

Interessante outrossim a esse respeito a remissão a julgado da C. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial em hipótese análoga à dos autos:

> "*O negócio jurídico celebrado pelas partes - cessão de quotas da sociedade empresária denominada 40 Graus Comércio de Roupas Ltda. ME não se ressente de qualquer invalidade (aliás não pedida na inicial) e nem inadimplemento por obrigação não assumida pelos réus.*
>
> *O contrato, a despeito de sua manifesta simplicidade, compatível com o pequeno vulto econômico do negócio, regula as obrigações assumidas pelos contratantes.*
>
> *Não prevê, contudo, garantia mínima de faturamento mensal, pedra de toque do pedido inicial e suposta prestação descumprida pelos contratantes.*
>
> *Seria natural que se a existência de faturamento mínimo fosse eleita como causa do contrato, constasse de cláusula expressa e consensual.*
>
> *(...)*
>
> *Não se pode admitir, em relação jurídica entre empresários de pequeno porte, que as autoras se apresentem como ingênuas e hipossuficientes, e os réus como experientes e maliciosos.*
>
> *Não há no contrato qualquer promessa ou garantia de faturamento mínimo, e nem o porte da operação - trinta mil reais - induz a crença de lucros elevados, ou de recuperação do investimento a curto prazo.*
>
> *Assim sendo, não se cogita da anulação do negócio jurídico e muito*

Acesso ao Sumário

menos de inadimplemento dos réus por obrigação que não assumiram, mas sim de mera frustração das expectativas financeiras das autoras.

O fato de as autoras se dizerem inexperientes não as exime de tomar as precauções e cautelas elementares à celebração de um contrato de aquisição de quotas sociais. Como sabido, as decisões empresariais sempre embutem determinado risco, especialmente a aquisição de estabelecimento comercial, a qual traz ínsito o risco do fracasso da atividade, sujeita a múltiplos fatores e tendências do consumidor.

Dessa forma, a má decisão de contratar ou a percepção errônea do valor do negócio não merecem ser protegidos, caso não contenham as características do erro ou da lesão, com força para invalidar o consentimento.

(...)

No caso concreto, a simples afirmação da existência de determinado faturamento, ou de boa clientela, durante negociações preliminares entre comerciantes, mais parece prática usual do comércio, a ser considerada com cautela pelo destinatário.

Não há como se presumir que as autoras tenham sido ludibriadas por simples afirmações de bom faturamento, sem qualquer outra referência objetiva, ou inserção no contrato como sua causa determinante." (Ap. nº 0013989-08.2012.8.26.0114, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 4/11/14)

E não é só. Os autores tiveram a oportunidade de acompanhar o cotidiano do estabelecimento, estando junto ao desenvolvimento dos negócios por trinta dias antes da ultimação do contrato, não sendo crível que não estivessem a par das condições de funcionamento da atividade empresarial, bem como que não tenham tido oportunidade de verificar pormenorizadamente a contabilidade social, como é praxe em negócios dessa natureza.

Não há que se falar dessa forma em anulação ou resolução contratual, nem tampouco em devolução de valores desembolsados em função do negócio.

Do mesmo modo, também assiste razão aos réus-apelantes no tocante à outra verba indenizatória deferida aos autores, a qual tomou por base valores que dizem ter despendido para adequação do estabelecimento comercial ao quanto teria sido exigido pela Caixa Econômica Federal, administradora das loterias comercializadas pela sociedade cujas quotas constituem objeto do negócio translativo entre as partes, para continuidade do funcionamento da empresa.

Ora, o estabelecimento se encontrava, segundo consta dos autos, em regular operação quando da celebração do negócio translativo entre as partes, sendo certo além disso que os réus acabaram por negar em termos absolutos a existência da referida exigência por parte do banco administrador das loterias federais, que não restou demonstrada pelos adquirentes-apelados, aos quais

Acesso ao Sumário

cabia o ônus probatório correspondente, por envolver fato constitutivo do alegado direito indenizatório.

Por derradeiro, não se vislumbra a adoção na espécie de qualquer comportamento efetivamente contrário à ética processual por parte dos réus, não se justificando por essa razão as sanções por litigância de má-fé a eles impostas.

Reforma-se pois a r. sentença, para julgar improcedente a demanda no tocante aos pedidos de desconstituição do vínculo e bem assim no tocante às pretensões indenizatórias.

Ante o novo desfecho havido, ficam os autores condenados ao pagamento das custas e despesas processuais, com honorários advocatícios arbitrados em 10 % (dez por cento) do valor dado à causa, devidamente corrigido desde o ajuizamento.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao agravo retido dos réus e **dá-se provimento** ao apelo da mesma parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003461-61.2017.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes WERNER ARENDT e ANA MARIA DE ALMEIDA, Apelantes/Apelados MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA e LAERTE CAROLLO, são apelados SILVIA DI PAOLO e HIRYAN MEZZALIRA TEIXEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27780)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), SANDRA GALHARDO ESTEVES e CASTRO FIGLIOLIA.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

TASSO DUARTE DE MELO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL. Ação de responsabilidade civil extracontratual relacionada com direito de vizinhança. Competência da Terceira Subseção de Direito Privado deste E. Tribunal. Inteligência do Item III.13 c.c. o Item III.4 da Resolução n.º 623/13. Precedentes do C. Órgão

Acesso ao Sumário

Especial. Recurso não conhecido, com determinação.

VOTO

Trata-se de apelações interpostas por MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA (fls. 176/188), LAERTE CAROLLO (fls. 195/203) e WERNER ARENDT E OUTRO (fls. 219/228), nos autos da ação de reparação de danos, contra a r. sentença (fls. 159/167) proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível do Foro Regional do Jabaquara, Comarca da Capital, Dr. Fábio Fresca, que (a) revogou o benefício da gratuidade concedido à MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA, (b) julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer a responsabilidade civil extracontratual relacionada com direito de vizinhança e condenar WERNER ARENDT, ANA MARIA DE ALMEIDA e LAERTE SOARES CAROLLO à reparação de danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e (c) julgou parcialmente procedente o pedido deduzido em reconvenção para também reconhecer a responsabilidade civil extracontratual relacionada com direito de vizinhança e condenar MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA à reparação de danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 208/214, 230/235 e 242/245), todas pelo não provimento do recurso da parte contrária.

A Coapelante MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA foi intimada para comprovar os pressupostos para a concessão da gratuidade (fl. 248), nos termos do art. 99, § 7º, do NCPC.

É o relatório do necessário.

Nos termos do art. 103 do RITJSP, "A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la".

Na espécie, cuida-se de ação de responsabilidade civil extracontratual relacionada com direito de vizinhança, cujo pedido faz referência a "xingamentos, ofensas, até de conotação sexual, acusações mentirosas, sem qualquer prova e tem o total apoio dos últimos três réus, que agem da mesma forma continuando com as ofensas e comentários absurdos e vergonhosos com incitação à violência, como por exemplo: 'DA UM PAU NESSA VACA'; 'QUE HORROR'; 'EITA MULHER FEIA'; 'NÃO PERDE TEMPO COM ESTE TIPO DE PESSOA'; 'SÓ PODE SER UMA IDIOTA', 'POR SER UMA PUTA DIZENDO QUE É MACHO', 'SÓ PODE ESTAR COM COCAÍNA NA CABEÇA'." (fl. 3).

Não bastasse, os documentos que instruem o pedido inicial fazem referência a "ataque e depredação" (fl. 20), "tem raiva da nossa religião hoje foi com mangueira pois esqueci a janela aberta" (fl. 24), "baldes de água com

Acesso ao Sumário

a merda do cachorro dela" (fl. 28) e "jogar ovo" (fl. 31).

Assim, tratando-se de "**Ações** civis públicas, monitórias e **de responsabilidade civil contratual e extracontratual relacionadas com matéria de competência da própria Subseção**", matéria essa de "**Ações relativas a direito de vizinhança** e uso nocivo da propriedade", a competência para o julgamento do recurso é da Terceira Subseção de Direito Privado deste E. Tribunal, nos termos do Item III.13 c.c. o Item III.4 da Res. n.º 623/13.

Nesse sentido, o precedente do C. Órgão Especial:

"Conflito de competência - Câmaras da Seção de Direito Privado - **Apelação em ação de reparação de danos - Causa de pedir que se fundamenta no dano decorrente do uso anormal da propriedade - Direito de vizinhança - Resolução n° 194/04, art. 2º, III, 'c' - Matéria de competência das 25ª a 36ª Câmaras de Direito Privado** - Conflito procedente. Competência da 36ª Câmara de Direito Privado."

(TJSP, Órgão Especial, CC 0119339-36.2012.8.26.0000, Rel. Des. Corrêa Vianna, unânime, j. 19.09.12, destacou-se)

Também, o precedente deste Relator, Ap 0008182-78.2011.8.26.0037, unânime, j. 21.09.16.

Aliás, deve prevalecer a regra de competência *ratione materiae* sobre eventual prevenção, conforme precedentes do C. Órgão Especial deste E. Tribunal, CC 0022679-09.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ademir Benedito, unânime, j. 14.05.14, CC 0183287-49.2012.8.26.0000, Rel. Des. De Santi Ribeiro, unânime, j. 05.12.12, CC 0079720-02.2012.8.26.0000, Rel. Des. Corrêa Vianna, unânime, j. 27.06.12, CC 0291862-88.2011.8.26.0000, Rel. Des. Guilherme G. Strenger, unânime, j. 15.02.12, e CC 0268917-10.2011.8.26.0000, Rel. Des. Artur Marques, unânime, j. 23.11.11.

Deve ser assim por se tratar de critério de organização judiciária, com o escopo de realizar contínua e especializada prestação jurisdicional, devendo ser respeitados os critérios legais de distribuição.

Diante do exposto, não se conhece da apelação, devendo os autos ser encaminhados para nova distribuição.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000211-60.2018.8.26.0334, da Comarca de Macaubal, em que é apelante REGINALDO FERNANDES ARANHA, é apelada TELEFONICA BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

provimento parcial ao recurso, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26633)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA LOPES (Presidente) e JOÃO BATISTA VILHENA.

São Paulo, 9 de janeiro de 2019.

PAULO PASTORE FILHO, Relator

Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL - Interrupção, pela ré, do serviço de telefonia fixa instalado em propriedade rural - Falha na prestação de serviços caracterizada - Dano moral reconhecido pelo juízo de origem - Indenização arbitrada em R$ 5.000,00 - Cabimento do pedido de majoração, diante das circunstâncias do caso - Arbitramento em R$ 8.000,00, valor mais adequado para se sancionar a conduta do agente e conceder lenitivo à vítima - Pretensão do autor para fixação na sentença de multa diária para o cumprimento da obrigação consistente na religação e viabilização do fornecimento de serviço de telefonia fixa contratado - Descabimento - Medida de caráter processual que constitui faculdade do juiz, nos casos em que ele entenda necessária a sua fixação, e não imposição legal, que pode, inclusive, ser determinada, em fase de cumprimento de sentença - Inteligência do disposto nos arts. 536 e 537, ambos do Código de Processo Civil - Sentença mantida - Recurso provido em parte, 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 reforma da r. sentença de fls. 147/150, cujo relatório se adota, que julgou procedente o pedido formulado em ação de obrigação de fazer c.c. indenizatória, para: a) tornar definitiva a liminar para viabilização do fornecimento de telefonia fixa na propriedade rural do apelante; b) condenar a apelada ao pagamento ao apelante da quantia de R$ 5.000,00, a título de danos morais, acrescida de correção monetária e juros moratórios. Diante da sucumbência, foi atribuída a apelada o ônus de arcar com as verbas de sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da

Acesso ao Sumário

causa.

Afirma (fls. 168/171) que a r. sentença merece ser parcialmente reformada, porquanto, em primeiro lugar, deve ser arbitrada na sentença a multa pelo descumprimento da ordem de religação e de viabilização do fornecimento de telefonia fixa na propriedade rural do apelante, na medida em que o CPC impõe tal obrigatoriedade; depois porque o valor arbitrado a título de indenização por dano moral é insuficiente para reparar o transtorno sofrido em virtude do mau funcionamento do serviço de telefonia contratado, pedindo, por isso, a sua majoração para o montante de R$ 10.000,00.

A apelada apresentou contrarrazões (fls. 177/180), sustentando o acerto da r. decisão.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo no tocante à confirmação da tutela antecipada e no duplo efeito quanto ao mais (fls. 183), dispensado o preparo por ser o apelante beneficiário da gratuidade de justiça (fls. 97).

Não houve oposição à realização de julgamento virtual (fls. 185).

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Com efeito, inclusive diante da ausência de recurso por parte da apelada, não há dúvida de que ocorreu falha na prestação dos serviços de telefonia fixa contratados pelo apelante para sua propriedade rural, não obstante ele tenha notificado a apelada por diversas vezes para a necessidade da realização de manutenção da estrutura indispensável para o oferecimento do serviço adequado, e que tal circunstância acarretou a ele transtornos durante o período sem o serviço de telefonia, fato que impõe à apelada a obrigação de compor o dano moral que o consumidor assim sofreu.

Nesse sentido, resta apenas verificar se o valor arbitrado a título de indenização por danos morais está adequado à situação dos autos.

É cediço que para a fixação do valor da indenização por danos morais é preciso levar em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de forma que o montante deve ter o poder de inibir a prática de novo ato lesivo, sem se constituir num prêmio ou mesmo numa fonte de riqueza para a vítima.

Acesso ao Sumário

No caso, considerando-se os transtornos que a situação causou ao apelante, haja vista os inúmeros pedidos para reparação do defeito apresentado em sua linha telefônica não atendidos de modo eficiente, o lapso temporal de indisponibilidade do serviço, a idade do recorrente, que à época do ocorrido, possuía 80 anos de idade e o fato de ele residir na propriedade rural onde está instalada a linha telefônica, necessitando evidentemente do respectivo serviço para as suas atividades cotidianas ou, até mesmo, para eventuais ligações de emergência, respeitado o entendimento adotado na r. sentença, entende-se que o valor indenizatório arbitrado em R$ 5.000,00 está, de fato, um tanto aquém

daquele que possa sancionar a conduta da apelada e conceder lenitivo ao apelante.

Mais adequado, assim, que a indenização seja majorada para a quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais), valor que se afigura proporcional ao evento e suas consequências e que, atendendo aos parâmetros acima, melhor reprova a conduta abusiva da apelada e concede alento ao apelante.

Registre-se, em benefício da clareza, que, na presente hipótese, ante o proclamado pela Súmula 362 do C. STJ, a atualização monetária do valor indenizatório deverá incidir a partir da data do acórdão, e os juros moratórios serão acrescidos na forma já estabelecida em primeiro grau.

No que se refere à pretensão de fixação na sentença de multa diária para o cumprimento da obrigação consistente na religação e viabilização do fornecimento de serviço de telefonia fixa contratado, não tem razão o apelante.

Isso porque, conforme disposto nos arts. 536 e 537, ambos do CPC, a multa coercitiva constitui uma faculdade do juiz, nos casos em que ele entender necessária a sua aplicação, e não uma imposição da lei, podendo ela ser fixada a qualquer tempo, independentemente de requerimento, inclusive na fase de cumprimento de sentença, de modo que nada tem de ilegal a sua não fixação na sentença.

Em vista dessas circunstâncias, a hipótese é de se reformar em parte a r. sentença, apenas para que seja majorado o valor da indenização por danos morais.

Tendo em vista a sentença recorrida haver sido publicada já na vigência do novo Código de Processo Civil, imperativa a aplicação do art. 85 do referido *Codex*, que, em seus §§ 1° e 11, prevê a majoração dos honorários advocatícios na fase recursal.

Como leciona o casal Nery: "*O juiz de primeira instância, ao estipular o percentual dos honorários, não tem como saber se haverá recursos que demandarão mais trabalho do advogado. Porém, não se pode deixar de remunerar esse trabalho, sob pena de violação do princípio constitucional da justa remuneração (CF 7°) (Lopes. Honorários, p. 189)*" (NERY JUNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de processo civil. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, nota 42 ao artigo 85, § 11, p. 437).

Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, em seus Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil, acrescentam, ainda, no tocante ao § 11, que: "*Esse dispositivo busca atingir duas finalidades: (i) a primeira delas consiste na tentativa de impedir recursos infundados e meramente protelatórios, pois a parte que desta forma agir sofrerá imposições pecuniárias adicionais; (ii) de outro lado, quer-se que haja a remuneração gradativa do trabalho do*

Acesso ao Sumário

advogado. (...) A regra, portanto, apresenta dúplice caráter, tanto punitivo como remuneratório", especialmente porque se acrescentou à Redação do Senado Federal "a possibilidade de fixação de honorários advocatícios para as hipóteses em que, além de improvido, o recurso seja provido" (2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 191, notas 7.1 a 7.3 ao art. 85).

Dessa forma, e considerando-se que os honorários foram arbitrados pela sentença em 10% sobre o valor da causa, ficam eles majorados para 15% sobre o referido montante atualizado.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, majorados os honorários advocatícios arbitrados em favor do patrono do apelante, nos termos acima lançados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000157-92.2018.8.26.0270, da Comarca de Itapeva, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado CREUSA APARECIDA DA SILVA ALMEIDA (INTERDITADA) (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.911)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 15 de janeiro de 2019.

SEBASTIÃO FLÁVIO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de indenização por danos materiais e morais. Contrato bancário. Resgate de precatório efetuado por terceiro, dele não beneficiário. Fraude. Comprovação. Responsabilidade objetiva da instituição financeira. Reconhecimento. Dano material. Necessidade de indenização a esse título. Valor indevidamente resgatado que deve ser pago à autora, beneficiária do precatório. Dano moral evidenciado. Precatório de cunho alimentar. Valor da indenização que não comporta alteração. Procedência

dos pedidos. Sentença mantida. Apelação denegada.

VOTO

Trata-se de ação de condenação à indenização por danos materiais e morais reportada a contrato bancário cuja sentença assentou a procedência dos pedidos. Com isto, a ré foi condenada ao pagamento do valor de R$46.734,44, por danos materiais, corrigido desde o pagamento indevido, e o valor de R$5.000,00, por danos morais, corrigido desde a fixação dessa indenização.

A mesma decisão assentou que ambas as verbas serão acrescidas de juros de mora devidos desde a citação. Por força da sucumbência, a ré foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Apela a ré para a reforma da decisão de primeiro grau e o faz sob o fundamento de que a autora não é sua cliente e o resgate do precatório efetuado seguiu todos os procedimentos exigidos pelas normas do Banco Central, de modo que é incabível a restituição de valores.

Argumenta com a inexistência de danos materiais, notadamente porque a alegação autoral é a de que teria deixado de receber os valores relativos ao precatório, o que, todavia, não procede, dado que o pagamento foi efetuado a quem detinha o documento de identificação satisfatório.

A respeito dano moral, afirma que não há comprovação de que a autora tenha sofrido qualquer sofrimento, especialmente porque não houve a descrição, na inicial, em que aquele consistiu. Contudo, caso seja mantida essa condenação, pugna a ré pela redução do "quantum".

Recurso regularmente processado.

É o relatório, adotado o da r. sentença quanto ao mais.

Os fatos da causa estão satisfatoriamente comprovados, no sentido de que terceira pessoa, munida de documentos falsos em nome do curador da autora, resgatou o valor do precatório RPV, soma em dinheiro devida em virtude da ação de cunho previdenciário em que aquela se saiu vencedora na Justiça Federal.

Assim é que a ré não obteve êxito em esclarecer como alguém que reside e pratica os atos da vida civil na cidade de Itapeva, comarca por onde tramitou a ação previdenciária que deu origem ao precatório em questão, dirige-se à agência de cidade diversa, a de Mococa, para resgatar o respectivo. Não bastasse, a ré também agiu com falha na prestação dos seus serviços quando não verificou os documentos do fraudador, ou seja, não fez o cotejo entre estes e os de seus arquivos, notadamente para cotejar as rubricas lançadas.

Em razão da curatela da autora, o representante do Ministério Público atuou no feito e opinou pelo não provimento do recurso, dada a induvidosa

Acesso ao Sumário

prova de falha na prestação dos serviços e o pagamento do precatório à pessoa que não era dele beneficiaria.

A responsabilidade da ré é objetiva. Assim é que, verificado o nexo de causalidade, a reparação do dano é devida. O material está comprovado, de modo que a ré deve pagar a autora o valor do precatório, de R$46.734,44.

Os dissabores suportados, também, não podem ser considerados corriqueiros. A autora é portadora de deficiência mental, tanto que seu esposo é seu curador. Dos autos se infere que ela necessita de tratamentos que não são garantidos pelo Sistema Único de Saúde, ou seja, tratamento particular. Além disto, o precatório era decorrente de ação previdenciária, de cunho alimentar, circunstância, por si só, que já é presuntiva de dano "in re ipsa".

O valor de R$5.000,00 fixado pelo juízo sentenciante não comporta alteração. Atente-se que não caberia à autora formular pedido recursal, em sede de contrarrazões, com o intuito de majorar esse valor, pois deveria tê-lo feito em recurso de apelação.

Em resumo, o acervo probatório é seguro para a manutenção da procedência dos pedidos. E, por força do artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, impõe-se a majoração da verba honorária advocatícia em favor do patrono da autora em 5%, o que totaliza 15% sobre o valor da condenação.

Em face do exposto, pelo meu voto, é negado provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1063889-72.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNITED AIR LINES INC, é apelada BEATRIZ STEIN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 6302)**

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

São Paulo, 18 de janeiro de 2019.

JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - Ação de reparação de danos - Atraso de mais de 24 horas no voo de volta para

o Brasil - Ausência de assistência aos passageiros - Sentença de procedência que condenou a empresa aérea ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 - Apelação da ré - Suposta manutenção da aeronave não exime a companhia aérea de sua responsabilidade, a qual é objetiva - Fortuito interno - Falha na prestação do serviço - Dano moral "in re ipsa" - Obrigação de indenizar configurada - Quantum indenizatório adequado às peculiaridades do caso - Valor de R$ 10.000,00, arbitrado a título de danos morais, que não comporta redução - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de "ação de reparação de danos" proposta por **BEATRIZ STEIN** contra **UNITED AIR LINES INC.**

Narra a autora que: 1. adquiriu, junto à empresa ré, passagem aérea com destino a Orlando/EUA, tendo a ida ocorrido aos 30.05.2018 enquanto o retorno se daria em 15.05.2018 (*sic*), às 19h06; 2. na ocasião do embarque para a volta ao Brasil, em decorrência de inúmeras informações desencontradas e percalços causados pela requerida, houve atraso de mais de 24 horas; 3. nesse período, não recebeu a adequada assistência, conforme estava a demandada obrigada a prestar.

Requereu a condenação da UNITED AIR LINES ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em R$15.000,00.

Citada, a ré ofertou contestação às fls. 29/39, alegando que a morosidade se deveu à manutenção da aeronave, bem como que prestou o auxílio necessário aos passageiros, inexistindo dever de indenizar.

Sobreveio, então, a r. sentença ora guerreada, julgando procedente o pleito exordial para condenar a companhia aérea ao pagamento de R$10.000,00, porquanto a situação vivenciada excede o mero dissabor e a delonga não foi justificada.

Por fim, imputou à ré o enfrentamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Irresignada, recorre a demandada, alegando, em síntese, que: (i) não houve dano no caso em testilha; (ii) toda a assistência veio a ser fornecida aos usuários; (iii) o atraso ocorreu por necessidade de manutenção da aeronave.

Requer a reforma do r. *decisum* vergastado para que seja julgada improcedente a ação, ou, subsidiariamente, reduzido o *quantum* indenizatório.

Contrarrazões às fls. 104/117.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O inconformismo não comporta acolhimento.

Conforme se depreende dos autos, ocorreu atraso de mais de 24 horas entre o horário previsto e o efetivo embarque para a volta ao Brasil. Sobre isso não há controvérsia. A justificativa da ré consiste na necessidade de manutenção da aeronave.

Todavia, não há efetiva comprovação do motivo alegado, porquanto o único documento exibido para tal finalidade se trata de um "printscreen", juntado à fl. 63, com singela informação de retorno da aeronave ao solo, o qual, além de não passar de mera tela sistêmica unilateral, não explica efetivamente o ocorrido nem as suas razões.

Não bastasse, ainda que fosse o caso de manutenção da aeronave, o certo é que o episódio, inerente ao próprio risco da atividade, consubstanciaria mero fortuito interno, não afastando a falha na prestação do serviço nem a responsabilidade da companhia aérea pelos prejuízos ocasionados.

Nesse sentido, eis precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> "*Ação de indenização por danos morais e materiais - Transporte aéreo - Cancelamento de voo nacional, ocasionando a chegada da passageira ao destino com atraso de nove horas - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Prestação de serviços inadequada importando em responsabilidade objetiva da companhia aérea (art. 14 do CDC) -* ***Genitores da autora adquiriram passagem aérea de Salvador para São Paulo com o voo cancelado por alegado problema técnico - Falha na prestação de serviço - Fortuito interno - Fato inerente ao próprio risco da atividade empresarial do transporte aéreo - Inocorrência de caso fortuito ou força maior a excluir a responsabilidade civil da transportadora*** *- Dano moral evidenciado na hipótese - Indenização arbitrada em consonância com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade - Recurso negado. Juros de mora - Dano moral - Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros de mora incidem desde a citação e não do arbitramento - Jurisprudência do STJ - Recurso negado. Recurso negado.*" (Apelação 1032928-51.2018.8.26.0100; Rel. Des.: Francisco Giaquinto; 13ª Câmara de Direito Privado; j. 30/11/2018) - sem destaques no original.

Por outro lado, o argumento de que a lentidão não é evento grave, em

Acesso ao Sumário

virtude de suporte fornecido pela ré aos passageiros, também não vinga.

Consoante narrativa exordial, a companhia aérea se limitou a ofertar aos consumidores "voucher" de U$10,00 para alimentação.

A demandada, em sede de contestação e razões de apelação, não rebate diretamente os argumentos da autora, restringindo-se a defender que todo o auxílio possível foi disponibilizada, sem trazer elemento algum de prova que sustente tal assertiva.

Logo, conclui-se que, além do retardamento significativo, a requerente ainda teve de experimentar o descaso da empresa ré.

Nessa toada, atrasos prolongados em voos, a exemplo do configurado na hipótese em testilha, em que aos consumidores não são ofertados locais condizentes de descanso nem alimentação apropriada, constituem falha na prestação de serviço de transporte, sendo os passageiros submetidos a estresse psicológico, constrangimento, desalento, transtornos e desconforto.

Tal quadro, por sua vez, gera a obrigação de indenizar por danos morais, cuja prova conforma-se com a mera demonstração do ilícito, haja vista que, na espécie, a responsabilização do agente causador opera-se por força do simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).

Em suma, presente a significativa demora e se encontrando tal irregularidade associada à falta de devida assistência, resta afastado o argumento da companhia aérea ré, no sentido de que não há dano *in casu* a ser ressarcido.

No tocante ao *quantum* indenizatório, não se olvida de que a justa reparação dos danos morais deve abranger três vertentes: a primeira, de caráter punitivo, objetivando penalizar o causador da lesão pela ofensa que praticou; a segunda, de caráter compensatório, que proporciona ao ofendido algum bem em contrapartida ao mal sofrido, e a terceira, de caráter dissuasório ou preventivo, que busca dissuadir o responsável pelo dano a cometer novamente a mesma modalidade de violação e prevenir que outra pessoa pratique ilícito semelhante.

Com relação ao valor do ressarcimento, Maria Helena Diniz ensina que:

"*A fixação do 'quantum' competirá ao prudente arbítrio do magistrado de acordo com o estabelecido em lei, e nos casos de dano moral não contemplado legalmente, a reparação correspondente será fixada por arbitramento (CC, art. 1553, RTJ 69/276, 67/277). Arbitramento é o exame pericial tendo em vista determinar o valor do bem, ou da obrigação, a ele ligado, muito comum na indenização dos danos. É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Na avaliação do dano moral o*

Acesso ao Sumário

órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral, o juiz determina, por equidade, levando em contra as circunstâncias de cada caso, o quanto da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência"(Maria Helena Diniz *in* Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 7, "Responsabilidade Civil", 5ª edição, p. 78/79).

Em outros termos, para o arbitramento do montante indenizatório deve-se levar em conta o bem jurídico lesado, a magnitude do dano, as condições da vítima, o perfil do ofensor, o seu grau de culpa bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Há que prevalecer, em meio à análise de todos esses elementos, o prudente arbítrio do julgador, a quem cabe evitar que a condenação, por um lado, represente enriquecimento ilícito e, por outro, perca a sua tríplice finalidade.

A respeito, merece destaque o entendimento firmado pelo Exmo. Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira:

"*Recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso*" (Resps. números 214.381-MG; 145.358-MG e 135.202- SP)

Calcando-se em tais balizas, infere-se que o importe fixado na r. sentença, ou seja R$ 10.000,00 (dez mil reais), guarda razoabilidade com os percalços e dissabores vivenciados, sobretudo pelo tempo de morosidade e ausência de amparo, encontrando-se, igualmente, em paridade com os limites delineados pelos arts. 19 e 22 da Convenção de Montreal (4.150 DES, que correspondem, atualmente, ao valor de R$22.267,38).

Acesso ao Sumário

Respaldando a indigitada cifra, colaciona-se jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

"*RESPONSABILIDADE CIVIL - Dano moral - Transporte aéreo - Voo Nacional - Cancelamento* - ***Transtornos advindos da falha na prestação de serviço pela ré que ultrapassaram meros dissabores ou aborrecimentos, configurando efetivo dano moral 'in re ipsa' - Fixação do 'quantum' indenizatório em R$ 10.000,00 que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para o caso concreto, não provocando um enriquecimento sem causa ao autor*** - *Preliminar rejeitada - Apelação não provida.*" (Apelação n. 1009546-

86.2014.8.26.0482, Rel. Des. Roque Antonio Mesquita de Oliveira, 18ª Câmara de Direito Privado, j. 22.07.2015) - original sem negrito;

"*APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO EM VOO INTERNACIONAL. OVERBOOKING. Sentença de procedência. Recurso da companhia aérea. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Requerida fornecedora de serviço - Relação de consumo configurada. Código de Defesa do Consumidor prevalece sobre as convenções internacionais e sobre o Código Brasileiro de Aviação. Jurisprudência do STJ. Falha na prestação do serviço pela companhia aérea deve ensejar a compensação pelos danos materiais e morais experimentados. Alegação de más condições meteorológicas não comprovadas - Ausente qualquer excludente de responsabilidade.* ***DANOS MORAIS. Configuração 'in re ipsa', diante dos abalos experimentados pelos autores em razão do longo atraso no voo e das dificuldades dele decorrentes - Jurisprudência. Situação que extrapolou o mero dissabor cotidiano, maculando moral e psicologicamente os consumidores. Duplo caráter da condenação - Justa compensação pelo abalo sofrido, além de causar à recorrida prejuízo financeiro suficiente para inibir a reincidência na conduta lesiva - Doutrina. Manutenção em R$ 10.000,00 para cada requerente, nos termos da jurisprudência desta Câmara e dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.*** *DANOS MATERIAIS. Comprovação, pelos autores, dos gastos com hospedagem, transporte e alimentação - Dever da requerida de ressarcir os valores despendidos. RECURSO IMPROVIDO.*" (Apelação n. 1004733-61.2015.8.26.0100, Rel. Des. Silvia Maria Facchina Esposito Martinez, 24ª Câmara de Direito Privado, j. 27.10.2016) - sem destaque no original.

"*AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Danos morais e materiais. Transporte aéreo. Viagem internacional. Atraso no voo de conexão. Remarcação do retorno para o dia seguinte Réu que prestou assistência parcial, custeando hotel e parte da alimentação aos autores. Postulantes que foram privados de suas bagagens e tiveram que adquirir roupas para suportar o frio. Reparação por danos morais. Montante majorado de R$ 8.000,00 para R$ 15.000,00. Sentença parcialmente reformada Recurso parcialmente provido.*" (Apelação n. 4013764-94.2013.8.26.0562, Rel. Des. Spencer Almeida Ferreira, 38ª Câmara de Direito Privado, j. 25.03.2015).

Diante dessas considerações, de rigor a rejeição do clamor recursal, uma vez que configurada a existência de danos morais, cuja indenização foi estipulada em *quantum* condizente com as balizas doutrinárias e jurisprudenciais.

Tratando-se de r. sentença publicada sob a vigência da novel legislação processual civilista, majora-se a remuneração dos patronos da parte vencedora

Acesso ao Sumário

(autora) ao percentual de 15% sobre o montante condenatório, conforme preceitua o art. 85, §11, do CPC/2015.

Ressalta-se que toda a matéria devolvida no apelo se encontra prequestionada, com a ressalva de que o juiz não está obrigado a mencionar expressamente todos os pontos suscitados pelas partes, tampouco a citar as normas aventadas, bastando que o recurso tenha sido fundamentadamente apreciado.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001919-76.2005.8.26.0025, da Comarca de Angatuba, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, são apelados ROBERTO CARLOS LASAS e BALIS LASAS FILHO.

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 34278)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI (Presidente sem voto), MARIO DE OLIVEIRA e CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA.

São Paulo, 14 de janeiro de 2019.

JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. Execução por título extrajudicial. Cédula de crédito rural. Inocorrência de causa valide de suspensão do processo executivo. Hipótese em que houve a citação dos executados e foram localizados bens penhoráveis, não se cogitando de aplicação ao caso do artigo 921, do Código de Processo Civil. Incidência do prazo prescricional trienal (artigo 70, do Decreto n. 57.663/66). Situação diversa daquela em que os executados não são encontrados para citação, nem localizados bens passíveis de penhora. Desídia do credor que não encetou as providências que lhe incumbiam, deixando o feito paralisado por prazo

superior ao inscrito na aludida norma legal, conquanto estivesse em condições de regular prosseguimento. Reconhecimento da prescrição intercorrente. Extinção do processo executivo decretada. Sentença mantida. Recurso improvido.

Dispositivo: negaram provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 268/270, de relatório adotado, que, em execução por título extrajudicial, reconheceu a prescrição intercorrente e julgou extinto o processo, com fundamento no artigo 924, V, do Código de Processo Civil.

Sustenta o recorrente, em síntese, que a fluência do prazo prescricional deve ter por termo inicial a data de vigência do novo Código de Processo Civil, acrescentando que imprimiu regular andamento ao feito, não se configurando inércia de sua parte, a par do que não corre o lapso extintivo enquanto estiver o processo suspenso ante a inexistência de bens penhoráveis.

O recurso é tempestivo, foi preparado e respondido.

É o relatório.

Cuida-se de execução por título extrajudicial, fundada em cédula de crédito rural pignoratícia (fls. 16/19), em que houve regular citação dos executados, que ofereceram bens a penhora (fls. 61); posteriormente, em pesquisa junto ao Detran, foram localizados veículos em nome dos devedores, requerendo o exequente a penhora destes bens (fls. 215); deferido o bloqueio pelo sistema Renajud, determinou o juiz o recolhimento da verba de condução do oficial de justiça (fls. 216); no entanto, decorrido o prazo para tanto, manteve-se o exequente inerte (fls. 219), sendo então determinado o arquivamento dos autos (fls. 220), em 08 de maio de 2013, tendo o recorrente se manifestado nos autos apenas no dia 21 de junho de 2017 (fls. 227), para requerer novas pesquisas de bens dos executados.

Foi determinada a intimação do credor para manifestar-se acerca da eventual ocorrência da prescrição (fls. 259), sobrevindo o pronunciamento de fls. 2645.

E o recurso não comporta provimento.

É que, no caso, não há se cogitar de suspensão do curso do processo, eis que não se aplicam à espécie quaisquer das hipóteses previstas no artigo 921, do Código de Processo Civil, que autorizariam a suspensão do trâmite do feito executivo, até porque, na espécie, houve a citação dos executados, existia penhora formalizada, sendo certo que, a despeito de o processo encontrar-se em condições de regular prosseguimento, ficou paralisado de maio de 2013 a junho

Acesso ao Sumário

de 2017, por desídia exclusiva do exequente.

Bem por isso, não tem fomento o pleito de aplicação ao caso da suspensão do processo executivo a que alude o artigo 921, III, do Código de Processo Civil, vez que não foi determinado o sobrestamento do trâmite do feito pelo juiz da causa por inexistência de bens penhoráveis em nome dos devedores, mas, ao contrário, instado o exequente a dar regular andamento ao feito, manteve-se inerte, valendo destacar que, em nenhum momento, durante a paralisação do processo, manifestou o credor o propósito efetivo do seu prosseguimento, tendo o processo permanecido sem movimentação por sua exclusiva desídia.

Estabelecido, assim, que não houve regular suspensão do curso do processo executivo, bem é de ver que incide no caso o prazo prescricional trienal a que alude o artigo 206, § 3º, VIII, do Código Civil, porquanto se cuida aqui de execução fundada em cédula de crédito rural.

Logo, dúvida não há remanescer no sentido de que a prescrição intercorrente consumou-se na espécie, já que decorrido o prazo prescricional de três anos, razão pela qual era mesmo de rigor reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente, já que, a despeito da notícia nos autos da existência de bens penhoráveis, permaneceu o processo executivo paralisado [muito embora estivesse o feito em condições de regular prosseguimento] por prazo superior a três anos, sem que no período tivesse ocorrido qualquer causa suspensiva do lapso extintivo.

Cumpre assentar, para que não se alegue omissão, que foi cumprida no caso a regra a que alude o artigo 10, do Código de Processo Civil, a par do que o termo inicial do prazo prescricional na espécie não é o apontado pelo artigo 1056, do Código de Processo Civil, porquanto, como assinalado, não foi o trâmite da execução suspenso por falta de citação ou localização de bens dos devedores (CPC, 921, III), mas, sim, por desídia exclusiva do exequente.

Em suma, reconhecida a desídia do credor em implementar as providências que lhe competiam, deixando o processo executivo paralisado por prazo superior ao lapso prescricional trienal a que alude o artigo 206, § 3º, inciso VIII, do Código Civil, impunha-se mesmo a declaração da ocorrência da prescrição intercorrente da execução, correta, portanto, a r. sentença que julgou extinto o processo. Elevo os honorários devidos ao advogado dos executados, em virtude do trabalho adicional realizado na etapa recursal (fls. 288/293), para 12% sobre o valor atualizado da causa.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4002738-31.2013.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante SIDNEI DE JESUS ANASTACIO, é apelado BANCO PAN S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28678)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NELSON JORGE JÚNIOR (Presidente) e ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA.

São Paulo, 21 de janeiro de 2019.

FRANCISCO GIAQUINTO, Relator

Ementa: Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais - Julgamento de improcedência - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Mérito - Alegação de indevida cobrança de débito de financiamento de veículo quitado pelo autor - Falta de verossimilhança - Conjunto fático-probatório denota o autor, estando inadimplente de parcelas de contrato de financiamento de veículo, procurou a financeira ré e reparcelou o saldo devedor, originando-se novo instrumento contratual, cujas prestações também não foram quitadas, gerando saldo devedor a legitimar a cobrança e negativação - Prova grafotécnica conclusiva de legítima a assinatura do autor constante do referido contrato de reparcelamento do débito - Réu comprovou a existência de relação jurídica contratual válida entre as partes e a origem da dívida - Legitimidade da cobrança, em exercício regular de direito do credor - Ausência de ato ilícito praticado pela financeira - Danos morais não evidenciados.

Litigância de má-fé - Condenação do autor ao pagamento de indenização por litigância de má-fé - Cabimento - Evidenciada a atuação temerária do autor, procurando alterar a verdade dos fatos, ao pretender declaração de inexigibilidade de débito comprovadamente por ele contraído - Finalidade de

Acesso ao Sumário

obter vantagem indevida com o processo - Violação dos deveres de boa-fé e lealdade processual - Improbus litigatur - Inteligência do art. 80, II c.c. art. 81, NCPC Precedentes jurisprudenciais.

Recurso negado.

VOTO

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenizatória por danos morais, ajuizada por **SIDNEI DE JESUS ANASTACIO** em face de **BANCO PAN S/A**, julgada improcedente pela r. sentença de fls. 437/441, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor da causa, observada a justiça gratuita concedida, além de indenização de 10% do valor da causa por litigância de má-fé.

Apela o autor (fls. 443/452), alegando, em preliminar, cerceamento de defesa, diante do julgamento antecipado da lide sem a necessária designação de audiência de instrução e julgamento "*a fim de que seja esclarecido em audiência em que circunstâncias se deu o alegado 2º (segundo) contrato de alienação fls. 137 (16.05.2012 a 16.04.2016), e após esclarecido isto em audiência, seja julgado por este E. Tribunal*" (fl. 448). No mérito, sustenta, em apertada síntese, firmou com o réu apenas o contrato de financiamento em 16/3/2008, cujas prestações foram totalmente quitadas, desconhecendo a origem do segundo contrato, objeto de cobrança pela financeira. Foi emitida carta de quitação e transferência da propriedade do veículo ao autor, impossibilitado o réu de indevidamente postular por dívida quitada. A pretendida cobrança em duplicidade revela ato ilícito, passível de reparação por danos morais. Alega, por fim, que o ajuizamento de ação questionando débito não revela má-fé, por garantido constitucionalmente o acesso ao Judiciário para preservação de direitos, devendo afastar-se a cominação por litigância improba. Pugna pelo provimento do recurso.

Acesso ao Sumário

Recurso que se processa no duplo efeito e respondido.

É o relatório.

VOTO.

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais, consubstanciada na tese inicial de indevida negativação por dívida de financiamento quitado pelo autor.

Narrou o requerente, na inicial, firmou em 16/3/2008 contrato de financiamento de veículo com o réu, cujas prestações foram totalmente quitadas.

Ressalta ajuizou ação no JEC de Catanduva em face do réu buscando a repetição de valores de tarifas administrativas indevidamente cobradas pela

financeira, julgada procedente, tendo o Banco cumprido a sentença, extinguindo-se aquele processo.

Entretanto, apesar de adimplida a totalidade das parcelas do mencionado financiamento, o requerido injustificadamente encaminhou novo carnê para pagamento de 48 prestações mensais de R$351,06, com vencimento da primeira parcela em 16/5/2012, cuja origem da dívida não reconhece, além de negativar o seu nome em 16/1/2013.

Procurou solucionar o impasse administrativamente, sem sucesso, persistindo o requerido na cobrança da dívida.

Pleiteou a procedência da ação declarando-se a inexigibilidade do débito, exclusão de seu nome dos órgãos de inadimplentes e condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais.

A ação foi julgada improcedente pela r. sentença apelada, reputando-se o autor litigante de má-fé, condenando-o ao pagamento de indenização de 10% do valor da causa, nos termos do art. 81 do CPC.

Rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa.

As provas produzidas já se mostravam suficientes ao deslinde da controvérsia, inexistindo ofensa ao princípio da ampla defesa em decorrência do julgamento antecipado da lide sem a designação de audiência para oitiva do representante legal do Banco réu, até porque a prova oral não suplantaria a documental produzida.

Ademais, conforme sedimentada jurisprudência do STJ: "***O entendimento desta Corte com relação à tese de cerceamento de defesa é no sentido de que a necessidade de produção de determinadas provas encontra-se submetida ao princípio do livre convencimento do juiz, em face das circunstâncias de cada caso. Precedentes***" (AgRg no REsp 1.417.396/RO, Min. Sidnei Beneti, 3T, j. 22/4/2014).

No mérito, nega-se provimento ao recurso.

Aplica-se ao caso o CDC, na medida em que o serviço prestado pelo réu se insere no contexto das relações de consumo, na qual se enquadra o autor como destinatário final, nos termos do art. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90.

Entretanto, apesar da relação consumerista existente, não se evidencia fundamento suficiente para 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), justificando-se a sua aplicação nos casos em que o fornecedor possui maior facilidade na obtenção das fontes de prova do caso questionado.

Acesso ao Sumário

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).

Não se evidencia verossimilhança das alegações iniciais.

O conjunto fático-probatório demonstra a existência de legítimo negócio jurídico contratual entre as partes e a origem do débito negativado.

No caso, o autor firmou com a financeira ré, em 16/12/2008, contrato de financiamento de veículo **nº 34362153**, para pagamento em 48 prestações mensais de R$362,52 (fls. 369/375).

Inadimplente com relação ao referido financiamento, o requerente procurou a financeira ré para reparcelamento do saldo devedor, através do contrato **nº 49036879**, firmado em 11/4/2012, avençando-se pagamento em 48 prestações de R$351,06 (fls. 391/394).

Todavia, o autor também deixou de satisfazer as prestações do referido reparcelamento (contrato nº 49036879), gerando saldo devedor a legitimar a cobrança e negativação.

A propósito, aduziu o requerido: "*A parte autora firmou o primeiro contrato de nº 34362153 com o Banco Requerido para financiamento do veículo Fiat Pálio e ficando inadimplente procurou o Banco novamente realizando o reimplante do primeiro contrato, ou seja, gerando o segundo contrato de nº 49036878. Este reimplante nada mais é que o encerramento do primeiro contrato através de sua quitação com a celebração de um novo contrato (ora discutido) e o reparcelamento do saldo emprestado, ou seja, não houve refinanciamento ou um segundo contrato. Vejamos que os valores de empréstimos são os mesmos, mas com uma diferença para menor em relação às parcelas, uma vez que houve determinação judicial no processo nº 132.01.2011.013668-9, para abatimento das tarifas cobradas*" (fl. 367).

Acesso ao Sumário

Diante da alegação do requerente de falsidade das assinaturas lançadas no instrumento contratual questionado, o Juiz de Direito determinou a produção de prova grafotécnica, sobrevindo laudo pericial conclusivo no sentido da autenticidade da assinatura do autor no contrato nº 49036879 (fls. 302/320).

Concluiu o perito: "***Considerando que o grafismo aposto nos documentos questionados corresponde aos padrões de grafia reconhecidamente de autoria***

do Sr. Sidnei de Jesus Anastácio, em todos os elementos relevantes, como forma, tamanho, proporção, regularidade, inclinação, alinhamento, ligação, angulação, ataques, remates, pressão e velocidade, resta concluído que: A ASSINATURA APOSTA NOS DOCUMENTOS QUESTIONADOS É AUTÊNTICA" (fl. 316).

Portanto, os elementos concretos de prova, ao contrário do afirmado pelo autor, denotam existir válida relação jurídica contratual entre as partes, comprovando-se a origem da dívida (contrato nº 49036879, de 11/4/2012), sendo lícita, portanto, a cobrança e negativação do nome do autor apelante, em exercício regular de direito do credor (art. 188, I, do C. Civil).

Por corolário, diante da inexistência de falha na prestação de serviços da financeira ré, não há falar em configuração de danos morais passíveis de indenização.

A r. sentença recorrida não comporta qualquer censura ao reputar o autor apelante litigante de má-fé.

Não se questiona o constitucional direito de ação, garantia fundamental de todo o cidadão, insculpido no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, devendo-se, todavia, coibir o desvio de conduta no exercício desse direito.

Na hipótese vertente, o conjunto probatório dos autos demonstrou a efetiva existência de relação jurídica contratual válida entre as partes, consubstanciada em contrato de financiamento de veículo com prestações inadimplidas, a legitimar o débito objeto de negativação.

A litigância de má-fé tem conotação de dano processual e visa punir a parte ou interveniente que deixe de observar os preceitos de conduta e lealdade que deve nortear o processo.

Reza o **art. 81, NCPC**: "***De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou***".

Na lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, reputa-se litigante de má-fé "*a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o improbus litigator, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito*". (*in* "Código de Processo Civil e Legislação Extravagante". São Paulo: RT, 2015, p. 414).

As hipóteses de litigância de má-fé estão previstas no art. 80 do CPC.

No caso, evidente o dolo processual do autor apelante, em razão de sua atuação de forma temerária, ao tentar alterar a verdade dos fatos e intencionar

Acesso ao Sumário

objeto ilegal com o processo, ao deduzir pedido inicial fundado na inexistência de débito, demonstrando o requerido, todavia, ter o autor celebrado contrato de financiamento de veículo, com parcelas inadimplidas.

Ao assim agir, ajuizando ação temerária, o autor nitidamente descumpriu o dever processual de lealdade e boa-fé que deve nortear todos os litigantes, a justificar sua condenação ao pagamento da indenização fixada na r. sentença apelada, com base no art. 81 do CPC/15.

Frise-se, por fim, a jurisprudência do STJ tem-se orientado, em recurso repetitivo, no sentido da desnecessidade de demonstrar-se o prejuízo na indenização decorrente da litigância de má-fé.

A propósito:

"**PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ARTIGO 18, CAPUT E § 2º, DO CPC. NATUREZA REPARATÓRIA. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a indenização prevista no art. 18, caput e § 2º, do códex processual tem caráter reparatório (ou indenizatório), decorrendo de um ato ilícito processual. Precedente da Corte Especial, julgado pelo rito do artigo 543-C do CPC. É desnecessária a comprovação do prejuízo para que haja condenação ao pagamento da indenização prevista no artigo 18, caput e § 2º, do Código de Processo Civil, decorrente da litigância de má-fé. Embargos de divergência conhecidos e providos.**" (Embargos de divergência em RESP nº 1.133.262-ES(2012/0091110-6), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 03/06/2015, Corte Especial).

Daí porque a r. sentença não comporta censura, ficando mantida por seus jurídicos fundamentos.

Diante do trabalho adicional realizado em grau de recurso pelo apelado, ofertando contrarrazões, elevam-se os honorários em mais 2% (dois por cento) do valor da causa atualizado, nos termos do art. 85, §11, do CPC, ressalvada, nesta parte, a justiça gratuita concedida.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1032927-72.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante LENILDO OTERO RODRIGUES, é apelada AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33146)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA (Presidente sem voto), HELIO FARIA e RAMON MATEO JÚNIOR.

São Paulo, 22 de janeiro de 2019.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Indenização - Transporte aéreo internacional - Atraso de voo e posterior cancelamento - Regra de incidência - Prevalência - Decisão vinculante do STF (RE 636331 - Tema 210 de Repercussão geral e ARE 766618) - Convenção de Montreal - Decretos nºs 59/2006 e 5910/2006 e artigo 178 da Constituição Federal - Nexo causal e culpa - Reconhecimento - Greve de Funcionários - Fato não classificado como circunstância extraordinária inevitável - Empresa transportadora que assumiu os riscos inerentes à atividade - Caso fortuito ou de força maior ou ato de terceiro - Não reconhecimento - Obrigação da empresa aérea de assistência material e compensação - Presunção de culpa do transportador - Artigo 21º, alínea 2, da Convenção - Responsabilidade civil do transportador e limites de indenização por danos causados, reguladas pela Convenção de Montreal (artigos 17º a 38º) de natureza compensatória (artigo 29º, da Convenção), observada a limitação do valor a que refere o artigo 22º, 1, da Convenção - Dano moral - Responsabilidade limitada e tarifada - Hipótese de incidência vinculada à prova de dolo ou culpa grave da empresa transportadora ou de seus prepostos - Inocorrência - Artigos 186 e 927, do Código Civil - Prestação de assistência material - Prova efetiva da ocorrência - Ônus da ré - Não atendimento - Valor de compensação - Arbitramento conforme o valor tarifado na norma cogente ora aplicada - Lucros cessantes - Afastamento - Pretensão acolhida em parte - Sucumbência mantida, artigo 86, parágrafo

Acesso ao Sumário

único, do CPC. Recurso provido em parte.

VOTO

Vistos,

A r. sentença de fls. 430/439 julgou procedente em parte a ação indenizatória para condenar a ré no pagamento de R$ 10.000,00, a título de danos morais, devidamente atualizado a partir da prolação da sentença, acrescida de juros de mora de 12% ao ano, contados da citação, bem como condenar a ré a pagar à autora o valor de R$ 133,22, referente aos danos materiais, rejeitado o pleito de pagamento de indenização pelos lucros cessantes; ante o reconhecimento da sucumbência mínima, condenou o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios no valor de 10% sobre a condenação.

Apela o autor buscando o ajustamento do julgado de modo a alcançar a integral procedência da demanda, vez que seu voo sofreu atraso de 41 horas; pretende que a requerida seja condenada a título de danos morais no patamar do estabelecido na Convenção de Montreal, R$ 18.449,24, e lucros cessantes, bem como a majoração dos honorários advocatícios, além de sucumbência, nos termos do art. 85, § 11, do CPC (fls. 446/451).

Processado e respondido o recurso (fls. 469/481), vieram os autos ao Tribunal e após a esta Câmara.

É o relatório.

Com razão o apelo em parte.

Conforme a r. decisão vinculante do STF (RE 636331 - Tema 210 de Repercussão geral e ARE 766618), que decidiu: "*Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor*", relacionados os fatos da causa à transporte aéreo internacional - tanto que ocorrido em território estrangeiro - incidente na hipótese a Convenção de Montreal celebrada em 28 de maio de 1999, que unifica as regras relativas ao transporte aéreo internacional, observada a regra de incidência pela aprovação no Brasil pelo Decreto nº 59/2006 e promulgada através do Decreto nº 5910/2006, nos termos da regra do artigo 178 da Constituição Federal e inerente supremacia (CF artigo 5º § 2º).

Nesse sentido, nos termos da Convenção de Montreal (artigo 1º, alínea 2), como por transporte internacional se entende todo transporte de pessoas, bagagens ou carga, efetuado em aeronaves, em que o ponto de partida e o ponto de destino - haja ou não interrupção no transporte, ou transbordo - estejam situados, ou no território de dois Estados Partes ou no território de um só Estado Parte signatário da convenção, nessa hipótese se impõe o dever de observância

Acesso ao Sumário

da referida regra de incidência.

Superada a questão relativa a regra de incidência, quanto à culpa e responsabilidade, sendo fato que o atraso de voo referido (trecho de volta: dia 20/09/2017- Miami/Bogotá e Bogotá/São Paulo) se deu em razão de greve de servidores da companhia, ausente causa justa a excluir ou isentar a responsabilidade da ré (artigo 20º da Convenção), até porque a referência que faz ela à problemas operacionais, não lhe exclui referido ônus, uma vez que é da essência dos contratos o princípio da exigibilidade ou obrigatoriedade das convenções, ou seja, lei entre as partes, à parte lesada deve ser garantida a reparação das consequências advindas do descumprimento da obrigação, consequência essa que deriva da necessidade de segurança dos negócios jurídicos, não sendo por outra razão a regra basilar civil relativa a justiça contratual, em especial, o da boa-fé objetiva no art. 422 do Código Civil, a regular todo o direito obrigacional.

Ademais, sendo de risco o contrato de transporte aéreo, ao se responsabilizar pelo transporte dos passageiros, a empresa transportadora assumiu os riscos inerentes a esse tipo de atividade, de modo que, referidos problemas operacionais decorrentes de insatisfação dos seus funcionários, sendo fato previsível e evitável - até porque relacionados à própria atividade da ré, não pode ser considerado caso fortuito ou de força maior nem ato de terceiro, por não desligada da atividade de prestação de serviço a que vinculada a ré e apelada, bem como porque não se pode classificar referido fato como circunstância extraordinária inevitável.

Por decorrência e considerando os fatos da causa, observado o conceito jurídico de dano por violação de direito ou excesso no seu exercício (artigos 186 a 188 do Código Civil), superada a questão relativa ao nexo causal, mesmo que delimitada a obrigação da ré e apelada pela regra de sujeição referida, reconhecido o descumprimento contratual sem justa causa, pela prática de ato violador de direito, de rigor a sujeição da ré à responsabilidade decorrente, que no caso, diz respeito a assistência e indenização.

A prova dos autos demonstrou que por conta do atraso de embarque e posterior cancelamento do voo que ocasionou a frustração da viagem de volta do autor, lhe trouxe preocupação, incerteza, insegurança, com o acréscimo da falta de prova pela ré da efetiva prestação de adequada assistência material ao autor, o que justifica os danos reclamados também por despesas de hospedagem contratada e igualmente frustrada com o cancelamento do voo após mais de 41 horas de atraso, bem como o fato de que deixou a ré de prestar o devido auxílio.

Relativamente à assistência material - é fato que nos termos dos regramentos pertinentes (Resolução ANAC 141/2010 e ato normativo que trata das Condições Gerais de Transporte Aéreo (CGTA) que é regido pela

Acesso ao Sumário

Resolução n° 400/2016, que define os novos direitos e deveres dos passageiros no transporte aéreo), devida pela empresa aérea aos passageiros "...a partir de 4 horas: acomodação ou hospedagem (se for o caso) e transporte do aeroporto ao local de acomodação; se o atraso for superior a 4 horas (ou a empresa já tenha a estimativa de que o voo atrasará esse tempo), ou houver cancelamento de voo ou preterição de embarque, a empresa aérea deverá oferecer ao passageiro, além da assistência material, opções de reacomodação ou reembolso".

No mesmo sentido as disposições contidas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (artigos 91º, nº 1, e artigo 100º, nº 2º), bem como o Regulamento (CE) 261/2004 e Regulamento (CE) nº 1107/2006, sendo que, quanto a incidência desses regramentos, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), indica que, "...Aos passageiros que não possam embarcar deve ser-lhes oferecido: (i) assistência (refeição, telefone e alojamento, se necessário), (ii) a escolha entre o reembolso no prazo de 7 dias (e, se necessário, o voo gratuito para o ponto de partida inicial), e o reencaminhamento ou a continuação da viagem na primeira oportunidade, ou numa data posterior acordada mutuamente e (iii) uma indemnização imediata...".

Veja-se, como refere a doutrina e jurisprudência, ofende a dignidade do consumidor, de forma relevante e gravosa, o transportador que, diante da impossibilidade de embarque imediato dos passageiros, por problemas operacionais da companhia aérea, deixa de prestar a necessária e adequada assistência, causando frustração, apreensão e constrangimentos que malferem direitos da personalidade, notadamente em sua esfera de tutela da integridade psicológica.

No caso, isso faz com que, observada a presunção de culpa do transportador (artigo 21º, alínea 2, da Convenção), deva a ré indenizar ao autor, observadas as disposições referentes à responsabilidade civil do transportador e limites de indenização por danos causados, reguladas pela Convenção de Montreal (artigos 17º a 38º) na forma de natureza compensatória (artigo 29º, da Convenção), que no caso abrange - pelo dever de assistência material não atendido - o dever de reembolsar as despesas com a hospedagem frustrada no destino da viagem cancelada, também a compensação, uma vez que o causador do dano tem o dever de recolocar a pessoa lesada em seu 'status quo ante', recompondo todos os danos havidos, observada a limitação do valor da compensação ao montante a que refere o artigo 22º, 1, da Convenção, mesmo que a prova dos autos demonstre que por conta dos fatos tenha advindo preocupação, incerteza, insegurança uma vez que, quanto à compensação moral, a indenização tarifada exclui a possibilidade de se acrescer indenização de natureza imaterial.

E isso apesar de não se desconhecer a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a não inclusão na indenização tarifada - como no caso - dos danos morais e da responsabilidade das companhias aéreas por danos

Acesso ao Sumário

morais - pela regra de supremacia das disposições constitucionais em relação às regras internacionais (tratados e convenções) e regra multidisciplinar do sistema de defesa do consumidor que visa garantir a dignidade nas relações de consumo (artigo 4º CDC) que faz com que se entenda que a lesão a interesse jurídico personalíssimo enseja dano moral - confira-se: "São indenizáveis os danos morais e materiais decorrentes de atraso de vôo e de extravio temporário de bagagem. Inexistência de violação ao art. 178 da CF - 'A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade' - e à Convenção de Varsóvia que, ao dispor sobre a reparação tarifada dos danos materiais referentes ao extravio de bagagem, não excluiu a garantia de indenização por danos morais prevista na CF (art. 5º, V e X)..." - "INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - EXTRAVIO DE MALA EM VIAGEM AÉREA - CONVENÇÃO DE VARSÓVIA - OBSERVAÇÃO MITIGADA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL - SUPREMACIA. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República - incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil". (STF, RE 172.720-RJ).

Veja-se que o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia - Montreal, no que respeita a responsabilidade da empresa transportadora, explicitam que apenas é ilimitada "na hipótese de ocorrência de dolo ou culpa grave, sendo nos demais casos é tarifada", de modo que a responsabilidade, de regra, é objetiva e tarifada, só passando a ser subjetiva - e neste caso sem tarifação - caso se prove dolo ou culpa grave da empresa transportadora ou de seus prepostos, o que determina - como refere a doutrina e jurisprudência - a exclusão da culpa simples (ou mera culpa), como no caso dos autos.

Daí e por isso, no caso e observadas as disposições dos artigos 186 e 927, do Código Civil e como ensina a doutrina, "só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do individuo, causando-lhe aflições, angústia, desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do individuo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos" (Sérgio Cavalieri Filho, *in* Programa de

Acesso ao Sumário

Responsabilidade Civil, 2ª ed. Malheiros 1999), não se reconhecendo como extrapolados pela ré os limites do razoável, mesmo ocorridos os transtornos e dissabores, não se justifica o reclamo de dano moral.

Observado para tanto o conceito jurídico de dano por violação de direito ou excesso no seu exercício (artigos 186 a 188 do Código Civil e CF/88, art. 5º, incisos V e X), se sujeita o causador do prejuízo à reparação tanto moral quanto patrimonial, seja pelo resgate do estado fático anterior à violação perpetrada ou, quando impossível, mediante indenização, mesmo que independente de culpa, no caso de risco por conta da atividade (art. 927 do Código Civil), o que implica a necessidade de existência do dano efetivamente configurado - também de natureza imaterial - como pressuposto essencial e indispensável da reparação moral, até porque, quanto a esse, também a necessidade de prova da repercussão negativa, pois que, por si, não cabe indenização por danos morais a partir de vínculo contratual, sem a prova de que tenha causado o fato consequência danosa.

Não por outra razão é que se reclama a prova da consequência danosa, pois "no plano do dano moral não basta o fato em si do acontecimento, mas, sim, a prova de sua repercussão prejudicialmente moral" (Yussef Said Cahali, Dano moral, pg. 703, Ed RT, 2ª ed).

Então e como já afirmado, mesmo que reconhecido os dissabores e transtornos advindos pelo fato da causa, referidos eventos não podem ser reconhecidos como dano moral, porquanto, além de evento possível - e indenizável materialmente - a situação vivenciada - por falta de prova - não se reconhece como dolosa ou de natureza grave, a ponto de romper o equilíbrio psicológico dos autores.

Confira-se, "como ensina a doutrina (*) não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito". Deram provimento em parte à apelação. Unânime." (Ap. Cível nº 70048952204, 10ª Câmara Cível, TJ/RS) (*Maria Celina Bodin de Moraes. Danos à Pessoa Humana, uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Ed Renovar. Rio de Janeiro. 2003).

Por decorrência, no caso, quanto ao valor da condenação, nos termos do referido julgado (STF/RE 636331), como limitado o montante ao patamar tarifado estabelecido no art. 22º da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores, observado que em caso de dano causado por cancelamento do voo, a responsabilidade da companhia aérea se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro (artigo 22º, I, da

Acesso ao Sumário

Convenção de Montreal), equivalente referido valor a atuais R$ 18.449,24 (endereço eletrônico constante no texto original), o que torna necessária a reforma da r. sentença para condenar a requerida ao pagamento de indenização tarifada no importe de R$ 18.449,24 ao autor, valor este que deve ser atualizado pela Tabela Prática do TJSP a partir desta data e acrescido de juros de mora a partir da citação.

Por fim, quanto aos lucros cessantes, nada a reformar, vez que deve ser mantida a conclusão adotada pelo MM. Juiz singular: "*Por sua vez, o pleito referente aos lucros cessantes não tem fundamento, tendo em vista que as mensagens trazidas a fls. 68/70 a fim de corroborar suas alegações nesse sentido, não demonstram a perda de compromissos profissionais do autor, mas, sim, o prazo para aceitação ou rejeição das demandas lá descritas, não sendo suficientes para o seu acolhimento*". (fls. 438/439)

Tendo em vista que o presente julgamento ensejou o acolhimento de parte da pretensão do apelante, de rigor a manutenção dos valores arbitrados na r. sentença, inclusive quanto à sucumbência fixada.

Dá-se provimento em parte ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000867-74.2013.8.26.0248, da Comarca de Indaiatuba, em que é apelante BANCO CIFRA S/A, é apelado JOSÉ MILTON MOREIRA.

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 21.069)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente sem voto), JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO e MENDES PEREIRA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2019.

VICENTINI BARROSO, Relator

Ementa: INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA E DANO MORAL - Financiamento - Devolução do veículo - Valor obtido em leilão a ser abatido do montante integral da dívida inda existente - Ausência de prova segura nesse sentido pela instituição financeira -

Remessa de nome a cadastro de inadimplentes, apesar disso - Indenização devida - Valor mantido - Recurso não provido.

VOTO

1. A sentença de fls. 132/134, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com dano moral (arbitrado em R$10.000,00), movida pelo apelado à apelante - sucumbência recíproca, com honorários advocatícios de 10% do valor da condenação, a cargo da ré, que responderá por 70% desse valor - o restante será pago pelo autor, observada justiça gratuita.

Diz-se que não há vício na prestação dos serviços e que foi celebrado contrato de financiamento, a ser pago em 23 parcelas. Insiste que o apelado não foi obrigado a contratar, mas uma vez efetivado o pacto, há de observar suas condições. As cobranças são legítimas, sem abusos. Acrescenta que não há dano moral a indenizar e que o valor fixado é excessivo, devendo ser reduzido (fls. 138/143).

Veio resposta (fls. 150/153).

É o relatório.

2. Recurso infundado. As partes, em maio de 2008, firmaram financiamento de veículo, a ser pago em parcelas mensais. Por força de questões a envolver a documentação do automóvel (com notícia de que o bem estaria bloqueado administrativamente em favor de uma outra instituição financeira) e, sem solução do impasse, o automóvel foi devolvido à apelante, em março de 2009 (v. termo de fls. 24).

Nesse contexto e em princípio, a mera entrega do bem à credora não implicaria automática quitação da dívida e sua inexigibilidade. Afinal, conforme artigo 2º do Decreto-lei nº 911/69, caberá àquela abater do montante o valor de venda do automóvel, para então apurar a existência de saldo devedor.

Ocorre que, para que a instituição financeira ficasse livre da responsabilidade e da condenação que lhe foi imposta pela sentença, de rigor comprovação de que, no leilão, o automotor foi vendido por preço inferior àquele de avaliação (preço de mercado) - mas disso não se ocupou. Aliás, esse aspecto sequer foi ventilado na contestação ou no recurso, limitando-se a argumentar não ter praticado ato ilícito (e olvidando-se de toda a legislação que rege a matéria). Além disso, convenha-se, não era difícil ou impossível de ser produzida a aludida justificação, de maneira concreta. Afinal, presume-se que o leilão foi realizado e o carro vendido.

Assim, ausente prova segura da existência de eventual saldo devedor, não era hipótese de remessa do nome a cadastro de restrição ao crédito (fls. 22 - em

Acesso ao Sumário

abril de 2009). Repita-se, a instituição financeira nada provou nesse sentido - embora tivesse ampla possibilidade de fazê-lo.

Quanto à reparação por danos morais, os fatos bastam à sua caracterização; até porque, o prejuízo sofrido pela autora é o denominado ***in re ipsa***, que não necessita de demonstração - além de sua ocorrência.

Nesse sentido o julgado do Superior Tribunal de Justiça, constante do REsp 591.238-MT, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª Turma, j. 10.04.2007, dispensa produção doutras provas para caracterização do dano moral, por entendê-lo presumido, nas circunstâncias.

De efeito, basta se coloque na posição do autor, a ter seu nome manchado por fatos a que não deu causa e contra os quais nada pôde, além de se sujeitar. Lembre-se de que a prova do dano moral, que se passa no interior da personalidade, se contenta com a existência do ilícito, segundo precedente do STJ. Inegável, ainda, dos efeitos decorrentes dessa situação, quanto às pessoas de bem.

Devida a indenização, resta se lha arbitre. Para tanto, à falta de critério legal objetivo, de se levar em consideração a condição econômica das partes e as consequências do ato - dentre outras coisas.

A indenização não pode ser irrisória, sob pena de não servir ao cumprimento de seu objetivo específico. Nem pode ser excessivamente elevada, de modo a propiciar enriquecimento. Deve ser equilibrada, porque tem finalidade compensatória.

Em suma, o **quantum** a ser pago deve ser apto a compensar, suficientemente, o dano e a desestimular reincidência, não devendo, em situação alguma, gerar enriquecimento, o que feriria os princípios que regem a matéria (razoabilidade e proporcionalidade). Nesse contexto, circunstancialmente, adstrito àquilo que vem entendendo o STJ e esta Câmara, mantém-se o valor da sentença.

Por força do que estabelece o artigo 85, § 11, do CPC, a verba honorária é majorada para 12% da condenação corrigida, mantida a proporcionalidade aludida na sentença (v. fls. 134, parte final - ante a sucumbência recíproca).

3. Pelo exposto, desprovê-se o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1024816-57.2017.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante VOTORANTIM CIMENTOS S/A, é apelada FABIA VALERIANO DA SILVA.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27291)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA LOPES (Presidente sem voto), JOÃO BATISTA VILHENA e IRINEU FAVA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2019.

AFONSO BRÁZ, Relator

Ementa: DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Débito não reconhecido pela autora. Relação jurídica entre as partes e regularidade do débito que não foram comprovadas pela ré. Débito declarado inexigível. Pretensão indenizatória, no entanto indevida. Preexistência de outros registros desabonadores em nome da autora. Incidência da Súmula nº 385 do C. STJ. Inocorrência de abalo moral passível de ser indenizado. Sentença reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

A r. sentença fls 190/192, de relatório adotado, julgou parcialmente procedente a ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por dano moral ajuizada por FABIA VALERIANO DA SILVA em face de VOTORANTIM CIMENTOS S/A para declarar inexigível o débito indicado na inicial e condenar o réu ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 10.000,00, com correção monetária desde o arbitramento e juros de mora a partir do evento danoso. Ainda, o réu foi condenado a arcar com as despesas do processo e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Apela a ré às fls. 194/200, onde sustenta a regularidade do débito indicado na inicial. Alega que a inclusão dos dados da autora no cadastro de inadimplentes constituiu-se em exercício regular de direito. Afirma que a autora possuía restrições anteriores. Pleiteia a exclusão da indenização ou a redução de seu valor. Requer a reforma da r. sentença.

Recurso regularmente processado, sem apresentação das contrarrazões (fls. 206).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso comporta provimento em parte.

No caso, diante da afirmação da autora de que não reconhece o débito de R$ 3.008,87 (fl. 21) que gerou inscrição de seu nome no cadastro de inadimplentes, cabia ao requerido comprovar a efetiva contratação, eis que não se pode exigir da autora prova de fato negativo.

Contudo, a ré não se desincumbiu do ônus da prova que lhe competia, limitando-se a apresentar contestação genérica e não trouxe documentos que pudessem comprovar a origem do débito contestado. Os dados constantes dos documentos apresentados por ela (fls. 137/142) não guardam relação com o protesto lançado em nome da autora (fls. 21). Ainda manifestou desinteresse na produção de outros meios de prova (fls. 174).

Assim, não tendo a ré se desincumbido do ônus da prova que lhe cabia (art. 373, II, do CPC), agiu com acerto o magistrado sentenciante ao declarar a inexigibilidade do débito discutido e reconhecer a irregularidade do apontamento dos dados da autora em cadastro de inadimplentes.

No entanto, razão assiste a recorrente no tocante a indenização por dano moral.

Isso porque os documentos de fls. 21 e 133 demonstram que a autora não possuía reputação creditícia imaculada, eis que preexistentes outros apontamentos em seu nome efetuados por "HSBC BANK BRASIL S/A BANCO MÚLTIPLO", circunstância que afasta a ocorrência de dano moral, pois quem já tem ficha financeira maculada por inadimplência, não pode, após a nódoa legítima, dizer-se ofendido moralmente por lançamentos posteriormente feitos.

Diante do contido na Súmula 385, do C. STJ[1], cabe a quem postula indenização pela negativação indevida o ônus da prova da irregularidade das eventuais outras inscrições preexistentes nos cadastros de inadimplentes.

Não cabe neste ponto a regra da inversão do ônus probatório, uma vez que impossível à ré, que não realizou os outros apontamentos, saber da sua legitimidade ou não.

Assim, não há que se falar em condenação da ré ao pagamento de indenização por dano moral.

Dessa forma, a r. sentença deve ser reformada apenas para afastar a verba indenizatória fixada pelo magistrado *a quo*.

Por fim, em razão do resultado do julgamento, ficam ambas as partes condenadas ao pagamento das custas e despesas processuais que despenderam, bem como dos honorários advocatícios da parte adversa, ora fixados em 15% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 11º do CPC.

Considerando precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando

1 Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

Acesso ao Sumário

a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados e, a fim de evitar eventuais embargos de declaração, apenas para tal finalidade, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, mesmo quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela parte.

Por isso, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009106-33.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ZURICH SANTADER BRASIL SEGUROS S/A, é apelado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37417)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente sem voto), ACHILE ALESINA e MELO COLOMBI.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

CARLOS ABRÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO DE DANOS - SEGURO RESIDENCIAL - PESSOAS FÍSICAS - DISTÚRBIOS ELÉTRICOS COMPROMETEDORES DE EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO - LEGITIMIDADE ATIVA - SUB-ROGAÇÃO DOS DIREITOS PELA SEGURADORA - ARTIGO 786 DO CÓDIGO CIVIL E SÚMULA 188 DO STF - DOCUMENTOS ACOSTADOS NA INICIAL SUFICIENTES PARA AJUIZAMENTO DA DEMANDA, OS QUAIS CORROBORAM A TESE AUTORAL, EVIDENCIANDO, INCLUSIVE, O NEXO CAUSAL - MANIFESTA LEGITIMIDADE PASSIVA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA -

Acesso ao Sumário

ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - AUSENTE IRREFRAGÁVEL CONTRAPROVA DA CONCESSIONÁRIA - DEVER DE REPARAÇÃO - INEXISTENTE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA QUANTO AOS VALORES PLEITEADOS - PRESCINDÍVEL O PEDIDO ADMINISTRATIVO - RESOLUÇÕES DA ANEEL QUE NÃO SE SOBREPÕEM AO DIREITO DE AÇÃO - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Cuida-se de apelo tirado contra a r. sentença prolatada de fls. 355/357, julgando improcedente a ação e imputando à autora as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, de relatório adotado.

Em razões recursais, aduz a seguradora que bens eletroeletrônicos de seus segurados foram danificados após distúrbios elétricos provenientes da rede de distribuição elétrica administrada pela apelada, menciona os laudos de empresas especializadas e imparciais, informa que as indenizações foram realizadas, fazendo jus ao ressarcimento, demonstrado o nexo de causalidade, alega má prestação de serviço, falta de atualização da rede e dispositivos de segurança, sendo objetiva a responsabilidade da concessionária, não havendo que se falar em excludente, caso fortuito ou força maior, haja vista a previsibilidade dos eventos causadores dos distúrbios, aguarda provimento (fls. 359/387).

Recurso tempestivo e preparado (fls. 389/390).

Regularmente processado (fls. 455).

Contrarrazões, com preliminar de ilegitimidade passiva (fls. 458/470).

Houve remessa.

É O RELATÓRIO.

O recurso comporta parcial provimento.

Trata-se de ação ordinária colimando, em síntese, regresso de indenizações pagas por seguradora decorrentes de danos em equipamentos causados por variação de tensão elétrica.

Preliminarmente, cumpre salientar que não se pode condicionar o acesso à tutela jurisdicional à necessidade de prévia utilização ou exaurimento da via administrativa, especialmente considerada a sub-rogação dos direitos, além do que, o artigo 204 da Resolução nº 414/2010 da ANEEL não se sobrepõe ao direito de ação.

Acesso ao Sumário

De mais a mais, nota-se que os documentos acostados na inicial são suficientes para ajuizamento da ação, na medida em que se constata apólice comprovando a contratação dos seguros (fls. 71/74, 75/78 e 79/89), avaliação feita por empresas especializadas para averiguação dos prejuízos, apurando a ocorrência de oscilações e sobrecarga de energia, além de descargas elétricas provocadoras dos danos (fls. 101/102, 104 e 107), demonstrativo de que as indenizações foram pagas (fls. 109/121 e 286/287), restando ainda incontroversa a relação jurídica entre os segurados e a concessionária requerida, sendo manifestos o interesse de agir da autora, a legitimidade passiva da concessionária e, também, a legitimidade ativa da seguradora, que se sub-rogou nos direitos ao pagar as indenizações, consoante artigo 786 do Código Civil e Súmula nº 188 do STF.

Ressalta-se, oportunamente, que, por eventuais danos em que se constata o nexo de causalidade, a responsabilidade da companhia é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

E o nexo se evidencia com os documentos trazidos com a exordial, inexistindo irrefragável contraprova da apelante, que não se desincumbiu de seu ônus probatório, consoante artigo 373, inciso II, do CPC, nem mesmo impugnou especificamente os valores pleiteados, não sendo, os documentos de fls. 158/160 e 165/168, capazes de cabalmente infirmar a tese autoral.

No mesmo sentido:

*"*DECADÊNCIA - Ação regressiva de danos - Descarga elétrica danificando os equipamentos eletrônicos de segurado da autora - Inocorrência de decadência - Incidência do prazo prescricional quinquenal previsto no art. 27 do CDC - Seguradora-autora que se sub-rogou nos direitos do segurado ao efetuar o pagamento da indenização - Inteligência dos artigos 349 e 786 do CC e da Súmula 188/STF - Prejudicial repelida. REGRESSIVA - Indenização securitária de danos causados em eletro-eletrônicos que guarneciam a residência do segurado da autora em razão de oscilação brusca na tensão do fornecimento de energia - Ação julgada procedente - Insurgência pela concessionária - Acolhimento parcial - Responsabilidade é que é objetiva, com assunção dos riscos da atividade que desenvolve - Exegese no art. 37, §6º, da CF c/c. art. 14 do CDC - Oscilação e descarga elétrica que constituem eventos previsíveis e evitáveis por meio de investimentos adequados, que não configuram força maior ou caso fortuito - Dever de reparação mantido - Termo a quo de incidência da correção monetária que fica mantido (desde o desembolso), sob pena de não se recompor o poder de compra da moeda - Termo a quo de incidência dos juros moratórios que merece ser alterado, considerando que se está diante de relação contratual, o que afasta a incidência da Súmula 54/STJ - Aplicação do art. 405/CC, que determina cômputo dos juros da citação - Honorários sucumbenciais conservados em 20% sobre o valor da condenação, considerando*

o trabalho realizado e o valor que resultará considerando a baixa condenação - Honorários recursais, a teor do contido no art. 85, §§1º e 2º do CPC, que ficam arbitrados em 10% sobre o valor da condenação - Sentença reformada apenas no que é pertinente ao termo a quo de incidência dos juros moratórios - Recurso parcialmente provido." (TJSP, Apelação Cível nº 1004175-40.2015.8.26.0084, Relator Desembargador Jacob Valente, Julgamento em 23/06/2017).*

"Seguro. Ação de ressarcimento de danos ajuizada por seguradora sub-rogada nos direitos do segurado. Oscilação de energia elétrica que provocou danos em equipamentos do segurado. Relação de consumo configurada. Prescrição. Inocorrência. Prazo prescricional quinquenal. Incidência do art. 27 do CDC. Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. Inteligência dos arts. 37, § 6º, da CF e 14 do CDC. Inobservância da Resolução 61/2004 da ANEEL. Descabimento. Circunstância que não tem o condão de afastar a responsabilidade da prestadora de serviço público. Concessionária que não se desincumbiu do ônus de provar alguma das causas excludentes de responsabilidade (art. 14. §3º do CDC). Dever de indenizar da concessionária reconhecido. Despesas havidas com a regulação do sinistro. Exclusão. Verbas que se referem ao custo operacional da seguradora. Sucumbência mantida. Recurso parcialmente provido." (TJSP, Apelação Cível nº 0224323-04.2008.8.26.0100, Relator Bonilha Filho, Julgamento em 24/09/2015).

Dessarte, parcial razão assiste à demandante, comportando procedência em parte a ação regressiva para condenar a requerida ao pagamento da quantia de R$ 5.010,00, corrigidamente do desembolso e com juros moratórios de 1% a.m. da citação, ficando imputados, à demandada, as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Registro, na oportunidade, não haver espaço para prequestionamento, porquanto a matéria fora amplamente analisada à luz dos dispositivos legais vigentes e jurisprudência.

Ficam advertidas as partes em litígio que, na hipótese de recurso infundado ou manifestamente incabível, estarão sujeitas às sanções correlatas, inclusive de verba honorária.

Isto posto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para julgar procedente, em parte, a ação regressiva e condenar a requerida ao pagamento de R$ 5.010,00, corrigidamente do desembolso e com juros moratórios de 1% a.m. da citação, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor indexado do reembolso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1120785-72.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelado JOSE SANDERSON PINHEIRO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "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 27475)**

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

São Paulo, 7 de fevereiro de 2019.

MARINO NETO, Relator

Ementa: TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE C/C PEDIDO LIMINAR PARA LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS AO PATAMAR MÁXIMO DE 30% DA REMUNERAÇÃO LÍQUIDA DO AUTOR - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - APELAÇÃO DO RÉU - Preliminar - Pedido de indeferimento petição inicial - Presentes os requisitos dos artigos 319 e 320 do CPC - Não acolhimento. - Empréstimos com desconto em folha de pagamento e com desconto em conta corrente - Limitação dos descontos a 30% dos rendimentos do autor que se faz necessária - Preservação do caráter alimentar dos proventos - Inteligência dos artigos 7º, X, da CF e art. 6º, V, do CDC - Sentença mantida. - Inobstante, a proibição de desconto direto na conta corrente não afasta a mora do devedor e não pode impedir o credor de buscar seu crédito de outras formas, como expedição de boletos e, se o caso, negativação dos dados da devedora e ajuizamento de execução judicial. - Insurgência do réu quanto à fixação de multa por descumprimento - O valor da multa foi arbitrado de modo adequado, considerada a finalidade e a condição das partes - A multa de R$ 1.000,00, deverá incidir a cada desconto efetuado em desconformidade com o quanto acima estabelecido - Necessidade, contudo, de se estipular

Acesso ao Sumário

o teto de incidência da multa em R$ 10.000,00 - Sentença reformada. Recurso parcialmente provido, com observação.

VOTO

Trata-se de apelação de sentença (fls. 74/76) que julgou procedente a "*tutela antecipada antecedente c/c pedido liminar inaudita altera parte para limitação dos descontos ao patamar máximo de 30% da remuneração líquida*"[1] ajuizada por **José Sanderson Pinheiro da Silva** em face de **Banco do Brasil S/A**, para determinar que o réu restrinja a soma dos lançamentos seja do empréstimo consignado seja o débito automático dos empréstimos pessoais a 30% dos vencimentos do autor.

Noticiado o descumprimento da tutela de urgência, sem prejuízo da cobrança da multa de R$ 1.000,00 por lançamento realizado em descumprimento à decisão de fls. 57/58, foi determinada a expedição de ofício para a intimação do réu para dar imediato cumprimento à ordem judicial, sob pena de majoração da multa para R$ 3.000,00 por lançamento que a contrarie.

Condenado o réu ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em 2.000,00, nos termos do artigo 85, §8º, do Código de Processo Civil, considerando que a revelia do réu reduziu sobremaneira o trabalho exigido do causídico.

Recorre o réu sustentando, preliminarmente, o indeferimento da petição inicial, uma vez o que o pedido foi feito de forma genérica. No mérito, pede a reforma da decisão para que seja julgada improcedente a ação. Sustenta que o autor assinou livremente os contratos de empréstimo, bem como usufruiu dos valores que lhe foram disponibilizados.

Ressalta não estarem presentes os requisitos para o deferimento da medida liminar e a aplicação de multa de forma diária não condiz com a realidade dos fatos, mostrando-se totalmente descabida, bem como gera enriquecimento ilícito para o autor. Aponta que a fixação de multa sem limitação é medida excessiva e desproporcional, se tornando uma absurda e desmerecida punição entre a pena aplicada, o bem da vida tutelado e a obrigação imposta ao réu.

O recurso foi respondido (fls. 189/209).

É o relatório.

De início, rejeito a pedido de indeferimento da petição inicial, uma vez que preenchidos os requisitos dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil.

Revendo posicionamento anterior, rendo-me ao entendimento esposado

1 Valor da causa: R$ 2.196,45, em dezembro de 2017. Sentença disponibilizada no DJE em 02/03/2018.

Acesso ao Sumário

pela douta maioria desta Câmara também em relação aos empréstimos cujos contratos têm previsão de pagamento mediante débito em conta corrente do consumidor.

Consta dos autos que o autor é servidor público estadual, tendo efetuado empréstimos junto ao banco réu, consignados e não consignados, cujas parcelas ultrapassam 30% dos seus rendimentos, o que não pode ser admitido em razão da necessidade de se preservar o caráter alimentar da remuneração auferida.

Os empréstimos consignados a funcionários públicos estaduais de São Paulo, atualmente são autorizados pelo Decreto Estadual nº 60.435/2014, que prevê a limitação dos descontos a 30% dos vencimentos do servidor, revogando as disposições do Decreto nº 51.314/2006. Assim, a pretensão de reforma do réu, nesse ponto, não merece guarida.

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

Nesse sentido o entendimento do ilustre Desembargador Gilberto dos Santos o qual passo a partilhar:

> ***CONTRATO BANCÁRIO. Empréstimos consignados. Limitação dos descontos mensais a 30% do valor dos vencimentos da autora (considerando tanto a conta salário como a folha de pagamento), de modo a evitar o risco de avanço sobre numerário utilizado para as necessidades básicas da devedora. Cabimento. Recurso não provido.***
>
> (TJSP; Apelação 1008042-87.2016.8.26.0704; Relator: Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XV - Butantã - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/02/2018; Data de Registro: 05/03/2018)

Por fim, apesar do recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça (REsp n° 1586910/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão) distinguindo as hipóteses de empréstimos consignados e de empréstimos para descontos em conta corrente, com o mais profundo respeito, é certo que referida decisão, além de não unânime, é por enquanto manifestação isolada daquela Corte Superior, não podendo ser ainda reputada precedente capaz de superar a antiga orientação.

Assim, era mesmo de rigor limitar os descontos de conta corrente e consignados em folha de pagamento a 30% dos rendimentos líquidos do autor.

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

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

Acesso ao Sumário

O questionamento quanto à fixação de multa demonstra nítida intenção de descumprir a ordem judicial.

Em que pese constar das razões recursais a fixação de multa diária, constou expressamente da decisão judicial a fixação de multa por descumprimento da determinação (fls. 57/58).

Ressalte-se que o valor determinado pelo MM. Juiz, de R$ 1.000,00, atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e deve ser mantido e sua aplicação deve ser feita a cada evento.

Todavia, limito a incidência da multa em R$ 10.000,00 (dez mil reais), evitando-se, assim, enriquecimento indevido.

Assim, sendo, a multa de R$ 1.000,00 incidirá a cada desconto efetuado em desconformidade com o quanto acima estabelecido, limitada a incidência a R$ 10.000,00, para que não resulte em enriquecimento sem causa da parte contrária, devendo ser intimado pessoalmente o banco para cumprimento da ordem, sem prejuízo, contudo, de eventual majoração como constou da r. sentença.

Posto isso, dá-se parcial provimento ao recurso, com as observações constantes deste Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1022375-56.2016.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelada MARILDA ZORATTI ALBERTINI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18321)**

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

São Paulo, 8 de fevereiro de 2019.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Ementa: Apelação - Ação declaratória - Parcial procedência - Reconhecimento de nulidades de contratos bancários firmados por pessoa incapaz, com

restituição de valores ao banco réu - Possibilidade de ser mensurada a validade de atos praticados anteriormente à sentença de interdição - Conclusão pericial de que as capacidades da recorrida regrediram nos últimos seis anos - Não há como apartar a premissa de que, no momento das contratações, a requerente já possuía saúde mental ao menos comprometida - Diante de tais indícios, passa a ser do réu o ônus probatório para afastá-los - Aplicação da lei consumerista (Súm. 297/STJ) - Nulo o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz (art. 166, I, CC) - Responsabilidade objetiva (art. 14/CDC) - Procedência de rigor nesta parte - Ausente elemento essencial de validade dos atos impugnados - Honorários advocatícios - Condenação pertinente - Casa bancária que ofertou contestação, impugnando elementos de mérito - Atuação profissional da parte adversa - Princípio da sucumbência - Decisão mantida - Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo BANCO DO BRASIL S/A, em face da r. sentença prolatada as fls. 102/107, pela qual o MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto julgara parcialmente procedente pedido formulado por MARILDA ZORATTI ALBERTINI, representada pelo curador Eduardo Zoratti Albertini, "para declarar a nulidade dos contratos de mútuo mencionados na inicial, cujos valores deles decorrentes deverão ser restituídos à ré, monetariamente corrigidos a partir dos efetivos recebimentos, compensando-se as importâncias pagas pela autora", seguindo-se reconhecimento de sucumbência recíproca, arcando cada parte com 50% das custas e honorários advocatícios fixados 10% do valor atualizado da causa.

O apelante busca a reforma do decidido, alegando, em síntese, que a perícia concluindo pela incapacidade da autora fora realizada em momento posterior aos contratos, não havendo como afirmar que na ocasião da assinatura era impossibilitada. Refere que o crédito fora tomado em terminal de autoatendimento, com uso de senha pessoal. Expõe necessidade de revogação da tutela de urgência e de atendimento ao princípio do "pacta sunt servanda", expondo boa-fé e ausência de ilicitude por parte do banco réu. Repele a inversão do ônus probatório e impropriedade na fixação de honorários advocatícios (fls. 111/126).

Acesso ao Sumário

Vieram contrarrazões as fls. 133/136, subindo os autos. Sobreveio parecer da d. Procuradoria Geral da Justiça, pugnando pelo improvimento do recurso (fls. 140/148).

É o relatório.

Uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

A notícia da interdição da requerente, de fato, revelou indícios de comprometimento da sua saúde mental. Ficara ela impedida de "receber e celebrar contratos em geral", consoante r. sentença proferida no processo de interdição nº 1011247-39.2016.8.26.0506.

Em que pese o entendimento de boa parte da doutrina e jurisprudência, acerca dos efeitos *ex nunc* da mencionada decisão, é certo que, excepcionalmente, pode ser mensurada a validade de atos anteriormente praticados. Há muito decidira a C. Corte Superior que "**os atos praticados pelo interditado anteriores à interdição podem ser anulados, desde que provada a existência de anomalia psíquica causa da incapacidade já no momento em que se praticou o ato que se quer anular**" (REsp 25571-GO, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 28.11.2000).

Assim também dispusera aquele E. Sodalício: "**Conquanto a sentença de interdição tenha sido proferida em data posterior ao decurso do prazo prescricional, a suspensão deste prazo ocorre no momento em que se manifestou a incapacidade mental do indivíduo. Inteligência do art. 198, I, do Código Civil**". (REsp 652.837/RJ, E. 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 29.6.07).

Observa-se, naqueles autos, conclusão pericial de que as capacidades da recorrida regrediram nos últimos seis anos. Em tal passo, não há como apartar a premissa de que, no momento das contratações, a requerente já possuía saúde mental ao menos comprometida.

É certo, ademais, que o requerido não rebateu tal aferição com elementos robustos de prova, mostrando-se impertinente, no caso, afastar a inversão do ônus da prova típica das relações de consumo, porque cogente a observância dos termos da Súmula nº 297 do C. STJ, que reza: "**O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras**".

Não se olvida que a autora seja economicamente vulnerável, quando comparada à instituição financeira de grande porte. Aliás, é esta a presunção advinda do artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse caso, trazendo a requerente indícios de que era acometida por doença psíquica, passa a ser do réu a incumbência de comprovar o contrário, por utilização das regras probatórias já mencionadas. Inexistindo tal comprovação, há de prevalecer o quanto deduzido e demonstrado pela autora.

Acesso ao Sumário

Sabe-se que é nulo o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz, nos termos do artigo 166, I, da lei civil. Soma-se a tal previsão o comando do artigo 14 da norma consumerista, que estabelece a responsabilidade objetiva aos prestadores de serviços, prescindindo da comprovação de culpa.

Parece-nos, diante de tais considerações, que a parcial procedência, na forma reconhecida, era de rigor, conquanto ausente elemento essencial de validade dos atos impugnados.

Assim foram julgados os seguintes casos análogos:

APELAÇÃO CIVEL - Ação declaratória de nulidade de negócio jurídico com pedido de restituição de indébito, dano moral e pedido de tutela antecipada - Contratos Bancários - Nulidade - Sentença de parcial procedência - Insurgência - É nulo o negócio jurídico celebrado por pessoa absolutamente incapaz, nos termos do art. 166 do Código Civil - Laudo pericial acostado aos autos que comprova que o discernimento do autor já estava severamente comprometido, pelo quadro demencial quando dos negócios entabulados - Não há que se perquirir acerca da ocorrência da fraude por terceiro, eis que restou evidenciado que o banco não tomou as cautelas necessárias para a celebração dos contratos de empréstimos - Honorários advocatícios fixados de acordo com a legislação em vigor - Sentença mantida - Sucumbência majorada nos termos do art. 85 do CPC - Recurso desprovido. (Apelação 1002329-32.2016.8.26.0543; Relator: Jacob Valente; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Isabel - 1ª Vara; Data do Julgamento: 09/11/2018; Data de Registro: 09/11/2018);

Ação de indenização - prestação de serviços bancários - correntista interditado - movimentação bancária - comprovação da alienação mental do autor, que remonta período anterior à sentença de interdição - nulidade do negócio jurídico firmado por absolutamente incapaz - restabelecimento do "status quo ante" - dano material caracterizado - dano moral afastado - ação julgada parcialmente procedente - recurso parcialmente provido. (Apelação 0044260-13.2009.8.26.0564; Relator: Coutinho de Arruda; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/09/2017; Data de Registro: 06/10/2017).

Por fim, considerando que a casa bancária ofertou contestação, impugnando elementos de mérito, não se mostra desarrazoada a condenação no pagamento de honorários advocatícios, conquanto tenha havido atuação profissional da parte adversa, para o reconhecimento das aventadas nulidades, prevalecendo o princípio da sucumbência.

Acesso ao Sumário

Consoante decidido por esta C. Câmara, "**a verba honorária presta-se a remunerar o trabalho profissional desenvolvido com zelo e sucesso pelo procurador constituído pela autora**" (Apelação n.º 1036023-13.2015.8.26.0224, Relator: João Camillo de Almeida Prado Costa; Data do julgamento: 04/07/2016; Data de registro: 08/07/2016).

Por tais razões, tenho que não mereça reforma o r. decisório impugnado.

Mantida a decisão de primeiro grau, fixo honorários advocatícios recursais 05% (cinco por cento) do valor da causa atualizado, em favor da apelada, que serão somados à verba arbitrada em sentença, na forma lá estabelecida.

Pelo exposto, por meu voto, **nego provimento** ao recurso, mantendo a r. decisão tal como lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1086011-16.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PLANETA CORPO SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA., é apelado FITNESS FOR HEALTH ACADEMIAS E FRANQUIAS LIMITADA - ME.

ACORDAM, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para afastar a extinção decretada e, julgaram, desde logo, improcedente a ação anulatória da sentença arbitral. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14566)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AZUMA NISHI (Presidente sem voto), HAMID BDINE e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Sentença arbitral - Ação anulatória - Afirmada carência de ação derivada da ausência de interesse de agir - Exame abstrato da pretensão deduzida na petição inicial - Extinção afastada - Aplicação do artigo 1.013, §3º, inciso I do CPC de 2015 - Causa madura - Apreciação do mérito da causa - Ausência de nulidade da sentença arbitral, proferida em prazo compatível com o estipulado pelas partes - Interpretação do artigo 23 da Lei 9.307/1996 - Ausência de enquadramento nas hipóteses previstas

Acesso ao Sumário

no artigo 32 da própria Lei 9.307 - Descabimento do reexame do conteúdo da demanda pelo Poder Judiciário - Apelo provido, para afastar a extinção decretada, julgada, desde logo, improcedente a ação.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pelo r. Juízo de Direito da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central (Comarca da Capital), que julgou extinta, sem resolução do mérito, ação anulatória de sentença arbitral, com fundamento no artigo 485, inciso I do CPC de 2015, e condenou a autora pelo pagamento de custas e despesas processuais, deixando de condená-la ao pagamento de honorários sucumbenciais diante da ausência de citação (fls. 3.085/3.087).

A apelante argumenta que a escolha da arbitragem foi exigida em contrato de franquia celebrado, sendo que a opção de árbitro único foi recomendada pelo Conselho Arbitral de São Paulo (CAESP). Alega que a sentença arbitral é nula por ter sido proferida fora do prazo, violando o artigo 23 da Lei 9.307/1996. Aduz, ainda, que a sentença arbitral é nula por diversos erros cometidos pelo árbitro, tais como julgamento com base em perícia incompleta, falta de estabelecimento de prazo para entrega de documentação por parte da ré para prosseguimento da perícia, julgamento contrário ao laudo pericial e parcialidade do árbitro em favor da apelada. Sugere que o árbitro não teria experiência com franquias, nem como árbitro (fls. 3089/3103).

Em contrarrazões, a recorrida alega que a pretensão do apelante é questionar o veredicto pronunciado em sede de arbitragem, pretendendo reexame do mérito da demanda. Argumenta que a perícia não foi incompleta, pois apresentou todos os documentos solicitados pelo perito por meio digital. Aduz que as partes elegeram o regulamento da instituição arbitral e delegaram a decisão sobre o prazo à Secretaria do Conselho de Arbitragem do Estado de São Paulo (CAESP), nos termos do parágrafo único do artigo 23 da Lei 9.307/96. Afirma que a Cláusula 7.7 do Termo de Arbitragem (fls. 188/202), assinado por ambas as partes, previu que o prazo para prolação da sentença arbitral era de 2 (dois) meses a contar do recebimento de alegações finais, podendo ser ampliado por igual período pelo árbitro. Esclarece que as alegações finais foram apresentadas em 31 de janeiro de 2017, tendo sido prorrogado por mais dois meses (fls. 2392/2393), findando-se, então, em 31 de maio de 2017. Argumenta que a demora do processo não ocorreu por negligência do árbitro, sendo inexistente qualquer pedido da autora para substituição do árbitro, pois não ocorreu qualquer irregularidade. Pede improcedência da apelação e condenação da apelante em honorários advocatícios em 20%, bem como aplicação de multa

Acesso ao Sumário

por litigância de má-fé (fls. 3117/3138).

Após manifestações das partes (fls. 3149 e 3150), foi designada audiência de conciliação, que restou infrutífera (fls. 3160).

É o relatório.

A apelante sustenta, em suma, que a sentença arbitral objeto da presente demanda é nula porque o Tribunal Arbitral teria violado o artigo 23 da Lei 9.307/1996, por não ter respeitado prazo de 6 (seis) meses para prolação da sentença, bem como aponta outras questões de procedimento e imparcialidade do árbitro nomeado.

A sentença apelada indeferiu a petição inicial, com fundamento no artigo 330, inciso III do CPC de 2015, e julgou extinta a presente ação sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, inciso I do mesmo diploma legal, sob o fundamento de estar caracterizada a carência de ação por falta de interesse processual, frisando não ser admitido o ajuizamento de ação para requerer a revisão da justiça da sentença arbitral.

Irresignada, a apelante pretende reforma e o apelo comporta provimento, mas de maneira restrita.

Salienta-se que as partes renunciaram, expressamente, ao ajuizamento de demandas decorrentes do contrato de franquia junto ao Poder Judiciário, incidindo o artigo 4º da Lei 9.307, sem estar concretizada violação ao artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República.

Como ficou acentuado nos votos proferidos pelos Ministros Sepulveda Pertence e Nelson Jobim, no ensejo do julgamento do AGRSE 5.206-7 (STF, Pleno, j. 12.12.2001), com a instituição do juízo arbitral, por ato das partes, se concretiza a renúncia a submeter controvérsias ao Estado-Juiz, subtraindo-se, a partir da declaração de uma vontade livre e consciente, sua atuação. Só persiste, então, considerada a disciplina estatuída pela Lei 9.307/1996, o controle jurisdicional sobre os requisitos de validade da sentença arbitral, persistindo compatibilidade plena com o invocado inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República, dada a renunciabilidade ao direito de ação.

De início, afasta-se a extinção sem julgamento do mérito por carência de interesse processual, porque, ao contrário do afirmado na sentença, a apelante, na presente demanda, não pretende rediscutir somente o mérito da sentença arbitral, requerendo, também, seja reconhecida a nulidade daquela sentença em razão de inobservância de prazo para prolação da sentença, fazendo específica referência ao artigo 32 da Lei 9.307/1996 (fls. 07).

As condições da ação são apreciadas em abstrato, a partir da pretensão deduzida pela parte-autora, como soma da causa de pedir e do pedido, sem confronto com as provas ou com as alegações defensivas.

O interesse de agir se vincula à presença de uma pretensão resistida, ou

Acesso ao Sumário

seja, da presença de um litígio capaz de exigir a atuação da tutela jurisdicional para sua solução, e da utilização de um rito processual adequado ao conhecimento dos fatos narrados (A. C. Araújo Cintra, A. P. Grinover e C.R. Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 8ª ed., RT, São Paulo, 1991, p.230). No texto da petição inicial, é proposta a presença de vícios formais e invalidantes, capazes de macular a sentença arbitral, o que implica, desde logo, na presença da condição da ação enfocada.

Não há, por tanto, carência de ação para ser reconhecida, impondo-se seja afastada a extinção decretada.

Caracterizada uma causa madura, visto ser desnecessária a produção de novas provas para que sejam solvidas as questões controvertidas estabelecidas pelas partes, é preciso, então, por aplicação do artigo 1.013, §3º, inciso I do CPC de 2015 (correspondente ao artigo 515, §3º do CPC de 1973), apreciar o mérito da causa e, desde logo, definir se persiste nulidade na sentença arbitral.

Com efeito, não há a menor dúvida quanto à preservação do contraditório e da ampla defesa e a matéria discutida ostenta somente conteúdo formal, o que permite, desde logo, sua apreciação, imprescindível apenas a análise de documentos.

Na espécie, as partes convencionaram a solução de qualquer litígio por meio de arbitragem, em procedimento perante o Conselho de Arbitragem do Estado de São Paulo (CAESP) com aplicação do respectivo regulamento (Cláusula 20 do Contrato de Franquia).

Ressalte-se que, ao árbitro, na qualidade de julgador, cabe fazer a triagem dos meios de prova compatíveis com a solução do litígio posto diante de si e, no caso concreto, foi realizada a efetiva prática de atos instrutórios, com a colheita de testemunhos e a ampla possibilidade de exibição de documentos. Tendo o árbitro se dado por satisfeito com os elementos já disponibilizados pelas partes, após a realização de referidos atos instrutórios, não é dado ao Poder Judiciário refazer este exame de suficiência da prova. Não pode ser reconhecido o cerceamento na produção de provas ou a violação da ampla defesa, o que remete, sobretudo, ao disposto no artigo 370, "caput" e parágrafo único do CPC de 2015 (correspondente ao artigo 130 do CPC de 1973).

Acesso ao Sumário

Além disso, em que pese a alegação da recorrente quanto à inobservância do prazo de seis meses previsto no artigo 23 da Lei 9.307/1996, referido prazo somente é aplicável caso não tenha sido estipulado outro pelas partes; no entanto, pelo Termo de Arbitragem (fls. 188/199) as partes, convencionaram que "7.7 - O prazo para prolação da sentença arbitral será de 2 (dois) meses a contar do recebimento das Alegações Finais, e poderá ser ampliado por igual período pelo Árbitro" (fls. 195).

Pela Ordem Processual datada de 28 de março de 2017, o prazo para

prolação da sentença arbitral foi prorrogado para o dia 31 de maio de 2017 (fls. 2392/2393), data em que a mesma foi prolatada (fls. 35).

Ao contrário do que alega a recorrente, a sentença arbitral, então, foi proferida no prazo convencionado pelas partes, inexistindo a nulidade alegada pela apelante.

Não seria viável, de toda maneira, afirmar tenha sido proferida a sentença arbitral quando esgotada esta possibilidade, por ultrapassagem do prazo inicialmente estabelecido, porquanto, por aplicação do artigo 12, inciso III da Lei 9.307, seria necessária, como condição da inviabilidade do julgamento e do surgimento da nulidade, a prévia notificação do tribunal arbitral. A parte autora não efetivou tal notificação e, tacitamente, haveria de ter concordado com o prolongamento da atuação do árbitro.

Quanto aos demais argumentos da autora, consistem em meras alegações de erros cometidos pelo árbitro, sugerindo ser duvidosa a qualificação do mesmo, pelo que não se enquadram em qualquer das hipóteses elencadas no referido artigo 32 da Lei 9.307. Resta, neste âmbito, impossibilitada a apreciação da pertinência de argumentos e proposições apresentados pela parte autora, vedado o reexame do conteúdo da demanda pelo Poder Judiciário, que não pode, de maneira alguma, assumir uma função revisora à arbitragem. São apresentadas simples lamúrias ou queixumes com respeito ao veredicto pronunciado no procedimento arbitral, com a afirmação da falta de imparcialidade, sem a apresentação de qualquer mínimo elemento concreto, tudo conduzindo ao decreto de improcedência.

Ademais, a afirmação apresentada pela recorrente, quanto ao prazo de 6 (seis) meses para prolação da sentença arbitral, omitiu a verdade dos fatos, sendo de rigor sua condenação por litigância de má-fé, visto que, pelo Termo de Arbitragem, expressamente as partes estipularam de modo diverso, conforme já exposto acima, aplicando-se os artigos 80, inciso II e 81 do CPC de 2015, o que implica na imposição de multa correspondente a 1% (um por cento) do valor da causa.

Resta, enfim, também, caracterizada a sucumbência da parte autora, que, agora, tendo sido a parte ré trazida a Juízo, fica condenada ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários de advogado, os quais, por aplicação do artigo 85, § 2º do CPC de 2015, considerado o pequeno número de atos processuais praticados, são arbitrados no mínimo legal, de 10% (dez por cento) do valor da causa.

Dá-se, por isso, provimento ao apelo, para o fim de afastar a extinção decretada, e, apreciado o mérito da causa, aplicado o artigo 1.013, § 3º, inciso I do CPC de 2015, julga-se improcedente a presente ação anulatória, nos termos acima.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1027946-68.2016.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelada KYARA REGINA MARTINS DE VASCONCELOS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante DANONE LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.943)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) e CESAR LUIZ DE ALMEIDA.

São Paulo, 5 de dezembro de 2018.

CESAR LACERDA, Relator

Ementa: Bem móvel. Ação de indenização por danos morais. Presença de corpo estranho interior do pote de iogurte (inseto). Dano moral. Configurado. Segundo a atual jurisprudência do STJ a existência de corpo estranho em alimento industrializado gera dano moral in re ipsa, independentemente de sua ingestão. Valor indenizatório arbitrado em harmonia com os critérios de balizamento usuais. Recursos não providos.

VOTO

Trata-se de ação de indenização por danos morais, fundada em compra e venda de bem móvel (pote de iogurte), julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls. 137/141, cujo relatório se adota.

Inconformadas, apelam as partes.

A demandada Danone Ltda., no apelo de fls. 147/161, aduz, em breve síntese, que sua responsabilidade não foi comprovada no feito. Alega que não teve acesso ao produto e não há laudo comprovando a impropriedade do produto. Discorre sobre o processo de fabricação; e a não demonstração dos prejuízos imateriais. Subsidiariamente, pugna pela redução da quantia fixada a esse título. Argumenta sobre a verba perdimental.

A autora Kyara Regina Martins de Vasconcelos, no recurso adesivo de fls. 166/182, sustenta que o valor fixado a título de danos morais (R$ 5.000,00) deve ser majorado.

Acesso ao Sumário

Recursos regularmente processados, com respostas.

Às fls. 209/216 parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, opinando pelo não provimento dos apelos.

É o relatório.

Narra a inicial que os avós e representantes da requerente Kyara adquiriram um pote de iogurte, produzido pela requerida Danone, o qual foi ingerido pela autora, que na data dos fatos contava com 04 anos, oportunidade em que verificaram a presença de um corpo estranho, notando que o alimento estava impróprio para consumo, pois encontraram um inseto em seu interior, ao passo que a menor foi encaminhada à Unidade Mista de Saúde de Jarinu, pois "*começou a passar mal sentindo fortes dores na barriga, febre e dor de cabeça*" (*sic*).

Ao contrário do que sustenta a ré as fotografias acostadas ao feito e o cupom fiscal de compra do produto, são suficientes para comprovar o fato, cabendo aqui assentar a responsabilidade objetiva pela qual responde a fabricante, pelos danos causados à consumidora.

Ademais, embora o produto não tenha sido completamente ingerido pela autora, eis que era visível a olho nu a presença do corpo estranho, inegavelmente, a situação trouxe danos à incolumidade da requerente, conforme a ficha de atendimento ambulatorial de fls. 28, que supera mero dissabor, a que todos estão sujeitos no cotidiano das relações comerciais, sendo suficiente para fundamentar o pleito indenizatório.

Nesse sentido é a atual jurisprudência do STJ que considerou que a existência de corpo estranho em alimento industrializado gera dano moral *in re ipsa*, independentemente de sua ingestão, nos seguintes termos:

"**RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE PACOTE DE BISCOITO RECHEADO COM CORPO ESTRANHO NO RECHEIO DE UM DOS BISCOITOS. NÃO INGESTÃO. LEVAR À BOCA. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARRETAR RISCOS AO CONSUMIDOR. 1. Ação ajuizada em 04/09/2012. Recurso especial interposto em 16/08/2016 e concluso ao Gabinete em 16/12/2016.**

2. O propósito recursal consiste em determinar se, para ocorrer danos morais em função do encontro de corpo estranho em alimento industrialização, é necessária sua ingestão ou se o simples fato de levar tal resíduo à boca é suficiente para a configuração do dano moral.

3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor à risco concreto de lesão à

Acesso ao Sumário

sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor à risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8º do CDC.

5. Na hipótese dos autos, o simples "levar à boca" do corpo estranho possui as mesmas consequências negativas à saúde e à integridade física do consumidor que sua ingestão propriamente dita.

6. Recurso especial provido" (REsp nº 1644405, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 09/11/2017).

Anote-se, por oportuno, que é irrelevante o fato da autora não ter consumido o produto com o inseto, em sua inteireza, para fins de responsabilização da requerida, pois o risco potencial à sua saúde restou configurado e a possível circunstância de ter ela consumido o iogurte e vir a sofrer danos à sua saúde seriam considerados apenas para intensificar o montante da indenização.

Quanto ao valor arbitrado, é consabida a dificuldade de que se reveste a quantificação da indenização por danos morais, que deve levar em conta a gravidade do dano, a sua extensão, a posição social e econômica das partes, as finalidades reparatória e punitiva da indenização, devendo ser ela suficiente para coibir novos abusos do ofensor, sem que, todavia, permita o enriquecimento sem causa do ofendido.

Sopesados todos os aspectos antes mencionados, considera-se que a importância fixada pela juíza singular **(R$ 5.000,00)** é adequada para compor o prejuízo moral experimentado e restabelecer o equilíbrio da balança da justiça, sem se mostrar excessiva nem irrisória, motivo pelo qual não comporta alteração.

Por fim, tem-se que os ônus perdimentais foram devidamente fixados pela magistrada monocrática, lembrando-se que a fixação dos danos morais em valor inferior ao apontado no pedido não implica em reflexos na distribuição da verba sucumbencial, nos termos da Súmula 326 do STJ.

Assim, considerando o trabalho adicional desenvolvido nesta fase recursal pelo advogado da parte vencedora, os honorários sucumbenciais fixados na sentença ficam majorados de R$ 1.000,00 para R$ 2.000,00, nos termos do art. 85, § 11º, do Estatuto de Ritos de 2015.

Diante do exposto, nega-se provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1096354-71.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LPJM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E CONSULTORIA LTDA., são apelados LUCIENE JESUS DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA) e LUCIANO JESUS DO NASCIMENTO (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.740)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente), CLAUDIO HAMILTON e EDGARD ROSA.

São Paulo, 6 de dezembro de 2018.

HUGO CREPALDI, Relator

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Contrato de prestação de serviços de proteção de bens - Motocicleta dos autores que não foi encontrada no prazo contratual de 30 dias - Requerida, contudo, que recusou o pagamento da multa, sob alegação de descumprimento contratual - Mudança de endereço que foi devidamente comunicada pelo contratante - Ausência do envio de comprovante de endereço, por si só, que não é suficiente para afastar o dever da ré de cumprir com sua obrigação - Inexistência, ademais, de qualquer agravamento do risco - "Multa punitiva" devida - Sentença mantida - Negado provimento.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Apelação interposta por **LPJM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E CONSULTORIA LTDA.**, nos autos da ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais que lhe movem **LUCIENE JESUS DO NASCIMENTO** e **LUCIANO JESUS DO NASCIMENTO**, objetivando a reforma da sentença (fls. 273/276) proferida pela MM. Juíza de Direito, Dra. Laura de Mattos Almeida, que julgou parcialmente procedente a ação, condenando a ré ao pagamento da importância equivalente a 100%

do valor do veículo na data do sinistro de acordo com a Tabela FIPE, com correção monetária a contar da comunicação do sinistro e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Diante da sucumbência recíproca, determinou que cada litigante deverá arcar com o pagamento de 50% das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios dos patronos da parte contrária, fixados em 10% sobre o valor da condenação, observada a condenação dos autores de beneficiários da justiça gratuita.

Apela a ré (fls. 278/289), sustentando que a indenização não é devida, vez que os autores descumpriram sua obrigação contratual de informar qualquer mudança de endereço.

Afirma que, aplicando-se a exceção do contrato não cumprido, está desobrigada de cumprir sua obrigação se a parte contrária não adimpliu a sua.

Apresentadas contrarrazões (fls. 293/298), o apelo foi recebido em seu duplo efeito.

É o relatório.

Tratam os autos de ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais, movida pelos autores visando à condenação da ré ao pagamento de R$ 7.374,00 (sete mil trezentos e setenta e sete reais), (*sic*), em razão do furto de sua motocicleta, além da reparação dos danos materiais e morais sofridos com a indevida recusa.

Alega a autora **LUCIENE** ser proprietária da motocicleta Yamaha YS150 Fazer Sed, ano/modelo 2015, placa GJR, sendo condutor o requerente **LUCIANO**. Diz que contratou o serviço de proteção de bens junto à requerida, no período de 16/07/2016 a 15/07/2017, com cobertura de 100% do valor do veículo na tabela FIPE em caso de roubo/furto, mediante o pagamento de R$ 1.300,00 (mil e trezentos reais).

Relata que, em 20 de abril de 2017, **LUCIANO** estacionou a motocicleta em frente ao local de seu trabalho, e quando retornou, descobriu que havia sido furtada. Comunicado o sinistro imediatamente à ré e não localizado o bem no prazo de 30 dias, defende fazer jus à indenização prevista na Cláusula 5.3.

Acesso ao Sumário

Narra, contudo, que o pagamento foi recusado pela empresa demandada, sob o argumento de descumprimento da Cláusula 3.9, apesar da mudança de endereço ter sido devidamente informada.

Contestada a ação, a MM. Magistrada *a quo* decidiu pela parcial procedência do pedido, condenando a ré a pagar aos autores o valor da motocicleta conforme a tabela FIPE vigente na data do acidente, mas afastando os danos emergentes e os danos morais.

A r. sentença não comporta reforma.

A apelante defende não possuir a obrigação de pagar o valor da motocicleta

furtada aos autores, com fundamento na Cláusula 5.4 do contrato celebrado entre as partes, segundo a qual "*A Multa Punitiva (OPÇÃO 01 SEM SEGURO) será devida nos casos em que o CONTRATANTE tenha cumprido todas as obrigações estabelecidas neste Contrato, em especial aquelas determinadas na Cláusula III, sendo que a ocorrência de qualquer descumprimento contratual por parte do CONTRATANTE exonera a CONTRATADA da obrigação de pagar a Multa Punitiva*".

Afirma a recorrente que os recorridos teriam descumprido a obrigação contratual de manter seu cadastro atualizado, conforme impõe a Cláusula 3.9, *in verbis*:

> "*3.9 O CONTRATANTE se compromete a manter atualizado seu cadastro perante o banco de dados da CONTRATADA, bem como informar imediatamente quaisquer alterações em se cadastro, tais como mudança de endereço e de telefones de contato*".

Todavia, constata-se do documento de fls. 241 que a mudança de endereço foi devidamente informada à ré por mensagem eletrônica, meses antes da ocorrência do sinistro.

Assim, não se tem notícia de qualquer descumprimento contratual por parte dos autores capaz de afastar o dever da ré de arcar com a multa punitiva pactuada. A ausência de envio do comprovante de endereço atualizado constitui mera irregularidade formal, capaz de ser sanada a qualquer tempo, inclusive na regulação do evento.

Cumpre observar, ademais, que a motocicleta foi furtada no trabalho do autor **LUCIANO**, e não em sua residência, de modo que, ainda que a alteração do endereço não tivesse sido informada, não se vislumbra qualquer agravamento do risco contratado, apto a afastar o dever da ré de indenizar.

Em caso análogo, assim decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

> *Prestação de serviços. Rastreamento de veículo à distância com cláusula de pagamento de "multa" no caso de não localização do veículo. Ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais. Parcial procedência. Recusa no pagamento de "multa", em decorrência da não localização do bem, com o qual a contratada se comprometeu, sob alegação de descumprimento contratual. Suposta mudança de endereço não comunicada. Alegação verossímil de hospedagem temporária na residência da genitora, em razão de obras no próprio endereço. Veículo subtraído a mão armada na via pública. Agravamento do risco, ademais, não verificado. Má-fé do contratante não comprovada. Adimplemento contratual devido. Dano moral não verificado. Descumprimento contratual, consistente no dever de indenizar constitui mero contratempo, aborrecimento comum, incapaz de desencadear obrigação de indenizar. Recurso parcialmente provido. (Apelação 1008720-36.2017.8.26.0068, Rel. Cesar Lacerda, 28ª Câmara de Direito Privado, d.j. 12.06.2018)*

Acesso ao Sumário

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 favor do patrono dos autores para 15% do montante da condenação.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo-se a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3001879-54.2013.8.26.0642, da Comarca de Ubatuba, em que é apelante LEA TARALLO e são apelados GEORGIOS EFSTATHIOS GALANOS (JUSTIÇA GRATUITA) e CELINA JOSEFA RODRIGUES GALANOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.865)**

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

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

CELSO PIMENTEL, Relator

Ementa: Em face da alteração da fachada lateral do condomínio, de que se habilita a reclamar a condômina, da falta de aprovação da obra pela municipalidade, a despeito de superada depois pelo habite-se, e da diminuição do grau de segurança da unidade da autora, acolhe-se em parte sua demanda ajuizada contra vizinhos do térreo, que ficam condenados à demolição da construção e ao restabelecimento da área descoberta destinada a quintal. Nas circunstâncias, repele-se a pretendida indenização moral e se rejeita a de honorários advocatícios contratuais, que não integram a reparação civil.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vizinha do apartamento de cima, autora apela da respeitável sentença

que, anulada a primeira, rejeitou-lhe demanda ajuizada contra vizinhos do apartamento do térreo, por condenação ao cumprimento de obrigação de fazer, demolição de cobertura construída, e por indenização. Reclama de cerceamento de defesa, no impedimento à demonstração da insalubridade e do aquecimento do interior de sua unidade gerados pela cobertura do recuo, e insiste na pretensão e no desrespeito da ampliação a leis municipais e à convenção condominial. Critica a perícia, lembra que "a obra não é passível de regularização" e argumenta com o custo da contratação de advogado, com a alteração de fachada e com o ilícito praticado pelos réus.

Vieram preparo, resposta e documento.

É o relatório.

No prédio de três pavimentos, a autora é proprietária da unidade do primeiro andar e os réus, da do térreo.

Eles construíram cozinha e área de serviço, cobertas com telhado sob a sacada do apartamento dela, que reclama de insalubridade, de insegurança, de alteração de fachada e de violação a regras municipais e convencionais.

A perícia confirmou a construção (fls. 362/366), antes retratada sem legenda (fls. 56/57) e admitida pelos réus, e negou "insalubridade ou inabitabilidade" e "risco à segurança" à unidade da autora, uma vez que "do outro lado do muro de divisa" há "imóveis particulares habitados". Observou que no condomínio há "outras unidades" com o "mesmo tipo de obra" e que "as coberturas não interferem no bem-estar nem na segurança" (fls. 376/377).

Segundo a especificação do condomínio e a matrícula do Registro de Imóveis, é privativa dos réus, não comum, a "área descoberta destinada a quintal" (fls. 15 e 32), o que, no entanto, já revela dois pontos em desfavor deles: a destinação, a "quintal", não a cozinha nem a área de serviço, e "descoberta", não coberta, apesar da redundância.

Além disso, a construção alterou à evidência a fachada lateral do condomínio, de que se habilita a reclamar a autora, como condômina, e o que só se admitiria com o voto de todos os condôminos, do que não se tem notícia e o que talvez não se alcance.

A obra tampouco contou com aprovação da municipalidade, que autuou os réus (fls. 58/73), e cujo procedimento administrativo teve arquivamento motivado apenas pela pendência da demanda (fl. 375), depois superado pelo habite- se.

Se a queixa de insalubridade e de aquecimento do interior da unidade não se confirmou - e no ponto o aceno com cerceamento de defesa mostra-se vazio, porque a perícia apresenta conclusão fundamentada e convincente -, a da diminuição do grau de segurança é inegável, ainda que não fosse muito maior antes: o telhado rente à sacada tornou mais vulnerável o acesso ao apartamento

Acesso ao Sumário

(fls. 22 e 364/365).

Verdade, há outras unidades com construção semelhante (fls. 369/371), a revelar leniência à alteração da fachada, o que, porém, não se erige em direito nem afasta o ilícito dos réus, ora reconhecido e proclamado, até que venha e se vier o condomínio a deliberar em sentido oposto, mas à unanimidade.

Do mesmo modo, é irrelevante que a atual ocupante do imóvel não se oponha à obra, porque o que está em lide é a legítima pretensão da autora enquanto condômina.

Em consequência, ordenam-se a demolição da construção e o restabelecimento da área descoberta destinada a quintal, em trinta dias da intimação para o cumprimento deste acórdão em primeiro grau, com prazo de noventa dias para a execução, sob pena de multa diária de quinhentos reais.

Nas circunstâncias, em que o prejuízo se limitou ao grau de risco, não houve lesão a direito da personalidade e, portanto, de indenização moral não se cogita.

De honorários advocatícios contratuais, também não e a despeito das regras dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil de 2002, que chega a prever prazo quinquenal de prescrição (art. 206, § 5º, III), porque não integram a reparação civil, tal qual redefiniu o Superior Tribunal de Justiça,[1] orientação que

1 - "O entendimento consolidado pela Segunda Seção desta Corte no julgamento do EREsp nº 1.155.527/MG, de relatoria do Ministro SIDNEI BENETI, aos 13/6/2012 é de que a simples contratação de advogado para ajuizamento de ação não induz, por si só, a existência de ilícito gerador de danos materiais" - AgRg no REsp 1533892/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe 10/6/2016. Idem, AgRg no REsp 1507864/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/9/2015, DJe 25/9/2015.

- "Os custos decorrentes da contratação de advogado para o ajuizamento de ação, por si só, não são indenizáveis, sob pena de atribuir ilicitude a qualquer pretensão questionada judicialmente. A atuação judicial na defesa de interesses das partes é inerente ao exercício regular de direitos constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa e o amplo acesso à Justiça" - AgRg no AgRg no REsp 1478820/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/4/2016, DJe 19/4/2016.

- "A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora" - REsp 1568935/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 5/4/2016, DJe 13/4/2016.

- "A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora" - AgRg no AREsp 810.591/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA

TURMA, julgado em 4/2/2016, DJe 15/2/2016.

- "A contratação de advogado 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. Incidência do enunciado n. 83 da Súmula desta Corte" - AgRg no REsp 1539014/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 3/9/2015, DJe 17/9/2015.

- "1. Debate-se na demanda a responsabilidade civil do INSS em ressarcir a parte que lhe moveu ação judicial para o pagamento de benefício previdenciário pelas despesas referentes aos honorários advocatícios contratuais, a título de perdas e danos. 2. A mera resistência à pretensão deduzida em juízo não é suficiente para caracterizar a conduta do réu como ato ilícito, ressalvadas, obviamente, situações excepcionais em que efetivamente constatado o abuso no exercício do direito. 3. Dessa feita, não se cogita de perdas e danos, nem

se acata, por força da autoridade.

Em suma, julga-se procedente em parte a demanda, com a condenação referida.

Considerada a decadência recíproca, as custas e as despesas processuais serão rateadas à metade por polo e os réus pagarão à autora honorários de sucumbência, também os recursais, de quinze por cento sobre o valor corrigido da causa e a autora, aos réus, de dez por cento.

Pelas razões e para os fins expostos, dá-se parcial provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0014002-

de condenação da parte contrária ao ressarcimento dos honorários contratuais, pois a sucumbência sofrida no âmbito processual, via de regra, encontra-se regulada nos arts. 20 a 35 do CPC, não compreendendo, portanto, o ressarcimento das despesas com honorários contratuais. Precedentes: AgRg no AREsp 477.296/RS, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 2/2/15. AgRg no AREsp 516.277/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 4/9/14. AgRg no REsp 1.229.482/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 23/11/12" - REsp 1480225/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015.

- "Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que os custos decorrentes da contratação de advogado para ajuizamento de ação, por si só, não constituem ilícito capaz de ensejar danos materiais indenizáveis. Precedentes da Segunda Seção" (AgRg no AREsp 477.296/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe de 2/2/2015)" - AgRg no REsp 1370501/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 25/8/2015, DJe 16/9/2015.

- "Agravo interno no agravo em recurso especial. Civil e Processual Civil (CPC/1973). Ação de indenização por danos materiais. Honorários advocatícios contratuais. Perdas e danos. Impossibilidade. Orientação pretoriana sedimentada. Agravo interno desprovido" - AgInt no AREsp 770.218/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 2/5/2017, DJe 16/5/2017.

- "1. Controvérsia acerca da possibilidade de se cobrar, em ação autônoma, honorários advocatícios contratuais e honorários de assistente técnico relativos à atuação em demanda anterior. 2. Descabimento da condenação do vencido ao ressarcimento dos honorários contratuais do advogado que atuou no processo em favor da parte vencedora. Jurisprudência pacífica desta Corte Superior.3. Distinção entre honorários contratuais e de sucumbência" - REsp 1566168/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 5/5/2017.

- "Não é cabível o pedido de ressarcimento dos gastos com a contratação de advogado para demandar em Juízo, pois o exercício do direito de ação, constitucionalmente garantido, por si, não constitui ilícito capaz de ensejar danos morais e materiais indenizáveis. Precedentes da Segunda Seção" - AgInt no REsp 1304713/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017.

- "Quanto à reparação de danos requerida pelo recorrente, em decorrência de gastos com a contratação de advogado para ajuizamento de ação, é firme o entendimento do STJ segundo o qual tal fato, por si só, não constitui ilícito capaz de ensejar danos materiais indenizáveis" - REsp 1696910/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 19/12/2017.

- "A Corte Especial e a Segunda Seção do STJ já se pronunciaram no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora. Precedentes: EREsp. 1.507.864/RS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/4/2016, DJe 11/5/2016 e EREsp 1.155.527/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/6/2012, DJe 28/6/2012)" - AgInt no REsp 1675580/MA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017.

49.2004.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante DAMIANA MARIA JESUS DE ARAUJO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO ILHAMARES.

ACORDAM, em 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.062)**

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

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

FELIPE FERREIRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. DIREITO COMUM. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. Inaplicável ao caso o prazo prescricional referente aos contratos de trabalho, uma vez que há decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça (Conflito de Competência nº 87.585-SP) que reconheceu tratar de ação em que a autora postula direito próprio e não direito do de cujus, fixando inclusive a competência da Justiça Comum para o julgamento do presente feito. 2. Julgada a lide exatamente nos termos em que foi proposta, não há que se falar em prolação de sentença extra petita. 3. Comprovado que o acidente fatal se deu por culpa do empregador, de rigor o pagamento da indenização. 4. Subtraída a parcela referente a gastos pessoais, a pensão deve corresponder a 2/3 dos salários da vítima. 5. É inegável que a perda de ente familiar causa abalo moral apto a justificar a reparação do dano daí decorrente e oriundo do agir indiligente do requerido. 6. O valor do dano moral deve ser aferido com razoabilidade, sem excesso, para que não gere enriquecimento, nem insignificância, que o torne inexpressivo. 7. Na fixação da verba honorária deverá o juiz garantir condigna e justa remuneração do advogado da parte vencedora. Recursos parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recursos de apelação contra respeitável sentença de fls. 738/739vº, integrada às fls. 751, que julgou parcialmente procedente a ação para condenar o réu ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), corrigidos monetariamente a partir do arbitramento e com juros de mora a contar da data do evento danoso.

Condenou ainda o requerido ao pagamento das custas e despesas processuais, corrigidas desde o desembolso e fixou a verba honorária para os patronos das partes em 2,5% sobre o valor total da condenação, dado o elevado valor do montante devido.

Pleiteia o apelante/réu a reforma do julgado alegando em preliminar a ocorrência da prescrição na medida em que, muito embora tenha sido fixada a competência da justiça comum, incide no presente caso o prazo prescricional referente aos contratos de trabalho por se tratar de indenização oriunda de relação laboral previsto no artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal. Assim, se o acidente de trabalho que vitimou o funcionário, esposo da autora, ocorreu em 20/10/1989, o prazo prescricional de 02 anos expirou em 20/10/1991. Salienta que após a morte de seu esposo, passou a exercer a função de zeladora do condomínio, porém não prospera o argumento de que deixou de propor a presente demanda por receio de ser demitida. Entende que ocorreu julgamento *extra petita*, tendo em vista que a autora apontou em seu pedido inicial o valor líquido de R$ 240.000,00 referente à indenização por dano moral, de modo que o julgado não poderia ter fixado o montante de R$ 250.000,00 a este título. Pretende ainda, seja determinada a suspensão do processo por conta da existência de recurso representativo de controvérsia (REsp nº 1.479.864-SP) perante o Colendo STJ referente à questão da incidência de juros de mora nas indenizações por dano moral.

No mérito, assevera que é o caso de improcedência da ação, pois a condenação se deu por mera presunção e não por existência de provas contundentes acerca da efetiva ocorrência de acidente de trabalho. Tece considerações acerca da ausência de testemunha presencial no momento da suposta queda do *de cujus* e de que o mesmo executava serviços de poda de arbustos e de jardinagem, bem como sobre a fragilidade da prova pericial, não podendo o simples fato de existir um jardim suspenso no local afirmar que funcionário executava a poda das plantas e despencou do mezanino. Entende que não há nexo causal entre a função laboral e o dano sofrido, sendo evidente a ocorrência de caso fortuito pela possibilidade de o *de cujus* ter sido atingido por um galho que se soltou do arbusto, o que exclui a sua responsabilidade. Aponta que outras hipóteses podem ter ocorrido, como o esposo da autora ter sido alvo de golpes na cabeça desferidos por terceira pessoa, além da total ausência de comprovação de que a morte do zelador tenha ocorrido em razão da queda do mezanino durante a

Acesso ao Sumário

execução do contrato de trabalho.

Enfatiza que não pode ser compelido a comprovar as medidas de cuidado adotadas em benefício de seus empregados, tendo em vista a impossibilidade de fazer prova diabólica. Salienta que a inversão do ônus da prova é irregular, sendo que somente poderia ser determinada em caso da tese de culpa exclusiva da vítima. Alega que a própria perícia judicial foi inconclusiva e se limitou a descrever o local dos fatos e medir a altura do mezanino, não avaliando as condições do acidente. Quanto ao valor da indenização pelo dano moral, reputa excessivo o montante fixado, devendo ser reduzido para patamar mais condizente com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade a fim de evitar enriquecimento indevido da autora, sugerindo que não exceda a quantia de R$ 12.000,00. Em relação aos juros moratórios pugna pela fixação do termo inicial para a sua incidência a data da sentença ou no máximo a data da citação, tendo em vista a ausência de possibilidade de aplicação da Súmula 54 do STJ que incide somente nos casos de indenização cuja natureza seja patrimonial.

Doutra parte, apela adesivamente a autora pretendendo a majoração da indenização pelos danos morais para o equivalente a 1.000 salários mínimos, corrigidos monetariamente e com juros de mora, ambos a partir do evento danoso, nos exatos termos do artigo 398 do Código Civil e da Súmula 54 do STJ. Pretende ainda a majoração dos honorários advocatícios para 15% sobre o valor da condenação, tendo em vista que o trabalho de seu patrono se estendeu por mais de 14 anos. Aduz ainda que os danos materiais consistentes no pagamento de pensão mensal devem ser reconhecidos, pois foi obrigada a trabalhar no condomínio/réu após o falecimento de seu esposo por cerca de 12 anos para sustentar sua família, sendo dispensada quando este acreditava que teria ocorrido a prescrição. Assim, a pensão mensal deve ser concedida no equivalente a 2/3 do valor recebido pelo *de cujus*, até a data em que o mesmo completaria 69 anos de idade, no valor mensal de R$ 954,00 a fim de evitar a perda dos longos anos. Por fim, pretende seja a ré compelida a constituir capital no montante de R$ 432.000,00 a fim de garantir o pagamento das parcelas vincendas.

Acesso ao Sumário

Apresentadas as respectivas contrarrazões, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

Inicialmente cabe afastar a alegação de ocorrência da prescrição nos moldes suscitados pelo requerido.

Isto porque, sem qualquer fundamento a assertiva de que incide o prazo prescricional previsto no artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal que prevê o prazo de 02 anos para a propositura de ações de indenização decorrentes de contrato de trabalho, na medida em que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Conflito de Competência nº 87.585-SP ao

decidir pela competência da Justiça Comum para o julgamento do presente feito justificou tal decisão nos seguintes termos:

> *"É importante salientar, igualmente, que, estando-se diante de circunstância peculiar, deve-se retornar ao dispositivo que rege a competência originária da Justiça do Trabalho, segundo o qual compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as 'ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho' (art. 114, inciso VI, da Constituição Federal, Emenda Constitucional nº 45/04). No caso em debate, os direitos não são pleiteados pelo trabalhador ou, tampouco, por pessoas na condição de herdeiros ou sucessores destes direitos. A autora postula direito próprio em virtude de danos, também, próprios, ausente relação de trabalho entre esta e a parte ré." (fls. 278)*

Assim, nos termos do julgado acima mencionado, restou claro o entendimento de que se trata de ação de reparação de danos onde, muito embora a autora busque indenização decorrente da morte de seu esposo em acidente de trabalho, o direito perseguido é próprio da requerente (indenização por danos morais e materiais), sem qualquer vínculo laboral entre a mesma e o condomínio réu.

Dessa forma, impossível a adoção de prazo prescricional de contrato de trabalho se a indenização pretendida persegue um direito próprio de pessoa estranha à relação laboral.

Nesse esteio, sem qualquer guarida a alegação de prescrição.

Também não há que se falar em julgamento *extra petita* em relação ao valor fixado à título de danos morais, como aponta o condomínio/apelante, na medida em que o pedido constante na inicial foi certo e determinado, restando formulado pleito de indenização por danos morais em valor equivalente a 1.000 salários mínimos, sendo este o montante pretendido.

O simples fato de a requerente ter apresentado o cálculo atualizado quando da propositura da ação, apontando o valor de R$ 240.000,00 como sendo o equivalente à 1.000 salários mínimos (fls. 09), por si só, não limita a indenização a este título no valor apontado na peça inaugural, não se traduzindo em julgamento *extra petita* a condenação pelo dano moral em R$ 250.000,00, quando decorridos mais de 14 anos da apresentação do cálculo inicial.

Apenas para exemplificar, se o valor de R$ 240.000,00 fosse atualizado pela Tabela Prática do TJSP desde a propositura da ação (março/2004) até a publicação da sentença (outubro/2017), representaria a importância de cerca de R$ 516.197,87 (R$ 240.000/2,539747x5,462550 = R$ 516.197,87), praticamente o dobro do valor fixado pelo juízo "*a quo*".

Além disso, para a fixação do *quantum* indenizatório à título de dano moral, não está o magistrado adstrito ao valor apontado pelo requerente na

Acesso ao Sumário

petição inicial, valor este que possui caráter meramente sugestivo.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta Corte de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO - DIREITO COMUM - DANO MORAL - PEDIDO - FIXAÇÃO DE VALOR CERTO - DESNECESSIDADE. O pleito de indenização do dano moral não reclama a formulação de pedido certo, determinado e líquido, dispensando uma quantificação, ainda que estimativa, porque a determinação dessa modalidade de indenização está delegada ao inteiro arbítrio do juiz que, para tanto, funda-se apenas no critério do bom senso e da eqüidade. (AI 630.082-00/5 - 9ª Câm. - Rel. Juiz MARCIAL HOLLANDA - J. 17.5.2000).

RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DO TRABALHO - INDENIZAÇÃO - DIREITO COMUM - DANO MORAL - VALOR INDICADO NA INICIAL - NÃO ACEITAÇÃO PELO JUIZ - MERA SUGESTÃO QUE NÃO INTEGRA O PEDIDO - SUCUMBÊNCIA DO AUTOR - NÃO CARACTERIZAÇÃO - HONORÁRIOS DE ADVOGADO - CONDENAÇÃO DO RÉU - ADMISSIBILIDADE. Em se tratando de indenização de dano moral, de fixação sempre sujeita ao arbítrio do juiz, o quantum que se ventila na inicial é mera sugestão que não integra o pedido indenizatório e, a rigor, nem precisaria ser ali declinado, de modo que, se o magistrado não a aceita, vencido não fica o autor. Importa que tenha sido deferida a indenização pleiteada. Isto verificado, correta foi condenação em honorários advocatícios imposta ao devedor da indenização. (Ap. c/ Rev. 632.595-00/0 - 12ª Câm. - Rel. Juiz PALMA BISSON - J. 10.8.2000).

Assim, pela leitura atenta do julgado de primeiro grau bem como da peça inaugural, observa-se que a autora fez pedido certo e determinado, tendo a sentença condenado a apelante/ré nos exatos moldes do pleito inicial, inexistindo assim qualquer violação ao princípio da congruência com a prolação de sentença *extra petita*.

Percebe-se, pois, que a sentença atacada decidiu corretamente a controvérsia, sendo certo que o provimento jurisdicional restou adequadamente prestado.

Quanto ao pedido de suspensão do julgamento do presente feito em razão de determinação emanada em recurso representativo de controvérsia - Resp nº 1.479.864-SP, onde se discute a incidência de juros de mora nas indenizações por dano moral, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, tal pretensão não comporta guarida.

De acordo com pesquisa realizada pela Assessoria Técnica deste Relator junto ao sitio eletrônico do C. STJ, de fato, o REsp nº 1.479.864-Sp havia sido

Acesso ao Sumário

"... afetado ao rito do art. 543-C do CPC/73 (Tema 925/STJ). Entretanto, ***"Na sessão de julgamento do dia 04/10/2017, a Corte Especial deliberou pela desafetação do recurso do rito dos repetitivos, cancelando-se o respectivo Tema"***.

Assim, sem qualquer justificativa o pedido de suspensão do julgamento do presente recurso.

Superadas as questões preliminares, no mérito os recursos merecem parcial provimento.

Com efeito, restou incontroverso nos autos que o Sr. Nilton se acidentou durante sua jornada de trabalho e que o levou a óbito. Assim, plenamente configurado o dano e o nexo de causalidade.

Insiste o réu em afirmar que o Sr. Nilton exercia a função de zelador do condomínio e que embora tenha constado do Boletim de Ocorrência que o mesmo foi vítima de acidente de trabalho, tendo sofrido uma queda quando efetuava poda de arbustos localizados em um mezanino de altura de 5 metros do solo, o acidente não teria contado com testemunha presencial, o que tornou frágil a comprovação de culpa do requerido.

Apontou ainda o apelante/réu que, além da ausência de testemunha presencial, não restou comprovada a queda do Sr. Nilton, trazendo ao feito hipótese de caso fortuito, onde seu funcionário poderia ter sido atingido por um galho de árvore que se soltou, ou ainda, sido agredido por terceiros. Afirmou que também não restou comprovado que o falecido prestava serviços de poda de arbustos ou de jardinagem para o condomínio e nem tampouco tinha autorização para tal mister, tendo somente a função inerente à zeladoria.

Pela leitura atenta dos autos, verifica-se que as assertivas do réu não se mostraram suficientes para afastar o decreto condenatório.

Em que pese o acidente não ter contado com nenhuma testemunha presencial, até mesmo porque se trata de condomínio de veraneio, os demais elementos constantes nos autos convergem para a ocorrência de acidente quando o *de cujus* prestava os serviços durante a sua jornada laboral.

Da leitura atenta da declaração de óbito e respectiva certidão, acostadas às fls. 37 e 39 consta expressamente que a causa da morte do Sr. Nilton decorreu de hemorragia interna traumática no crânio e múltiplas fraturas dos ossos do crânio, o que por si só afasta a possibilidade de uma pancada de um galho de árvore de porte pequeno ou até mesmo de um desmaio.

Além disso, tanto as fotografias juntadas pela autora quando da propositura da presente demanda (fls. 17/22), bem como na perícia judicial (fls. 513/514 e 516/521) nos dão conta sobre a efetiva existência de um mezanino na fachada do prédio, bem como de arbustos (palmeiras) bem na altura do aludido mezanino, o que se evidencia a efetiva possibilidade de realizar a poda das referidas plantas

Acesso ao Sumário

através do mezanino, comprovando assim as assertivas constantes no Boletim de Ocorrência e na petição inicial.

Também restou confirmada que a altura entre o mezanino e o solo é de 5 metros, tendo o perito judicial realizado a medição para efetivamente demonstrar a distância em que se deu a queda.

A prova testemunhal foi categórica em afirmar que o Sr. Nilton realizava os serviços de jardinagem, inclusive de poda de árvores, sendo que o condomínio teria contratado serviços de jardinagem somente após a ocorrência do fatídico acidente (fls. 249/251).

Frise-se, ainda, que a testemunha Juarez, que socorreu o Sr. Nilton após o acidente, confirmou que ao lado do falecido se encontrava um galho de árvore que o mesmo havia sido cerrado e que não existia escada para acesso à parte superior da árvore, sendo que somente pelo mezanino é que o funcionário poderia efetuar a poda (fls. 250).

Ora, o falecido era zelador, sendo evidente que não possuía os equipamentos necessários para a realização do serviço de jardinagem e poda de árvores no local, ou seja, na altura de aproximadamente cinco metros do chão.

Assim, era evidente que tal material deveria ser fornecido pelo condomínio/réu, que permitiu que o falecido realizasse serviço de alto risco, já que para alcançar os arbustos era necessário subir no mezanino, que conforme bem descrito pela perícia judicial, era desprovido de grades ou qualquer outro elemento de proteção.

Nesse esteio, mesmo que se tente agasalhar a ausência de culpa do requerido, restou evidenciada a ocorrência do acidente em decorrência do desempenho da função laboral.

E cabia ao condomínio/réu trazer ao feito provas no sentido de reforçar a sua tese de que o *de cujus* teria sido orientado e proibido de realizar os serviços de jardinagem e poda dos arbustos.

Observo que não é o caso de exigir que o requerido faça prova contra si mesmo e nem de inversão do ônus da prova, mas tão somente de que o mesmo traga indícios mínimos que comprovem suas alegações.

Assim, o condomínio deve ser responsabilizado pelo acidente que vitimou o Sr. Nilton.

Quanto ao pagamento de pensão mensal, respeitado o entendimento do ilustre magistrado sentenciante, a nosso ver era o caso de fixação de pensionamento como pretendido pela apelante/autora.

Muito embora a requerente tenha exercido atividade laboral após o falecimento de seu esposo, há que se lembrar que o caráter da pensão mensal não é o de suprir a totalidade do sustento da família, mas sim de agregar o valor

a ser pago a este título à renda total da família. Tanto é que a pensão mensal decorrente de morte por acidente, na maioria das vezes, é fixada em percentual sobre o valor da remuneração mensal do falecido.

Dessa forma, é devida a pensão mensal à autora devendo esta corresponder a 2/3 (dois terços) daquilo que ganhava a vítima, eis que é entendimento pacífico da jurisprudência que o abatimento de 1/3 (um terço) é devido, visto ser aquilo que o falecido gastaria consigo mesmo, se vivo estivesse.

No escólio do entendimento jurisprudencial consolidado quanto ao montante a ser pago, observado o fato de que os percentuais de redução variam conforme a especificidade do caso concreto em análise, veja-se:

> ***"Pensionamento fixado aos pais da vítima em 2/3 de seus vencimentos por ocasião do falecimento. Percentual razoável, por se tratar de pessoa solteira, presumindo-se casamento ao completar 25 anos. Pensão devida, a partir daí e até os 65 anos, conforme pedido no apelo, diminuído porém o percentual para 1/4 dos vencimentos do falecido, por se entender que a maior parte de seus gastos seria despendida na manutenção de sua própria família, embora sem cessar inteiramente a ajuda dos pais. Cumulação possível com indenização securitária, nos termos do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal. Manutenção do percentual de 1/4 em caso de falecimento de um dos beneficiários, por já traduzir valor modestíssimo". (Ap. c/ Rev. 567.391-00/0 - 10ª Câm. - Rel. Juiz SOARES LEVADA - J. 1.3.2000).***
>
> ***"Embora contribuísse o obreiro para sustento dos pais, o montante não pode ser equivalente àquele arbitrado, mas reduzido para percentual correspondente a 25% e devido até a data em que ele completasse 25 anos, prosseguindo a responsabilidade até quando completasse 65 anos ou até a morte dos autores, o que ocorrer primeiro e com direito de acrescer, mas no percentual de 20%". (Ap. c/ Rev. 581.493-00/0 - 8ª Câm. - Rel. Juiz KIOITSI CHICUTA - J. 3.8.2000)***
>
> ***"A pensão a ser paga a pais humildes de obreiro falecido aos vinte anos, que colaborava com a manutenção do lar, deve corresponder a 1/3 do que ele receberia até que viesse completar 25 anos e, a partir daí, a 15% do salário, de forma vitalícia, assegurado o direito de acrescer ao sobrevivente, limitada à época em que o falecido completaria 65 anos, se for o caso". (Ap. s/Rev. 676.141-00/6 - 5ª Câm. - Rel. Juiz DYRCEU CINTRA - J. 15.9.2004).***

Assim, o valor da pensão mensal deve ter como base 2/3 do último salário recebido pelo falecido, com nota de que tal valor deve ser convertido em salários mínimos, tendo-se por base o vigente à época dos fatos, quando da liquidação da sentença, tendo como termo inicial a data do evento danoso.

Acesso ao Sumário

O termo final da indenização deve ser aquele pretendido pela autora, ou seja, até a data em que o falecido completaria 69 anos de idade, o que já ocorreu em 27/12/2014, tendo em vista que o mesmo nasceu em 27/12/1944.

Neste passo, se já ocorreu o termo final do pagamento da pensão mensal, totalmente inócua eventual determinação para que o condomínio/requerido constitua capital, eis que não subsistem parcelas vincendas.

E os danos morais restaram evidentes, pois é inquestionável o abalo moral, pois evidente o dano sofrido em razão da morte abrupta de ente querido, deixando de forma trágica sua esposa e filhos pequenos à época.

Ora, o simples fato de a autora ter passado a exercer a função de zeladora após a morte de seu esposo, bem como de ter posteriormente assumido união estável com outra pessoa, não retira da mesma a dor e o sofrimento pelo fatídico acidente que ceifou a vida do Sr. Nilton.

Entretanto, assiste razão ao apelante/réu ao pretender a redução do valor da indenização pelos danos morais, não cabendo a majoração pretendida pela autora.

Isto porque, na fixação da indenização pelo dano moral cabe ao juiz nortear-se pelo princípio da razoabilidade, para não aviltar a pureza essencial do sofrimento que é do espírito, evitando a insignificância que o recrudesce ou o excesso que poderia masoquisá-lo.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento publicado na RSTJ 112/216, com voto condutor do eminente Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, bem ponderou:

> "***Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso***".

É o que afirma, noutras palavras, o eminente Des. Rui Stoco, citando lição do Prof. Caio Mário da Silva Pereira, no sentido de que a indenização não pode ser ***"nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva"*** (*in* Responsabilidade Civil, RT, 3ª edição, pag. 524).

Em suma: levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, com as repercussões pessoais e sociais, os inconvenientes naturais suportados pela autora, a indenização pelos danos morais deve ser minorada para R$ 100.000,00, quantia que se mostra suficiente para confortar o abalo indevidamente experimentado pelo apelado, e, ao mesmo tempo, desestimular a

conduta negligente da ré.

Quanto ao termo inicial para a incidência dos juros moratórios referentes aos danos morais, é evidente a incidência da Súmula 54 do STJ, devendo ser fixada a data do evento danoso, tendo em vista o caráter extracontratual da relação entre a autora e réu, conforme considerou o Colendo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do já mencionado Conflito de Competência nº 87.585-SP.

E apenas para evitar equívocos na fase liquidação, a correção monetária e os juros moratórios referentes à pensão mensal deverão incidir a partir do vencimento de cada parcela.

Por fim, em relação ao pedido de majoração dos honorários advocatícios formulado pela autora, temos que bem definidos da forma como foram fixados pelo douto magistrado sentenciante, representando, de um lado, condigna e justa remuneração do advogado e, doutro, moderação frente à complexidade da demanda.

O ilustre NELSON NERY JÚNIOR (‘in’ “Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante”, 9ª ed., RT., p. 193), ao analisar os critérios para a fixação dos honorários lembra que estes:

> “***São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico, desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado...***”

Dessa forma, não comporta acolhida o pedido de majoração dos honorários advocatícios formulado pela autora.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso da autora, para condenar o réu também ao pagamento da pensão, nos termos supra, e ao recurso do réu, para reduzir o valor da indenização por danos morais para R$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos monetariamente a partir da data da sentença e com juros de mora de 1% ao mês desde a data do acidente (súmula 54 do STJ) e para fixar o valor da pensão mensal devida em 2/3 da remuneração que era recebida pelo falecido, que deve ser convertido em salários mínimos, tendo-se por base o vigente à época dos fatos, quando da liquidação da sentença.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9000054-96.2010.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante LAURA DE SOUZA PAGONHA (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados ALTENBURG INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA. e LOJAS TANGER LTDA.

ACORDAM, em 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 30.900)**

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

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - BEM MÓVEL - FATO DO PRODUTO - AGULHAS ENCONTRADAS NO INTERIOR DO TRAVESSEIRO ADQUIRIDO - PERÍCIA CONCLUSIVA - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - RECURSO PROVIDO PARA JULGAR A AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE EM FACE DA FABRICANTE. A compra de travesseiro inadequado, contendo agulhas em seu interior, já é capaz de adicionar risco à incolumidade do consumidor.

VOTO

Ação de indenização relativa a bem móvel julgada improcedente pela r. sentença de fls. 425/430, cujo relatório adoto.

Inconformada, apela a autora. Sustenta, em apertada síntese, que a responsabilidade da comerciante e da fabricante é solidária, nos termos do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. Aduz, também, que o perito judicial constatou a presença de duas agulhas no interior do travesseiro, que estava íntegro e preservado até o momento da realização da prova, conforme características originais de fabricação. Argumenta, em acréscimo, que os danos morais ficaram configurados, buscando, por isso, a inversão do resultado do julgamento.

Houve resposta, com pedido de majoração dos honorários advocatícios

Acesso ao Sumário

(art. 85, § 11, do CPC).

A D. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso *(cf. fls. 466/468)*.

É o relatório.

1) A ilegitimidade passiva da corré, Lojas Tanger, foi corretamente proclamada pelo ***decisum*** porquanto o caso envolve suposta responsabilidade pelo fato do produto *(art. 12 do Código de Defesa do Consumidor)*, ostentando a comerciante responsabilidade solidária somente nas hipóteses previstas no art. 13 do CDC, aqui não entrevistas, ***verbis***:

"***Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:***

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis".

2) No mérito, o inconformismo, a meu ver, merece prosperar.

Na verdade, o perito judicial constatou a presença de agulhas no interior do travesseiro utilizado pela autora pontificando, ao mesmo tempo, que o objeto lhe foi entregue em aparente estado original e intacto, o que infirma a possibilidade de que as peças pontiagudas foram introduzidas em momento posterior à aquisição.

Destaco, a propósito, o seguinte trecho do laudo, ***verbis***:

"***- a capa do travesseiro Objeto da Lide foi encontrada em aparente estado 'original' e intacta, ou seja, não foram encontrados elementos de ordem técnica material indicando que o mesmo passou por reparos (operação de re-costura industrial ou manual);***

(...)

- após a abertura da capa do travesseiro Objeto da Lide e desmontagem da trama interna do enchimento, foi encontrada mais uma agulha de costura do tipo manual;

- as agulhas encontradas no interior do travesseiro Objeto da Lide são do tipo manual, ou seja: são fabricadas em aço; possuem ponta, corpo e base com orifício para passagem da linha; e suas dimensões em milímetros são as seguintes (...)" *(fl. 352)*.

O fato de as agulhas serem consideradas *"'estranhas' ao ambiente industrial e também ao ambiente de comercialização dos produtos" (cf. laudo - fl. 354)*, não afasta a responsabilidade da fabricante, que somente se eximiria caso demonstrasse alguma das excludentes previstas no art. 12, § 3º, Código de

Acesso ao Sumário

Defesa do Consumidor, o que inocorreu, ***verbis***:

"***O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:***

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

Pouco importa que o travesseiro foi testado na loja, antes da compra. Isso porque os objetos pontiagudos foram detectados, no seu interior, ***a posteriori***, não se tratando de vício de fácil constatação, sendo capaz de adicionar risco à incolumidade do consumidor.

Destaco, a propósito do tema, o seguinte julgado da lavra do E. Superior Tribunal de Justiça, ***verbis***:

"6. Considera-se o produto como defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele se espera, levando-se em consideração a época e o modo em que foi prestado, e no que mais importa para a espécie, os riscos inerentes a sua regular utilização" *(REsp. nº 1.656.614/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 02/06/2017).*

Os danos morais, por sua vez, ficaram configurados, mesmo porque consta do boletim de ocorrência que a autora sofreu lesão leve na perna esquerda *(cf. fl. 22)*, hipótese que ultrapassa o mero dissabor.

O ***quantum*** indenizatório, por sua vez, deve ser fixado de acordo com o prudente discernimento do julgador, sem perder de vista a capacidade econômico-financeira do ofensor, evitando o excesso e o incompossível material.

Na esteira da jurisprudência predominante do E. Superior Tribunal de Justiça *"não só a capacidade econômico-financeira da vítima é critério de análise para o arbitramento dos danos morais, sendo levado em conta, também, à míngua de requisitos legais, a capacidade econômico-financeira do ofensor, as circunstâncias concretas onde o dano ocorreu e a extensão do dano" (REsp. n° 700.899- RN, Rel. Min. Humberto Martins).*

Acesso ao Sumário

Na mesma diretriz, ***verbis***:

"***1. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado em valor razoável, de modo a preservar a dupla finalidade da condenação, qual seja, a de punir o ato ilícito cometido e a de reparar o sofrimento experimentado pela vítima, consideradas as peculiaridades subjetivas do feito***" *(AgRg. no AgRg. no AREsp. nº 416.491/RJ, Quarta Turma, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira).*

Sopesadas as circunstâncias que envolvem o caso concreto, quais sejam, a natureza do fato, o grau de culpabilidade da ré, a capacidade econômica das partes e considerando, ainda, que não resultaram sequelas do acidente *(cf.*

fl. 364), fixo a indenização por dano moral no patamar de R$ 3.000,00 *(três mil reais)*, com atualização monetária a partir desta data *(Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça)*, quantia suficiente para atender ao princípio da razoabilidade, evitando a insignificância da indenização, assim como o enriquecimento sem causa da ofendida.

A condenação em montante inferior ao postulado na inicial, a título de dano moral, não implica sucumbência recíproca *(Súmula nº 326 do STJ)*.

Em se tratando de responsabilidade contratual, os juros moratórios de 1% ao mês são computados a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para julgar a ação parcialmente procedente em face de Altenburg Indústria Têxtil Ltda., condenando-a ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$ 3.000,00 (*três mil reais*), nos termos do acórdão, mantida a extinção, sem resolução do mérito, em relação à Lojas Tanger Ltda. A ré responderá também pelos ônus das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 20% (*vinte por cento*) sobre o valor da condenação corrigida (*art. 85, § 2º, do CPC*).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1064054-93.2016.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ROMA COMUNICACAO LTDA. ME, é apelado HARLEY - DAVIDSON DO BRASIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto 14574-JV)**

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

São Paulo, 19 de dezembro de 2018.

FORTES BARBOSA, Relator

Ementa: Marca - Ação inibitória e indenizatória - Imitação ou contrafação descaracterizadas - Referência a palavras isoladas na organização de evento voltado para proprietários de motocicletas de fabricação própria - Ausência de mínima possibilidade

Acesso ao Sumário

de confusão no público consumidor - Natureza mista da marca de titularidade da recorrente - Atuação em ramos de atividade muito diferentes - Ausência de dever de indenizar - Improcedência mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pelo r. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro (Comarca da Capital), que julgou improcedente ação inibitória e indenizatória, condenando a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa (fls. 431/432).

A autora recorre, almejando a reforma da sentença. Pretende a inversão do julgado, com o reconhecimento da procedência da ação, para que seja reconhecido o uso indevido de sua marca pela ré, sendo, ainda, condenada esta ao pagamento de indenização por danos morais em montante a ser arbitrado (fls.434/452).

Foram apresentadas contrarrazões, nas quais a recorrida requer o desprovimento do recurso (fls.458/472).

O recurso foi originalmente distribuído à Colenda 4ª Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior, que representou à E. Presidência da Seção de Direito Privado pela redistribuição do recurso em razão da matéria, sendo proferido despacho, em 19 de outubro de 2018, determinando a redistribuição.

Foi determinada a complementação das custas de preparo recursal (fls.489/490), o que restou atendido pela apelante (fls.492/494).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

A autora propôs a presente ação cominatória e indenizatória em face da ré, alegando que é titular da marca "Brasil Ride", registrada sob o número 902.620.363, perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). Afirma que a ré está utilizando a referida marca para promover seus eventos, sem qualquer consentimento de sua parte. Requer a concessão de tutela de urgência, para que seja determinada a imediata abstenção do uso pela ré da expressão "Brasil Ride" e suas variações. Ao final, requer a procedência da ação, com a confirmação da tutela provisória, bem como a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, decorrentes do uso desautorizado da marca registrada (fls.01/25).

Foi indeferida a tutela de urgência requerida e determinada a citação da ré (fls.41).

Citada, a ré apresentou contestação, na qual aduz que a marca da autora é mista e não prevê a proteção aos elementos nominativos. Afirma que sua marca ("Harley Davidson") é reconhecida mundialmente e não possui interesse em ser associada à da autora. Assevera que realizou um evento isolado, denominado "Harley Davidson Brasil Ride", mas que não teve finalidade comercial. Sustenta que as expressões "Brasil" e "Ride" são comuns, não sendo passíveis de apropriação como marca. Rechaça a alegada violação da marca da autora, ou a concorrência desleal, bem como a pretensão indenizatória. Pede a improcedência da ação (fls.95/123).

A ação foi julgada improcedente e a autora pretende a reforma.

O recurso, no entanto, não merece prosperar.

A partir da marca, tal como o exposto quando do julgamento dos Embargos Infringentes 0040604-41.2011.8.26.0576/50001 por esta Câmara Reservada, é evitado o equívoco ou o engano do público com relação à procedência de um dado produto ou serviço e, também, o parasitismo e o enriquecimento indevido à custa do prestígio extraído da atividade empresarial alheia. Da marca, é sempre extraída uma identificação de produtos ou serviços a partir de designação ou simbologia, criando-se uma vinculação com os predicados do objeto vinculado a dito bem de propriedade industrial.

A alegada violação marcária e concorrência desleal, todavia, não estão caracterizadas, compreendidas todas as circunstâncias envolvendo os fatos narrados.

A marca, efetivamente, corresponde à identificação de um produto ou serviço, sendo criada a partir do uso de sinais gráficos, ou seja, "visualmente perceptíveis" (artigo 122 da Lei 9.279/96), de maneira que, para que haja uma sobreposição, é preciso persistir um entrelaçamento mais abrangente, que impede seja feita uma clara distinção acerca das representações envolvidas, ostentando, portanto, muito mais complexidade do que uma ou duas palavras.

A originalidade, como característica básica de uma marca, não está limitada a um ou outro vocábulo, mas abrange todo um conjunto gráfico, não se podendo afirmar, a partir da prova documental produzida, que haja a violação afirmada, estando ausente a potencial confusão pelo público consumidor, mormente em razão das partes atuarem em segmento diverso.

A argumentação formulada pela recorrida ostenta pertinência efetiva, denotando a documentação disponibilizada nos autos haver sido promovido um evento isolado, organizado em outubro de 2016, para cuja divulgação sempre foi utilizada a marca "Harley Davidson", de titularidade própria, não sendo constatada a mínima possibilidade de confusão no público consumidor.

Os dizeres utilizados em sítio da internet denotam que a atuação da ré era, toda ela, voltada para proprietários de motocicletas de sua própria fabricação

Acesso ao Sumário

("Harley Owners group"), sendo possibilitada participação gratuita, constando que: "O objetivo é combinar a paixão dos brasileiros pelos ideais de liberdade da Harley-Davidson com o prazer de rodar pelas mais diversas paisagens do nosso país. Um fim de semana sem se importar com o destino, apenas pelo simples fato de viajar sobre duas rodas na companhia dos amigos e colecionar muitas histórias para contar".

Não se pode, diante de eventuais circunstâncias, antever, nem mesmo, a possibilidade de degradação da marca de titularidade da recorrente, que, sobretudo, atua em seguimento diferente daquele em que a recorrida atua desde o longínquo ano de 1903.

Com efeito, a recorrida (ré) é uma das mais antigas e conhecidas fabricantes de motocicletas, enquanto a recorrente (autora) organiza eventos ciclísticos, em especial nos seguimentos de "Trail Run" e "mountain bike", não havendo qualquer espécie de sobreposição de atividades.

Ademais, a marca de titularidade da recorrida ostenta natureza mista (fls.31), o que conduz a uma vinculação com todo o conjunto gráfico composto por um desenho de um ciclista em movimento e a expressão "Brasil Ride", e este conjunto não foi utilizado, dados elementos disponíveis e constantes dos autos, o que se soma ao fato de ser anunciada uma violação a partir de uma expressão de propaganda ou "slogan", com o uso conjugado dos sinais distintivos da própria autora.

Os vocábulos "Brasil" e "Ride" foram usados de forma isolada, sem a menor referência ao restante do conjunto gráfico, não denotando malícia ou má fé, inexistindo, pois, uso indevido do conjunto gráfico em pauta e, pelo que se pode verificar, a autora procura extrair da propriedade industrial de sua titularidade uma eficácia que ela não tem.

A imitação ou a contrafação da marca mista pressuporiam, como atos ilícitos, uma associação efetiva entre o conjunto gráfico e o uso das palavras "Brasil" e "Ride" pela recorrida.

Enquanto a primeira palavra é, simplesmente, o nome de nosso país, a segunda corresponde a um substantivo comum da língua inglesa, traduzido como "passeio".

Acesso ao Sumário

O direito de proibir do titular da marca ("ius prohibendi") está delimitado pelo risco de confusão, não recaindo a propriedade industrial sobre um signo "per se", mas, isso sim, a partir de uma relação com um produto ou serviço, derivando daí a regra da especialidade, que justifica a segregação de classes e vincula a atuação repressiva judicial a uma probabilidade de confusão (Carlos Fernandes Novoa, Fundamentos de Derecho de Marcas, Montecorvo, Madrid, 1984, p.278; Vito Mangini, Il Marchio e Gli Altri Segni Distintivi, in "Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia", dir. Francisco

Galgano, Vol.V, Cedam, Padova, 1982, p.8).

Corolário do exposto, ausente ato ilícito, também não há que se cogitar da ocorrência de um dever de indenizar, não sendo, nem mesmo, identificados danos materiais ou morais.

Tudo somado, a sentença proferida não comporta reforma, cabendo seja mantido o veredicto pronunciado em primeira instância.

Pelo exposto, mantida a improcedência e considerado o trabalho desenvolvido em grau recursal, majoro os honorários advocatícios para o montante equivalente a 12,5% (doze e meio por cento) do valor atualizado da causa, por aplicação dos §§ 2º e 11 do artigo 85 do CPC de 2015.

Nega-se, por isso, provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001729-45.2014.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante ATRI COMERCIAL LTDA., é apelado ROGÉRIO SASKA BATISTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, negaram provimento ao recurso. M.V. Vencido o 2º juiz, que declara voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.572)**

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

São Paulo, 19 de dezembro de 2018.

MOURÃO NETO, Relator

Ementa: Civil. Compra e venda de veículo. Ação de indenização por danos materiais e morais. Sentença de parcial procedência. Pretensão à reforma manifestada apenas pela concessionária ré.

Veículo "zero quilômetro" que apresentou sucessivos defeitos logo depois de retirado da concessionária. Conjunto probatório que ampara a pretensão autoral. Razões recursais sem potência de alterar a solução dada à causa

Danos morais configurados. Não se mostra

Acesso ao Sumário

razoável um veículo, adquirido "zero quilômetro", necessitar de reparos nos primeiros dias depois da compra. Aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor. Quantum indenizatório mantido, por isso que razoavelmente arbitrado.
RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

I - Relatório.

Na petição inicial, o autor, ora apelado, narra que em 17 de setembro de 2012, adquiriu veículo "zero quilômetro" (marca FIAT modelo Siena Essence 1.6) da apelante Atri Comercial Ltda., pelo preço de R$ 41.500,00 (quarenta e um mil e quinhentos reais), cuja entrega se deu em 28/9/2012.

Esclarece que financiou parte do valor (R$ 23.675,01), entregando um veículo avaliado em R$ 22.500,00, a título de entrada.

Todavia, logo depois da retirada da concessionária o veículo passou a apresentar diversos vícios e, dentre os transtornos causados, foram 9 (nove) idas e vindas a oficinas mecânicas. Esclarece que todas as revisões foram regularmente efetuadas pela concessionária.

Em decorrência, aduz a ocorrência de dano moral, ressaltando que trabalha em outra cidade e precisa do veículo para se locomover, nos seguintes termos: *''Cada vez que o carro vai para a oficina da concessionária, o serviço tem que ser agendado, e o requerente tem que ficar sem o veículo por 2, 3 ou até 8 dias consecutivos, como aconteceu no último conserto realizado em que o carro entrou na oficina dia 08 de janeiro de 2014 e foi entregue apenas em 15 de janeiro de 2014, (doc anexo), no final do dia, após muita insistência do requerente, que trabalha na cidade de São Carlos/SP, e necessita do veículo para se locomover para aquela cidade diariamente" (sic)* (fls. 4); *"(...) O incessante surgimento de defeitos em veículo novo é fato apto a frustrar as expectativas de tranquilidade, segurança e conforto, e caracterizar abalo moral indenizável de acordo com as peculiaridades do caso em tela" (sic)* (fls. 7).

Acrescenta que a desvalorização do veículo é óbvia depois de tantos defeitos, totalizando a quantia de R$ 11.298,60 (onze mil, duzentos e noventa e oito reais e sessenta centavos), equivalente a 30% (trinta por cento) do valor do bem, conforme consta da tabela FIPE (fls. 14).

Juntou diversos documentos a fls. 13/44 e 49/63.

Com base nessa causa de pedir, o autor pediu a condenação das corrés ao pagamento de indenização por danos materiais na quantia de R$ 11.298,60 (onze mil duzentos e noventa e oito reais e sessenta centavos) e por danos morais no montante estimado de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Acesso ao Sumário

A fabricante ofereceu contestação, arguindo, em síntese, que os defeitos foram sanados e que o abatimento proporcional do preço deve ser apurado por perícia. No mais, negou a existência de danos morais a serem indenizados (fls. 80/89).

A comerciante ofertou contestação, reiterando as alegações da fabricante (fls. 106/110).

Depois de colhida a réplica (fls. 128/136), apenas a comerciante manifestou interesse na produção de provas (fls. 144/145).

Na sequência, sobreveio a sentença de fls. 149/153 que julgou procedente em parte os pedidos, ensejando a interposição de recursos de apelação por ambas as rés, os quais foram providos por esta C. Câmara para anular a sentença, a fim de que fosse produzida a prova pericial.

Transitado em julgado o acórdão, as partes se manifestaram sobre provas (fls. 213, 218/219, 220/221 e 229), ocasião em que o autor noticiou a venda do veículo ocorrida em 23/6/2015, tendo em vista o desapontamento decorrente das idas e vindas à concessionária para reparos em veículo "zero quilômetro".

Na decisão de fls. 230, o MM. Juízo *a quo* nomeou perito judicial para realização de prova pericial.

Colhidas as manifestações das partes (fls. 236, 237/239 e 240/241), veio a lume a decisão de fls. 247, na qual foi afastada a alegada perda de objeto pelas rés.

A fls. 262 a apelante foi instada a trazer aos autos as ordens de serviço realizadas, ao que se seguiu do respectivo cumprimento (fls. 264/300).

Na sequência, foi apresentado o laudo pericial (fls. 304/311), em relação ao qual se manifestou apenas o apelado e a fabricante (fls. 317/320 e 323/329), tendo a concessionária apelante permanecido inerte (fls. 331).

Sobreveio, então, a sentença recorrida que julgou procedente em parte os pedidos, para condenar as rés ao pagamento de indenização por danos morais de R$ 10.000,00 (dez mil reais) e indenização por danos materiais de R$ 6.225,00 (seis mil duzentos e vinte e cinco reais), além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação (fls. 332/336).

Apenas a concessionária interpôs recurso de apelação, afirmando, preliminarmente, a perda de objeto em razão da venda do veículo. Impugna a perícia realizada nos autos. No mais, nega a existência de danos morais, pedindo, subsidiariamente, a redução do *quantum* indenizatório (fls. 341/347).

Contrarrazões a fls. 353/362.

II - Fundamentação.

O apelo não comporta provimento.

De início, a apelante sustenta a perda de objeto em razão da venda do

Acesso ao Sumário

veículo, aos seguintes argumentos: *"O Requerente agiu mal ao efetivar a venda do veículo sem antes realizar a perícia judicial (...) importante ressaltar que seu veículo, quando do conserto realizado, não havia nenhum vício, tendo sido entregue a ela em perfeitas condições de funcionamento"; "(...) em nada tem a ver o valor que o autor vendeu o veículo com o valor que realmente vale (...)" (sic)* (fls. 342).

Todavia, tais alegações certamente não merecem prosperar.

No caso concreto, o autor adquiriu veículo "zero quilômetro", em setembro de 2012, que passou a apresentar inúmeros defeitos e foi encaminhado diversas vezes à concessionária preposta da apelante para realização de reparos, fato incontroverso. E pediu a indenização por dano material relativamente à depreciação do bem.

Anota-se que a própria apelante reconhece que os defeitos foram reparados por sua preposta.

Certo é que o MM. Juízo *a quo*, na decisão de fls. 230, consignou que a venda do veículo não inviabilizava a realização da perícia, ao fundamento de que a sua finalidade era apurar eventual depreciação do bem, sem a necessidade de constatação de defeitos, nos seguintes termos: "*A noticiada venda do veículo (fls. 220) não inviabiliza a realização da perícia. Não há necessidade de constatação de defeitos. Terá a mesma por finalidade apurar* ***se*** *em face das nove visitas à assistência técnica, comprovadas documentalmente,* ***admite-se a fixação de algum percentual a título de desvalorização do veículo, adquirido Zero Km.***".

A referida decisão foi reiterada a fls. 247.

Salta aos olhos que o perito nomeado judicialmente informou a necessidade de todas as ordens de serviço para que fosse realizada a perícia indireta (fls. 261).

Em decorrência, o MM. Juízo *a quo* determinou à apelante que carreasse aos autos os documentos solicitados pelo perito, ao que se seguiu do respectivo cumprimento a fls. 264/300.

E, à luz dos documentos apresentados pela própria apelante, o laudo foi elaborado pelo perito que assim concluiu: "*Todo serviço em que envolva a funilaria e pintura discorre um decréscimo de até 15% do valor de mercado do veículo. E ainda assim, quando estamos oferecendo esse veículo em um negócio como, por exemplo, a troca desse carro por outro carro, a garagem ou até mesmo o concessionário podem não aceitar esse veículo por conta dos reparos executados de funilaria e pintura. Os reparos de funilaria e pintura não são bem vistos pelos negociadores desse ramo, porque eles sempre ficam em dúvida se o veículo foi simplesmente retocado ou se de fato foi colidido e então repintado. Os reparos de funilaria e pintura podem mascarar a verdade dos fatos sobre o porquê esse veículo foi repintado!*" (fls. 311).

O perito também consignou que todas as revisões foram feitas pelo apelado.

Não passa despercebido que o veículo foi vendido pelo apelado depois de realizada a última revisão (cf. fls. 220/227).

Também constou do laudo os seguintes esclarecimentos quanto a anormalidade dos defeitos apresentados: "*Todo o serviço realizado nesse veículo não tem cunho de normalidade, muito embora toda máquina um dia vem 'quebrar', mas esse veículo nos chamou a atenção porque o sentimento não é de um veículo 'Zero Quilometro' depois de apresentar tantas ocorrências de diversos sistemas que compõe o mesmo. Trago comigo anos a fio de trabalho em concessionárias e tenho plena convicção de que o controle de qualidade na montadora desse veículo esta longe de der o ideal*" (fls. 306).

E em resposta ao quesito n. 7 apresentado pela apelante, assim afirmou: *"Sim.* ***Em relação ao processo produtivo desse veículo, tenho a plena certeza de que a falha está no controle de qualidade da referida montadora. É inconcebível tantas reclamações e diga-se de passagem todas as reclamações foram acatadas pelo concessionário****, ou seja,* ***o concessionário concordou com o defeito reclamado pelo cliente*** *e assim sendo o concessionário resolveu todas as reclamações feitas pelo cliente" (sic)* (fls. 307).

Como se vê, a venda do veículo em nada prejudicou a perícia realizada e, em consequência, a análise quanto à alegada depreciação do bem.

Cumpre ressaltar que a apelante foi instada a se manifestar sobre a perícia, mas, sintomaticamente, se manteve inerte (cf. certidão de fls. 331).

E agora em sede recursal, passa a impugnar o laudo, tecendo inócuas considerações, tais como: *"Uma vez não disponível o objeto da lide para a vistoria direta, questões como o estado estético do veículo fica totalmente prejudicado, tendo em vista não ser possível analisar a sua constituição e aspecto integral (...) não é possível alegar que as intervenções assistenciais, ainda que não tivessem sido decorrentes de vício de fabricação, foram realizadas de forma não satisfatória e/ou que tivessem inserido alguma depreciação adicional sobre o objeto da lide, além daquela naturalmente já posta pelo mercado de veículos em função do seu tempo de uso e conservação" (sic)* (fls. 344).

Além disso, alega de forma infundada que *"os registros de uma ordem de serviços são alegações postuladas pelo cliente na recepção da concessionária, sendo descritas tal conforme narrado, ainda que as reclamações não sejam verdadeiramente constatadas ou procedente segundo os critérios técnicos da oficina assistencial" (sic)* (fls. 343).

Tal alegação é de causar perplexidade, beirando as raias da má-fé, por isso que os serviços de reparo foram realizados pelos próprios prepostos da apelante logo depois da aquisição do veículo, conforme os documentos que juntou por determinação judicial.

Acesso ao Sumário

É importante salientar que o perito apurou desvalorização de 15% (quinze por cento), daí resultando o valor de R$ 6.225,00, considerado o preço pago como base de cálculo (R$ 41.500,00), quase o mesmo percentual (embora naturalmente menor) que, anos depois, verificou-se quando da venda promovida pelo autor. Com efeito, quando da venda, a tabela FIPE apontava o valor de mercado de R$ 36.789,00, enquanto a venda acabou sendo feita pelo preço de R$ 31.000,00 (desvalorização de 17%). (Cf. fls. 220/228.)

No mais, a alegação da apelante de que as duas últimas passagens do veículo na concessionária foram relativas às revisões do veículo apenas corrobora a tese autoral.

Nesse contexto, por óbvio não assiste razão à apelante no que toca à ocorrência do dano moral.

De acordo com Yussef Said Cahali, dano moral "*é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial*", enfatizando que ela pode ser classificada como "*dor física dor-sensação, como a denominada Carpenter nascida de uma lesão material*" ou "*dor moral dor-sentimento, de causa imaterial*" (Dano moral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Página 28).

E conforme Antônio Jeová Santos, "*o que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo*", daí decorrendo 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).

A partir dessas lições doutrinárias é possível afirmar que o apelado experimentou, sim, danos morais, porquanto ninguém fica psicologicamente indiferente à situação por ele vivenciada, que já foi suficientemente delineada.

Aplica-se ao caso concreto a denominada teoria do desvio produtivo do consumidor, que se caracteriza, na lição de Marcos Dessaune, "*quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento, precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências de uma atividade necessária ou por ele preferida para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável*" (Desvio Produtivo do Consumidor. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011).

Com efeito, é manifesto que o apelado foi privado de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aprouvesse, em virtude do problema com o veículo "zero quilômetro" que adquiriu.

Impende registrar que este E. Tribunal de Justiça tem dado guarida a essa teoria, como se colhe dos seguintes julgados: (a) 19ª Câmara de Direito Privado - Apelação n. 0000708-87.2015.8.26.0337 - Relator Ricardo Pessoa

Acesso ao Sumário

de Mello Belli - Acórdão de 16 de maio de 2016, publicado no DJE de 30 de junho de 2016; (b) 24ª Câmara de Direito Privado - Apelação n. 1006221-17.2016.8.26.0003 - Relator Salles Vieira - Acórdão de 29 de junho de 2017, publicado no DJE de 13 de julho de 2017; (c) 30ª Câmara de Direito Privado - Apelação n. 1011251-17.2017.8.26.0482 - Relatora Maria Lúcia Pizzotti - Acórdão de 28 de fevereiro de 2018, publicado no DJE de 12 de março de 2018; e (d) 33ª Câmara de Direito Privado - Apelação n. 1006151-54.2016.8.26.0664 - Relator Sá Moreira de Oliveira - Acórdão de 6 de fevereiro de 2017, publicado no DJE de 14 de fevereiro de 2017.

Vale mencionar que o C. Superior Tribunal de Justiça já asseverou que "*à frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado - ou, ao menos, atenuado - se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo*" (3ª Turma - Recurso Especial n. 1.634.851/RJ - Relatora Ministra Nancy Andrighi - Acórdão de 12 de setembro de 2017, publicado em 15 de fevereiro de 2018).

O voto da ministra relatora observa que "*o dia a dia - e todos que já passaram pela experiência bem entendem isso - revela que o consumidor, não raramente, trava verdadeira batalha para, enfim, atender a sua legítima expectativa de obter o produto adequado ao uso, em sua quantidade e qualidade*", começando "*pela tentativa - por vezes frustrada - de localizar a assistência técnica próxima de sua residência ou local de trabalho ou até mesmo de onde adquiriu o produto; e ainda o esforço de agendar uma 'visita' da autorizada - tarefa que, como é de conhecimento geral, tem frequentemente exigido bastante tempo do consumidor, que se vê obrigado a aguardar o atendimento no período da manhã ou da tarde, quando não por todo o horário comercial*", e observando que "*já há quem defenda, nessas hipóteses, a responsabilidade civil pela perda injusta e intolerável do tempo útil: Marcos Dessaune (Desvio Produtivo do Consumidor - O Prejuízo do Tempo Desperdiçado. São Paulo: RT, 2011, p. 47-48); Pablo Stolze (Responsabilidade civil pela perda do tempo. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3540, 11 mar. 2013. Disponível em:* (endereço eletrônico constante do texto original). *Acesso em: 3 mar. 2017); Vitor Vilela Guglinski (Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em:* (endereço eletrônico constante do texto original). *Acesso em: 3 mar. 2017)*".

No que se refere à fixação do *quantum* indenizatório, Rui Stoco leciona que se trata de "*questão verdadeiramente angustiante*", porquanto o dano moral, "*ao contrário do dano material - que se afere em função do dano emergente (aquilo que efetivamente se perdeu) e do lucro cessante (aquilo que se deixou*

Acesso ao Sumário

de ganhar) e, portanto, mostra-se matematicamente aferível -, não traduz um desfalque ao patrimônio, nem diminuição alguma". Adiante, o doutrinador ensina que a tendência moderna "*é a aplicação do binômio punição e compensação, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo (caráter punitivo da sanção pecuniária)* [embora seja mais adequado falar em caráter pedagógico e não em caráter punitivo] *juntamente com a teoria da compensação, visando destinar à vítima uma soma que compense o dano moral sofrido*", aludindo, ademais, que "*parte da doutrina também faz menção ao binômio punição e prevenção, como Caio Mário, Carlos Alberto Bittar, Sergio Cavalhieri Filho e Antônio Jeová Santos*" (Tratado de responsabilidade civil. 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Tomo II, páginas 991 e 993).

À luz do caso concreto, deve ser mantido o *quantum* indenizatório fixado na sentença hostilizada - R$ 10.000,00 (dez mil reais), uma vez que de um lado, confere significativo conforto (compensação) material para a parte lesada, sem enriquecê-la indevidamente, e, de outro, convida o ofensor a aprimorar seus procedimentos (função pedagógica), de modo a evitar novos danos a consumidores. E isso sem indevido enriquecimento sem causa.

A propósito: (Apelação n. 0011600-48.2011.8.26.0223, 28ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Celso Pimentel, j. 8/11/2016).

Por fim, a teor do § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, tendo em vista o desprovimento do recurso, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios para 15% sobre o valor da condenação.

III - Conclusão.

Diante do exposto, **nega-se provimento ao recurso**. Ônus da sucumbência explicitados.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 05957)

Acesso ao Sumário

Adotado na íntegra o relatório da lavra do E. Relator, passo a lançar minha **parcial divergência** tão somente para afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais de R$ 6.225,00 (seis mil, duzentos e vinte e cinco reais), correspondente à desvalorização do veículo em função dos serviços de funilaria e pintura.

Pois bem. Extrai-se dos autos que o requerente contraiu financiamento bancário para aquisição do veículo Grand Siena Essence (Evolution 2), Fiat, prata, 2012/2013, pelo valor de R$ 41.500,00 (quarenta e um mil e quinhentos reais), tendo entregue outro automotor avaliado em R$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais) como entrada (fls. 13/15).

Ocorre que, um dia após a retirada do veículo 0km da concessionária, ele

apresentou diversos vícios, totalizando, desde então, 9 (nove) encaminhamentos do bem à concessionária para reparos.

O MM. Juízo *a quo* condenou as requeridas ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de composição por danos morais, o que ora se mantém, em razão dos transtornos suportados pelo apelado, que ultrapassaram meros dissabores ao consumidor.

Por outro lado, quanto aos danos materiais decorrentes da "desvalorização" do bem, a indenização deve ser afastada.

Isso porque a "desvalorização" anunciada na sentença decorre da entrega do veículo em concessionária à guisa de entrada e parte de pagamento, na troca por outro veículo, sendo certo que comerciantes de veículos não se valem da tabela Fipe para fixação de preço para veículos recepcionados como parte de pagamento, e sim pela tabela Webmotors, que apresenta valores para revenda.

Vale consignar que a tabela Fipe reflete média de preços de veículos usados em negociações entre particulares.

Não se pode deixar de observar, ainda, que o perito "adivinha" a possibilidade de "desvalorização" do veículo em função de serviço de retoque em pintura efetuado por concessionária da marca, sob a alegação de que serviços assim "sempre provocam desvalorização do veículo", orçando aprioristicamente a tal "desvalorização" em até 15% do valor de mercado do bem (fls. 311).

A pretensa "desvalorização" do veículo na revenda (17%, segundo os autos), portanto, será decorrente da negociação do bem em revenda, e não na venda a terceiro sem intermediação, o que em todos os casos resulta em valor abaixo daqueles previstos na tabela Fipe.

Na verdade, é fato conhecido a utilização da tabela constante do sítio "endereço eletrônico constante do texto original" pelas empresas de revenda de veículos, e não da "Tabela Fipe".

O sítio referido, criado em 1995 e adquirido pelo ABN Amro em 2002, hoje, é de titularidade do "Grupo Santander Brasil", e apresenta tabela que expressa valores destinados ao apontamento do preço de "compra" de veículos em operações de revenda daqueles bens com concessionárias e lojas, sabidamente inferiores à "Tabela Fipe", destinada a informar preços praticados em negociações entre particulares.

Não se pode desconsiderar, ainda, o fato de que os veículos "0km" de regra vão sofrer ajustes durante os primeiros tempos de utilização, razão pela qual, aliás, há exigência das fabricantes quanto à realização de revisões obrigatórias.

Comporta, portanto, acolhimento parcial a pretensão recursal a fim de afastar a condenação das requeridas ao pagamento da indenização por danos materiais, e, consequentemente, observada a sucumbência parcial das partes, cada uma deverá arcar com suas custas, despesas processuais e honorários de

Acesso ao Sumário

seus patronos.

Posto isso, pelo meu voto, **DAVA PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso para afastar a condenação das requeridas à composição por danos materiais.

MARCOS GOZZO, Desembargador, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014493-15.2014.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é apelante MÁRCIA REGINA DE GÓES MONTEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada MARINA COIMBRA CASADEI BARBOSA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20951)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MORAIS PUCCI (Presidente sem voto), MELO BUENO e GILBERTO LEME.

São Paulo, 9 de janeiro de 2019.

FLAVIO ABRAMOVICI, Relator

Ementa: DIREITO DE VIZINHANÇA - DANOS MATERIAIS - Requerida construiu "muro simples" na divisória entre os imóveis de propriedades das partes (Autora e Requerida) - Construção posterior de "muro de arrimo" pela Autora, naquela divisória - Pedido de condenação da Requerida ao pagamento de 50% do custeio da construção do "muro de arrimo", sob o fundamento de que o "muro simples" (construção anterior) não observou as normas técnicas exigidas - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, para condenar a "ressarcir a autora referente a 50% das despesas com a construção do muro de arrimo e reposição de terras retiradas" - Fotografias consignadas no laudo pericial evidenciam que construído o "muro simples" no imóvel de propriedade da Requerida e, ao depois, construído o "muro de arrimo" no imóvel de propriedade da Autora (cada parte construiu um muro diverso, em obras independentes, que são

Acesso ao Sumário

limítrofes entre si) - Autora decidiu realizar obra (de "muro de arrimo") para delimitar a construção no próprio terreno - Requerida não é obrigada a custear a obra realizada de forma unilateral pela Autora - Mera construção do "muro simples" não causou danos à Autora (ausente a demonstração de eventual deslizamento, ou infiltração ou outro evento prejudicial) - Ausente o ato ilícito - Ainda que os muros sejam considerados construção única, a segunda obra (realizada pela Autora) é equiparável ao alteamento do muro divisório, por acréscimo à obra pretérita realizada, e tampouco implica na corresponsabilidade da Requerida pelo custeio (artigo 1.307 do Código Civil) - Não comprovada a responsabilidade da Requerida pelo custeio da obra realizada pela Autora, impondo-se a improcedência da ação - RECURSO DA REQUERIDA PROVIDO, PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Requerida contra a sentença de fls.229/231, prolatada pelo I. Magistrado Ernani Desco Filho (em 17 de maio de 2018), que julgou procedente a "ação de obrigação de fazer", para condenar a "ressarcir a autora referente a 50% das despesas com a construção do muro de arrimo e reposição de terras retiradas", além do pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios (fixados em R$ 1.000,00), observada a gratuidade processual.

Em preliminar, alega o cerceamento de defesa (ausência de intimação da Assistente Técnica indicada pela Requerida para o acompanhamento da prova pericial) e a "violação ao princípio da isonomia das partes" (sucessivas concessões de dilação de prazos à Autora, com prejuízo à defesa da Requerida). No mérito, sustenta que a Autora é proprietária de imóvel limítrofe ao imóvel de propriedade da Requerida, que o "muro simples" divisório construído pela Requerida não apresentava vícios de construção, que a Autora construiu posterior "muro de arrimo" para corrigir o alegado vício do "muro simples" (construído pela Requerida), que a Autora "iniciou irregularmente a sua obra, antes de obter o alvará necessário", que a Autora adquiriu o imóvel em data posterior à construção do "muro simples", que a aquisição do imóvel sem ressalvas (pela Autora) obsta a posterior alegação de vício na construção do "muro simples" e que inexiste o dever de custear 50% do valor da obra do "muro de arrimo". Pede o provimento do recurso, para afastar a sentença (com o prosseguimento

Acesso ao Sumário

do feito, na Vara de origem, para a realização de nova prova pericial) ou para a improcedência da ação (fls.234/249).

Intimada para a resposta, a Autora permaneceu inerte (certidão de fls.253).

É a síntese.

Ausente o cerceamento de defesa, porque o Juiz pode, após analisar as provas já produzidas, dispensar a produção de outras, ainda que contra a vontade das partes, se concluir que os pontos controvertidos estão suficientemente aclarados.

Ademais, a decisão saneadora (fls.98) deferiu a prova pericial e possibilitou a indicação de quesitos e a nomeação de assistente técnico pelas partes, mas a Requerida não apresentou quesitos (limitou-se a indicar a Assistente Técnica e pleitear a reconsideração da decisão de deferimento da prova pericial - fls.121/123) e, ainda, as partes foram intimadas da data e horário de realização da prova pericial (fls.195/197), o que também está a infirmar a alegação de cerceamento de defesa.

Por fim, o mero deferimento da substituição dos quesitos apresentados pela Autora (fls.117/120) e da dilação de prazo para a apresentação de documentos pela Autora (fls.153/154 e 158/159) não configura a alegada "violação ao princípio da isonomia das partes".

Passo a apreciar o mérito recursal.

A Autora alega, na petição inicial, que é proprietária do imóvel situado na Rua Glicério Póvoas, "quadro 14, lote 06" (Marília/SP), que a Requerida é proprietária "do imóvel que faz fundo com o terrento da autora, descrito como lote 20", que a Requerida realizou obra de "muro simples" na divisória dos terrenos, que necessária a construção de "muro de arrimo impermeabilizado" (em razão da incorreção técnica da construção do "muro simples") e que a obra realizada também retirou parcelas de terra do imóvel da Autora.

Acrescenta que manteve contato para a divisão dos custos da construção do "muro de arrimo", que a Requerida se negou a dividir os custos, que configurado o ato ilícito e pede a condenação ao pagamento do valor correspondente à metade do custeio da obra de construção do "muro de arrimo" e de reposição da terra retirada, no valor de R$ 13.659,64.

Acesso ao Sumário

A Requerida sustenta, na contestação de fls.49/59, que a construção do "muro simples" ocorreu em data anterior à aquisição do imóvel pela Autora, que a adquirente (Autora) já tinha ciência acerca da natureza de "muro simples" quando adquiriu o bem, que não caracterizado o ato ilícito e que não é responsável pelo custeio da segunda obra (construção do "muro de arrimo").

Portanto, inconteste que realizadas duas obras subsequentes - a primeira pela Requerida (construção do "muro simples" na divisória dos imóveis) e a segunda pela Autora (construção do "muro de arrimo") - e que a Requerida se

negou à divisão do custeio da realização da segunda obra.

Em que pese o laudo pericial (fls.201/209) consignar que a Requerida realizou obra de aplanação do terreno e que tal obra exige a construção de "muro de arrimo para conter o solo de aterro" (fls.204), as fotografias consignadas no laudo pericial (fls.207/208) evidenciam que construído o "muro simples" no imóvel de propriedade da Requerida e, ao depois, construído o "muro de arrimo" no imóvel de propriedade da Autora (ou seja, cada parte construiu um muro diverso, em obras independentes, que são limítrofes entre si).

Assim, não obstante a obra realizada pela Requerida ("muro simples"), a Autora decidiu realizar obra posterior ("muro de arrimo") para delimitar a construção no próprio terreno - e a Requerida não é obrigada a custear a obra realizada de forma unilateral pela Autora.

Por outro lado, a construção do "muro simples" não causou danos à Autora (ausente a demonstração de eventual deslizamento, ou infiltração ou outro evento prejudicial) e, por isso, não caracterizado o ato ilícito.

Ademais, ainda que os muros sejam considerados construção única, a segunda obra (realizada pela Autora) é equiparável ao alteamento do muro divisório, por acréscimo à obra pretérita, e tampouco implica na corresponsabilidade da Requerida pelo custeio, nos termos do artigo 1.307 do Código Civil:

> Art. 1.307. Qualquer dos confinantes pode altear a parede divisória, se necessário reconstruindo-a, para suportar o alteamento; arcará com todas as despesas, inclusive de conservação, ou com metade, se o vizinho adquirir meação também na parte aumentada.

Quanto ao mais, o laudo pericial não demonstra a efetiva retirada de terra do imóvel de propriedade da Autora sem reposição, pois limita-se a consignar que a terra retirada e reposta de forma equivocada pode alterar as propriedades do solo (fls.204), ressaltando-se que a Autora realizou a obra do "muro de arrimo" prévia ao ajuizamento da ação (o que impossibilita a constatação da efetiva retirada da terra) e que o "laudo" apresentado pela Autora (fls.11/22) é documento unilateral que não comprova, por si, a retirada da terra sem reposição.

Portanto, não comprovada a responsabilidade da Requerida pelo custeio da obra realizada pela Autora (ou pela pretensa necessidade de reposição de terra), impondo-se a improcedência da ação, condenando a Autora ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo, nos termos do artigo 85, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil, em 15% do valor da causa (a que foi atribuído o valor de R$ 13.659,54).

Dessa forma, de rigor o provimento do recurso.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para julgar improcedente a ação, condenando a Autora ao pagamento das custas e despesas processuais e

Acesso ao Sumário

dos honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007960-46.2013.8.26.0127, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado VIAÇÃO COOPERPAN e Apelante COMPANHIA MUTAL DE SEGUROS, é apelado/apelante FRANCISCO ANTONIO DE ARAUJO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO POR ORA CONHECIDO EM PARTE PARA INDEFERIR O PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA, COM A CONCESSÃO DE PRAZO PARA O RECOLHIMENTO DO PREPARO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.044)**.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente sem voto), SERGIO GOMES e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 14 de janeiro de 2019.

ISRAEL GÓES DOS ANJOS, Relator

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA - JUSTIÇA GRATUITA - PESSOA JURÍDICA - COMPANHIA MUTUAL DE SEGUROS - Pedido formulado no recurso de apelação - Determinação do relator para a juntada de provas da situação de hipossuficiência para a análise do pedido - Ausência de comprovação da alegada hipossuficiência. INDEFERIMENTO: Não comprovação da hipossuficiência financeira. Cabe por ora o conhecimento parcial do recurso para indeferir a justiça gratuita, com a concessão de prazo de cinco dias para a recorrente comprovar o recolhimento do preparo recursal, a fim de evitar a deserção. Após, recolhido o preparo ou certificado o decurso do prazo para seu recolhimento, os autos virão conclusos para o prosseguimento do julgamento.

RECURSO POR ORA CONHECIDO EM PARTE

Acesso ao Sumário

PARA INDEFERIR O PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA, COM A CONCESSÃO DE PRAZO PARA O RECOLHIMENTO DO PREPARO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos interpostos pelas partes contra a r. sentença de fls. 484/487, parcialmente retificada a fl.510, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação indenizatória movida por Francisco Antonio de Araujo contra a Viação Cooperpan, para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$4.000,00, devidamente atualizado desde a publicação da sentença e juros de mora desde a data do acidente. Condenou a ré também ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação. Em relação à lide secundária, a r. sentença condenou a seguradora denunciada a ressarcir à denunciante pelo valor que foi condenada na lide principal, nos limites da apólice. Em razão da sucumbência, condenou a denunciada ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação.

Em suas razões recursais a ré Cooperpan alega que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação. Sustenta que não é proprietária do ônibus que teria causado o acidente. Discorre sobre o contrato de transporte e sobre a responsabilidade civil. Alega que o valor da indenização fixado judicialmente pode ser deduzido do seguro DPVAT. Em caso de manutenção da sentença, pede que seja reconhecida a responsabilidade solidária da seguradora denunciada ao pagamento de indenização ou que seja reduzido o seu valor (fls. 513/531).

A seguradora denunciada, por sua vez, pede a concessão dos benefícios da gratuidade da justiça. Alega que em razão da liquidação extrajudicial, é necessária a exclusão de qualquer pena pecuniária, bem como a suspensão da incidência dos juros e da correção monetária, enquanto não for pago integralmente o passivo. Discorre sobre a excludente de responsabilidade. Esclarece que o evento danoso ocorreu por culpa de terceiro. Afirma que não houve falha mecânica no ônibus que pudesse ter dado causa ao acidente, conforme laudo apresentado nos autos. Alega que não restou demonstrado o nexo de causalidade entre o acidente e os danos reclamados pelo autor. Pede que seja afastada a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Subsidiariamente, pede a redução do valor fixado, em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Pleiteia também que os juros moratórios incidam a partir da sentença condenatória. Por fim, pede o afastamento da sua condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais da lide secundária, porque não houve resistência aos pedidos da empresa denunciante (fls. 534/562).

Acesso ao Sumário

O autor, em seu recurso adesivo, pede a majoração do valor fixado a título de indenização por danos morais (fls. 591/597).

As partes apresentaram contrarrazões a fls. 599/604, 605/611, 612/617, 621/626, 629/637 e 638/645.

A d. Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar nos autos (fl. 653).

Nos termos do art. 99 § 2º do CPC/2015, foi determinada a comprovação do preenchimento dos pressupostos legais para a concessão da gratuidade da justiça à apelante Companhia Mutual de Seguros (fl. 654).

A apelante apresentou documentos (fls.657/710) e a apelada Cooperpan apresentou manifestação a fls.713/718.

É o relatório.

No caso, a apelante Companhia Mutual de Seguros S/A., em liquidação judicial, pleiteia a concessão dos benefícios da justiça gratuita no recurso de apelação, porém não demonstrou a alegada hipossuficiência financeira.

Intimada para apresentação de prova atualizada da alegada situação de hipossuficiência (fl. 654), a referida apelante apresentou balancete contábil do mês de maio de 2018, relatório de contas referenciais do ano de 2017, relatório de acompanhamento de direção fiscal (novembro de 2015) e recibo de entrega de escrituração fiscal digital, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2017 (fls. 657/710).

Cabe ressaltar que embora o balancete contábil do mês de maio de 2018 apresente um prejuízo no valor de R$10.380.349,00 (fl. 668), verifica-se também que ele apresenta sistema de provisões no valor total de R$140.519.305,60 (provisões cíveis de R$1.640.988,84), o que mostra a previsão de caixa para despesas e custas judiciais (fl. 663), que, no caso dos autos, não são altas, considerando-se o valor da condenação (R$4.000,00).

Os documentos apresentados não são suficientes para comprovar a incapacidade da apelante de arcar com as despesas processuais, uma vez que apesar do prejuízo apresentado, a recorrente tem receita suficiente para suportar o pagamento do preparo do seu recurso.

A alegação de insuficiência de recursos pecuniários para arcar com as despesas judiciais, em se tratando de pessoa jurídica, deve vir acompanhada de prova robusta da ausência de condições de arcar com as custas processuais, o que não ocorreu no caso em questão.

Ademais, a liquidação extrajudicial, por si só, não basta para o deferimento do benefício pleiteado.

Desta forma, deve ser indeferido o pedido de gratuidade da justiça, uma vez que não restou demonstrada a hipossuficiência da recorrente, ainda que

Acesso ao Sumário

momentânea (art. 5º da Lei de Custas).

Em caso análogo a este, envolvendo a apelante, já se pronunciou esta E 37ª Câmara de Direito Privado:

"***Agravo de Instrumento. Pedido de gratuidade processual indeferido, Insurgência. Não acolhimento. Liquidação extrajudicial que por si só não demonstra a impossibilidade de arcar com os custos do processo. Concessão da gratuidade apenas quando demonstrada a efetiva hipossuficiência. Documentação apresentada que não comprovou o alegado. Decisão mantida. Recurso não provido, com determinação.***" (AI nº 2114733-86.2016.8.26.0000, Rel. Des. JOÃO PAZINE NETO).

No mesmo sentido:

"***Justiça gratuita. Pessoa jurídica com fins lucrativos, em regime de liquidação extrajudicial. Documentação insuficiente para o benefício. Recurso não provido.***" (AI nº 2082231-94.2016.8.26.0000, Rel. Des. GIL COELHO, 1ª Câmara de Direito Privado).

Os precedentes jurisprudenciais acima citados enfrentam questão semelhante a dos autos, razão pela qual ilustram este julgamento.

Embora a alegação de hipossuficiência tenha presunção relativa de veracidade, poderá o Juízo indeferir o benefício da justiça gratuita se os elementos dos autos evidenciarem a falta dos pressupostos legais para a concessão do benefício (art. 99, §§2º e 3º do CPC/2015).

Tem sido entendido atualmente que por força do artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, há a necessidade também da prova da ausência ou da insuficiência de recursos para arcar com as despesas processuais.

Mesmo que não seja cabível a concessão da gratuidade da justiça, é de rigor a concessão de prazo para o recolhimento do preparo recursal, nos termos do art. 99, § 7º do CPC:

"***Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.***

(...)

§ 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento".

Ante o exposto, conhece-se, por ora, de parte do recurso para tão somente indeferir o pedido de justiça gratuita formulado por uma das apelantes, a Companhia Mutual de Seguros, e conceder o prazo de cinco dias para a comprovação do recolhimento do respectivo preparo recursal, a fim de evitar a

Acesso ao Sumário

deserção. Após, recolhido o preparo ou certificado o decurso do prazo para seu recolhimento, tornem os autos conclusos para o prosseguimento do julgamento dos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003217-66.2017.8.26.0704, da Comarca de São Paulo, em que é apelante LG ELETRONICS DO BRASIL LTDA., são apelados LUCILA MIRANDA ARAÚJO e JORGE UTIMI SOBRINHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37208)**

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

São Paulo, 14 de janeiro de 2019.

SOARES LEVADA, Relator

Ementa: Fornecimento de produto. Lavadora e secadora LG. Prova técnica robusta de incêndio ocorrido por mau funcionamento da placa de comando da máquina; inexistência de culpa dos autores por suposta ligação elétrica irregular. Danos materiais e morais demonstrados e bem fixados monocraticamente, com razoabilidade. Apelo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

1. Apela a ré da procedência parcial de ação indenizatória material e moral proposta em face de fabricante de máquina de lavar e secadora, tendo o d. Juízo monocrático concluído que incêndio na máquina decorreu de defeitos do produto, apontados pericialmente. Alega culpa exclusiva dos autores, por ligações elétricas irregulares, ausência de prova de danos materiais e inexistência dos danos morais. Preparo regular. Contrarrazões pelo improvimento.

É o relatório.

Fundamento e decido.

2. Nada a ser alterado na r. sentença bem proferida pela Dra. Fernanda Soares Fialdini. O laudo do perito judicial é minudente e muito bem fundamentado, tendo concluído que nenhuma das supostas falhas nas ligações elétricas na casa dos apelados "em nada contribuiu como causa do incêndio" (fl. 254), sendo de grande relevância que a máquina já havia apresentado defeitos, registrando o perito o quanto segue, a fl. 258:

"Chamam a atenção as duas ocorrências de troca da válvula tripla. Como a válvula tripla é composta por um labirinto de dutos em PVC azul, portanto de resistência e durabilidade sem limites, é de se supor, com muita consistência, que os mecanismos elétricos da válvula poderiam estar sofrendo problemas crônicos, ou, o que é mais provável, problemas causados pelo irregular funcionamento da placa central da máquina."

Não há prova alguma de que a falta do terceiro pino tenha influído de qualquer modo no incêndio da máquina, inexistindo notícia que seja de pico de tensão ou de descarga atmosférica por ocasião dos fatos. Registre-se ainda que "Há uma unanimidade, entre os técnicos que participaram das vistorias, em afirmar que o problema teve seu início em um mau funcionamento da placa de comando e as fotografias mostram que a queima se deu de dentro para fora da máquina." (fl. 260 - grifei).

Não há prova técnica segura, pois, de culpa do consumidor no incêndio e danos subsequentes; muito ao invés, contrariando os argumentos especulativos da apelante há laudo pericial conclusivo em sentido contrário, a fl. 262/263:

"4.1- É conclusão muito consistente da perícia que a queima da máquina não se deu por mau uso ou falta de uma tomada aterrada através de seu terceiro pino, tal como recentemente implantada no Brasil. Ademais, embora constitua uma saudável evolução, o País ainda possui dezenas de milhões de tomadas de 2 pinos associadas a terras improvisados, tal com se tratou neste laudo.

4.2- As instalações elétricas da casa dos autores não podem, em hipótese alguma, ser responsabilizadas pelo incidente debatido nesta lide."

Um incêndio noturno na casa dos autores não é um pequeno dissabor; hilariante a tese, no caso concreto, bastando imaginar - sem esforço - o abalo psíquico decorrente de um fato que poderia ter tido consequências letais aos autores. Valor fixado, de R$ 5.000,00, moderadíssimo e que não enriquece ninguém, mormente diante da conduta desprezível da apelante, ao negar sua responsabilidade diante da prova cabal do mau funcionamento de seu produto; fosse o dobro o montante e teria sido mantido neste acórdão.

Os danos materiais foram provados documentalmente de modo razoável e a zelosa Juíza sentenciante analisou com rigor os dados, submetidos regularmente ao contraditório processual e não infirmados; irrelevante a juntada em réplica se a apelante manifestou-se em seguida sem prejuízo processual algum.

Majoram-se os honorários (CPC, 85, § 11) a 20% sobre o valor corrigido

Acesso ao Sumário

da condenação.

3. Nega-se provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1116885-52.2015.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante WT NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS LTDA. (SUCESSOR(A)), é apelado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO ARCO ÍRIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43507)**

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

São Paulo, 16 de janeiro de 2019.

MELO BUENO, Relator

CONDOMÍNIO EDILÍCIO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES - Situação fático-jurídica idêntica à que foi julgada em outra demanda entre as mesmas partes - Coisa julgada caracterizada - Ação extinta - Recurso desprovido, com observação.

VOTO

Apelação interposta contra a r. sentença de fls. 256/259 que julgou extinta, sem resolução de mérito, ação de indenização por danos materiais c/c lucros cessantes, fundada em condomínio edilício. Sustenta a apelante, em síntese, a inexistência de coisa julgada; trata-se de ato ilícito de trato continuado; inexistência de identidade de pedido e de causa de pedir; fato novo; relativização da coisa julgada (fls. 276/290).

O recurso foi processado, com resposta a fls. 295/299, tendo a apelante complementado as custas recursais, conforme determinado às fls. 304.

É o relatório.

Relata a apelante que após adquirir unidade térrea do condomínio, o apelado ergueu grades e construiu floreiras em frente à sua loja, inviabilizado

Acesso ao Sumário

a entrada, o que impossibilitou a locação do imóvel, razão pela qual interpôs a ação nº 0104001-86.2007.8.26.0100, a qual foi julgada parcialmente procedente, limitando-se o pagamento da indenização (aluguéis, IPTU, despesas condominiais) pelo período de trinta meses.

Ocorre que, ultrapassado referido período, os atos ilícitos praticados pelo apelado continuaram razão pela qual propôs a presente ação visando, igualmente, ao pagamento de indenização por danos materiais e de lucros cessantes consistentes em aluguéis, IPTU, despesas de condomínio do período compreendido do mês de novembro/2008 até a efetiva desobstrução total do imóvel; bem como o pagamento de todas as reformas necessárias a deixar o imóvel em perfeitas e adequadas instalações.

Em sua defesa, o apelado assevera que após a retirada dos gradis e floreiras, em cumprimento à decisão do já mencionado processo nº 0104001-86.2007.8.26.0100, todo e qualquer dano da apelante em relação ao imóvel em questão ocorreu por sua própria conta e risco, não tendo qualquer ato do conjunto edilício concorrido para os fatos narrados, pelo que não pode ser responsabilizado.

Nos termos da r. sentença, a ação foi extinta, sem julgamento de mérito, ante ao reconhecimento da coisa julgada (art. 485, V, do CPC/15), condenando-se a apelante ao pagamento "**das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios da parte contrária, esses fixados em 10% do valor da causa, de baixa complexidade, nos termos do art.85 §2º do CPC**". Isto porque, "**A autora requereu pagamento de alugueres pelo condomínio desde 2008 até a efetiva desobstrução total do imóvel pela requerente. No entanto, conforme se depreende dos autos do processo de nº 0104001-86.2007.8.26.0100, julgado em primeira instância pela 31º Vara Cível deste foro (fls. 13/16); bem como pela 29ª Câmara de Direito Privado do C.TJSP (fls. 17/26); já houve condenação do condomínio a retirar as grades e floreiras face à loja da autora bem como ao pagamento de lucros cessantes ao autor até o momento em que o condomínio tomasse as providências determinadas. Considerando que, pela presente ação, a autora requereu lucros cessantes, IPTU e taxas condominiais desde novembro de 2008 até a efetiva desobstrução da frente do imóvel (fl. 6); e que tal indenização já foi fixada pelo V. Acórdão às fls. 17/26, conclui-se que há identidade de pedidos entre duas ações**".

Com efeito, nos termos do artigo 337, §1º e §2º, do CPC/15, a coisa julgada ocorre quando se reproduz ação idêntica à outra anteriormente ajuizada, entre as mesmas partes com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Depreende-se que a ação anteriormente proposta pela apelante (autos nº 0104001-86.2007.8.26.0100), abordou exaustivamente a matéria discutida nestes autos, ou seja, o direito a indenização ante aos danos perpetrados pelo

Acesso ao Sumário

apelado com a construção de floreiras e grades que obstruíram e limitaram o acesso à unidade condominial térrea, com sentença de parcial procedência transitada em julgado (fls. 13/26).

O fato novo a que se reporta a apelante, ou seja, danos materiais e lucros cessantes ante ao parcial cumprimento da obrigação de fazer imposta na anterior ação (retirada das floreiras e grades), nada mais é do que a reformulação do mesmo pedido com base na mesma causa de pedir, visando modificar decisão transitada em julgado, vez que houve a limitação do pedido de indenização a 30 (trinta) meses.

Neste contexto, se há sentença com trânsito em julgado, eventual descumprimento do decidido não ensejaria ingresso de novo processo de conhecimento, mas sim a execução daquela sentença já existente, fazendo uso dos instrumentos disponíveis a compelir o devedor no cumprimento da obrigação judicialmente imposta. A propósito, como bem salientado pelo d. magistrado "**no citado processo, já fora fixada a obrigação do condomínio de retirar as floreiras e grades e a indenização pelo período em que perdurassem os danos à autora(fls. 16, 26 e 170). Quisesse a autora alegar que ainda sofre danos porque a requerente não cumpriu integralmente sua obrigação de fazer (fls. 169), com, e.g., a respectiva conversão de obrigação de fazer em obrigação pecuniária, tivesse-o feito em sede de cumprimento de julgamento que já transitou em julgado**".

A relativização ou a flexibilização da coisa julgada está estritamente franqueada a situações excepcionais, sob pena de se gerar situações de instabilidade e fragilidade jurídica. E, no presente caso, se pretende tão somente buscar, mediante o exercício de nova ação, a revisão do que se decidiu em oportunidade anterior.

De forma que, tendo a ação anterior analisado e discutido a causa de pedir fática e o respectivo pedido que ora se pretende ver reanalisado, é de rigor a extinção do presente feito, sem resolução do mérito, diante da ocorrência da coisa julgada, ainda que envolva período posterior ao delimitado no citado título executivo judicial. Confira-se entendimento desta c. Corte:

> "**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RELAÇÃO DE CONSUMO - INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO - DEMANDA PREEXISTENTE VERSANDO SOBRE A MESMA QUESTÃO, JÁ TRANSITADA EM JULGADO - IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA DEMANDA FRENTE AO FENÔMENO PROCESSUAL DA COISA JULGADA - PRESSUPOSTO PROCESSUAL NEGATIVO - INGRESSO DE NOVO PROCESSO DE CONHECIMENTO, QUANDO O MEIO PROCESSUAL ADEQUADO SERIA EXECUÇÃO DE SENTENÇA - AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR - RECURSO**

Acesso ao Sumário

IMPROVIDO[1]".

Deste modo, a r. sentença recorrida não comporta modificação, cuja manutenção pelos seus próprios fundamentos é medida que se impõe. E, por força do art. 85, §11, do CPC/15, os honorários advocatícios devidos ao(s) advogado(s) são majorados a 15% do valor da causa.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006559-89.2018.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que são apelantes CLAUDIA DENISE FARIA (JUSTIÇA GRATUITA) e ALEXANDRE RAMOS DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado JOSÉ ROBERTO ALVES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº SMO 30390)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente) e EROS PICELI.

São Paulo, 16 de janeiro de 2019.

SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - Impugnação - Elementos que demonstram a possibilidade de custeio do processo e o prejuízo do próprio sustento - Ausentes provas em sentido contrário - Revogação adequada.

ACIDENTE DE TRÂNSITO - Fatos incontroversos - Discussão em sede de recurso que se limita a legitimidade do proprietário - Responsabilidade solidária - Responsabilidade que não está ligada à conduta da própria pessoa - Teoria da guarda - Danos materiais comprovados - Perícia desnecessária - Sentença mantida.

Honorários advocatícios de sucumbência majorados, em aplicação ao disposto no artigo 85, §11, do Novo Código de Processo Civil, observada a gratuidade

1 Ap. 1014950-32.2015.8.26.0564 - Rel. Des. FRANCISCO CASCONI - 31ª C., 18/10/2016.

concedida ao réu Alexandre.
Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ALEXANDRE RAMOS DA SILVA e CLAUDIA DENISE FARIA (fls. 120/131) contra r. sentença de fls. 111/116, proferida pela MMª. Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Santos, Dra. Patricia Naha, que julgou procedente a ação de reparação de danos materiais movida por JOSÉ ROBERTO ALVES DA SILVA para condenar os réus, ora apelantes, solidariamente, ao pagamento de indenização por dano material no valor de R$ 18.997,85, atualizada e acrescida de juros de mora. Foram ainda os réus condenados ao pagamento das verbas de sucumbência, fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, considerando-se a revogação do benefício da gratuidade em relação à ré Claudia.

Os apelantes insistem na manutenção dos benefícios da gratuidade processual à ré Cláudia. Discorrem sobre sua situação atual, bem como sobre os documentos juntados aos autos, comprovada a sua situação de necessitada. Questionam ainda sua ilegitimidade passiva, entendendo não ser responsável pelos danos causados ao veículo do apelado. Quanto aos danos materiais, alegam que deveria ter sido feita uma perícia para comprovação da sua extensão. Postulam o provimento do recurso.

Contrarrazões às fls. 135/138, pela manutenção da r. sentença, com preliminar de deserção do recurso, bem como com pedido de majoração de honorários advocatícios com base no artigo 85, do Novo Código de Processo Civil.

É o relatório.

Inicialmente, rejeito a preliminar de deserção suscitada pelo apelado em contrarrazões, uma vez que a revogação dos benefícios à apelante Cláudia ocorreu na própria r. sentença, sendo a questão objeto do recurso.

Presentes os pressupostos recursais, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

Doutrina e Jurisprudência admitem a responsabilização solidária do proprietário, em aplicação à teoria da guarda, caso demonstrada a culpa do condutor do veículo, ainda que não se trate de preposto.

A possibilidade de responsabilidade não está ligada à própria conduta da pessoa, mas ao dano causado pelas coisas sob sua guarda.

Aliás, responsabilidade presumida.

Sobre o tema:

"*Presume-se a responsabilidade do guarda ou dono da coisa pelos*

Acesso ao Sumário

danos que ela venha a causar a terceiros (responsabilidade pelo fato da coisa). A presunção só é elidível por prova, a ser por ele produzida, de que o dano adveio de culpa da vítima ou de caso fortuito. Caracterizada a culpa do guardião, por inobservância das cautelas indispensáveis a que, por meio da coisa, não se produzam danos na esfera jurídica de outras pessoas, responde ele pela respectiva indenização" (TJSP - 6ª C. - AP. - Rel. Ernani de Paiva - j. 29.09.88 - RT 638/91[2]).

E como esclarece o insigne jurista CARLOS ROBERTO GONÇALVES, em sua obra "Responsabilidade Civil", 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, páginas 952-953:

"*A doutrina moderna tem, também, admitido a responsabilidade solidária do proprietário do veículo e do terceiro que o conduzia e provocou o acidente, com base em teorias que integram a responsabilidade objetiva, como a da guarda da coisa inanimada e a do que exerce atividade perigosa". Citando ensinamento de ARNALDO RIZZARDO, ele assevera que "'o dever de ressarcir nem sempre se estriba na culpa do proprietário na entrega do veículo ao autor material. Sua atitude poderá estar revestida de todos os cuidados e cautelas aconselhados e impostos pela consciência. Viável que a permissão tenha recaído em pessoa prudente, habilitada e experiente na direção de carros. Mesmo nestas circunstâncias, a segurança e a tranquilidade social reclamam a sua presença na reparação da lesão advinda do uso da condução... A conclusão é que os princípios fundamentais reguladores da responsabilidade pelo fato de outrem são os mesmos que regem a responsabilidade indireta, sem culpa, do comitente, do patrão, do pai em relação aos filhos menores, com fundamento no risco. O proprietário responde porque confiou o carro a pessoa sem idoneidade econômica, pois se a tivesse, contra ela ingressaria o lesado (Aguiar Dias, 'Da Responsabilidade Civil', 4. ed., p. 465-6)' (A reparação, cit., p. 55, n. 6.3)*".

Assim, considerando que a questão da ilegitimidade já foi corretamente analisada pelo MM. Juízo, negado provimento ao recurso nesse ponto.

Por sua vez, também sem razão a insurgência recursal quanto à gratuidade processual, revogada pela magistrada com relação à apelante Cláudia.

Como bem observado pela magistrada, a apelante possui veículo de alto valor, tampouco comprovou sua origem, bem como não comprovou ser isenta de Imposto de Renda.

Os documentos por ela juntados aos autos não são suficientes para a manutenção do benefício que restou revogado.

A versão da "doação" do veículo não encontra respaldo em nenhuma

2 Stoco, Rui. Tratado de responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª Edição, 2007, p. 980.

Acesso ao Sumário

prova dos autos, não justificando a concessão da gratuidade com base na simples alegação de que o doador não queria ser identificado, sendo que a questão poderia ter sido resolvida com a produção de outras provas.

Quanto à alegada isenção do Imposto de Renda, competia à apelante ter juntado documentos que comprovassem sua alegação, tais como declaração de regularidade de seu CPF juntamente com comprovantes de que não apresentou declaração à Receita Federal. Outros documentos também serviriam para comprovar sua renda, como extratos bancários e faturas de cartão de crédito, por exemplo.

O simples fato de não ter feito seguro do veículo por si só também nada prova nesse sentido, bem como ser vizinha de uma favela como alegado às fls. 92.

No mais, comprovada a culpa dos apelantes pelo acidente, existe o dever de indenizar.

Os danos materiais estão comprovados pelos documentos juntados pelo apelado com a petição inicial, dentre eles os orçamentos e as fotografias de fls. 16/45.

Como constou da r. sentença, "*o autor demonstrou 3 orçamentos (fls. 41/45) que indicam valores semelhantes, de forma que estes fazem-se contundentes com os prejuízos demonstrados às imagens de fls. 29/37, não restando nenhum óbice ao acolhimento destes, motivo pelo qual considero razoável a quantia de R$ 18.997,85 a ser indenizada, sendo esta o menor valor orçado (fls. 44/45)*".

Não obstante a insurgência dos apelantes, nada justifica o pedido de perícia para que "*comprove a perda total alegada*", efetuado apenas às fls. 102, sem que sequer tenha sido suscitada a questão na contestação de fls. 55/63, que apenas genericamente requereu fosse fixada condenação que evitasse o enriquecimento sem causa e retornasse o apelado ao estado anterior (fls. 61).

Logo, de rigor a manutenção da r. sentença nos termos proferidos.

Por fim, nos termos do artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido, de rigor a majoração da verba honorária de sucumbência a ser paga pelos apelantes de 10 para 12% do valor da condenação, observada a gratuidade concedida apenas ao réu Alexandre.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0010435-34.2017.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, é apelado KLÉBER LOPES PARO.

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 34.068)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ARANTES THEODORO (Presidente), WALTER CESAR EXNER e JAYME QUEIROZ LOPES.

São Paulo, 18 de janeiro de 2019.

ARANTES THEODORO, Relator

Ementa: Prestação de serviços educacionais. Execução por título judicial. Superveniente acordo entre as partes no sentido de ser parcelado o débito. Quadro que não autorizava a extinção da execução, mas a sua suspensão pelo tempo convencionado pelas partes. Artigo 922 do CPC. Decreto extintivo cassado. Recurso provido.

VOTO

Sentença cujo relatório se adota julgou extinta, por considerar satisfeita a obrigação, execução de título judicial por quantia certa.

A autora apela e pede seja cassado o decreto extintivo.

Para tanto ela afirma ter celebrado acordo com o réu pelo qual o valor da condenação seria pago em dez parcelas, a primeira em 20 de agosto de 2017 e a última em 22 de abril de 2019, mas assim não ocorreu.

Assim, a litigante enfatiza que não houve quitação do débito, nem fora isso alegado nos autos, quadro que desautorizava a extinção da execução e impunha a suspensão do feito pelo prazo do acordo nos termos do artigo 922 do CPC.

Recurso regularmente processado e não respondido.

É o relatório.

A apelante aforou ação de cobrança de mensalidades vencidas entre 2008 e 2009, decorrentes da prestação de serviços educacionais.

Acesso ao Sumário

Após a sentença e já tendo se iniciado a respectiva execução em 31 de julho de 2018 as partes celebraram acordo acerca do objeto da condenação.

Assim, o devedor na ocasião se obrigou a pagar R$ 10.974,83, sendo R$ 6.077,75 mediante levantamento do numerário penhorado e o saldo em dez parcelas de R$ 544,12 a serem satisfeitas até 22 de abril de 2019 (fls. 41).

Note-se que, bem ou mal, aquele fora o termo final indicado na peça em que as partes formalizaram o acordo.

Na sequência, em agosto de 2018 a Juíza proferiu sentença na qual extinguiu a execução com fundamento no artigo 924 inciso II do CPC por considerar satisfeita a obrigação.

No entanto, como se viu, base não havia para se reputar quitada a dívida objeto da execução, eis que ainda não havia chegado o termo convencionado para o pagamento da última parcela.

Logo, caso não era de se julgar extinta a execução, mas de suspendê-la pelo tempo lá indicado nos termos do art. 922 Código de Processo Civil, o que agora ocorre.

Em suma, para o fim indicado dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1013099-54.2017.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante LOJAS AMERICANAS S.A., é apelada PATRÍCIA ALVEZ DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.466)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 21 de janeiro de 2019.

NESTOR DUARTE, Relator

Ementa: Ação de indenização por danos morais. Venda de produto com prazo de validade vencido. Alimento ingerido pela autora. Indenização devida. Sentença mantida. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

Trata- se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Patrícia Alves de Souza em face de Lojas Americanas S/ A e Arcor do Brasil Ltda.

A r. sentença de fls. 106/109, cujo relatório adoto, em relação à ré Arcor do Brasil Ltda., extinguiu o processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, condenando a autora ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10 % sobre o valor da causa, observando-se a gratuidade da justiça. Quanto às Lojas Americanas S/A, julgou procedente o pedido da autora para condenar a ré ao pagamento de R$ 6.000,00, a título de indenização por danos morais, corrigidos desde o arbitramento, incidindo juros de mora a partir do evento danoso, além de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10 % sobre o valor da condenação.

A ré Lojas Americanas S/A interpôs recurso de apelação (fls. 111/ 121) . Sustenta, em síntese, que não ficou caracterizado o dano moral. Alega que não restou demonstrado o nexo causal entre a ingestão do alimento e os problemas de saúde da autora. Requer, então, a improcedência da ação. Subsidiariamente, pleiteia a redução do valor da indenização.

O recurso foi preparado (fls. 129/130) e respondido (fls. 133/139).

É o relatório.

Conheço do recurso.

Narra a inicial, em suma, que no dia 26 de julho de 2017 a autora adquiriu um tablete de chocolate da marca Arcor do Brasil Ltda. em estabelecimento das Lojas Americanas S/ A. Horas depois do consumo do produto, a autora foi acometida de mal-estar, diarreia, cólicas, fraqueza, tontura, suor excessivo e dor de cabeça. Ao verificar a validade do produto, percebeu que este se encontrava vencido havia mais de um ano. Em razão de complicação decorrente da intoxicação alimentar, a autora teve infecção urinária e coceira na pele.

Em sua contestação, alegou a ré, ora apelante, culpa exclusiva da vítima, que não verificou a data de validade do produto antes de consumi-lo. Disse, ainda, que não restou comprovado que o problema de saúde da autora decorreu da ingestão do chocolate vencido (fls. 37/45).

Sem razão, porém, à defesa.

Descabe cogitar-se de culpa exclusiva da vítima, na medida em que foi a ré quem expôs à venda e vendeu a ela produto cujo prazo de validade se encontrava expirado.

A par disso, tendo contratado com portentosa sociedade empresária, de há muito atuante em seu segmento, era legítimo à autora confiar que a mercadoria

Acesso ao Sumário

que adquirira se enquadrava no período indicado por seu fabricante para que pudesse ser consumida.

De outra parte, para além de os documentos de fls. 11/23 revelarem o nexo causal entre a conduta e o dano, não se desincumbiu a ré, operada a inversão do *onus probandi*, de demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora.

Outrossim, importa lembrar que, a teor do que dispõe a norma do artigo 18 , § 6 º , I , do Código de Defesa do Consumidor, os fornecedores de produtos de consumo não duráveis respondem pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo a que se destinam, como é o caso daqueles cujos prazos de validade estejam vencidos.

Ademais, a venda do produto vencido, por s i só, ofende direitos básicos do consumidor, como a segurança e a saúde, consoante o previsto no artigo 6º, I , do aludido *Codex* , o que é o bastante para caracterizar o dano moral.

Nesse contexto, a título de indenização, tendo em vista o sofrimento experimentado pela ré, afigura- se razoável o montante de R$ 6.000,00, fixado pela r. sentença, importância que se presta a inibir a reiteração do ilícito, sem, no entanto, acarretar o enriquecimento sem causa.

Inalterável, portanto, a r. sentença, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para 12 % sobre o valor da condenação, nos termos do § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil, considerado o trabalho adicional realizado em grau recursal.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1014366-81.2015.8.26.0008, da Comarca de São Paulo, em que é apelante GUALDINO PEDROSO DE LIMA, é apelada VIAÇÃO COMETA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.089)**

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

São Paulo, 21 de janeiro de 2019.

EROS PICELI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação de indenização por danos materiais e lucros cessantes - acidente de trânsito - colisão traseira - presunção de culpa daquele que atinge a traseira do veículo a sua frente não desconstituída - dinâmica do acidente confirmada por boletim de ocorrência e prova testemunhal - sentença mantida - apelação não provida.

VOTO

Vistos.

Ação de reparação por danos materiais e lucros cessantes decorrente de acidente de veículo julgada improcedente a reconvenção e procedente em parte a ação principal, por sentença proferida pelo MM. Juiz Rubens Pedreiro Lopes, condenado o réu ao pagamento do valor de R$ 8.420,82 por danos materiais. Sucumbentes as partes, coube ao réu o pagamento de 70% das custas e despesas processuais, sendo 30% à autora, fixados os honorários advocatícios em 15% sobre a condenação.

Quanto à reconvenção, coube ao réu o pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da reconvenção.

O réu apela a pedir a reforma e afirma que o ônibus de propriedade da empresa autora se encontrava totalmente parado e com a traseira em plena pista de rolamento, o que levou à colisão traseira, que não pôde ser evitada, sendo a autora responsável, assim, pelo acidente. Evidente a total imprudência do motorista do ônibus. Depois, o boletim de ocorrência demonstra que o motorista do coletivo assume ter agido de forma incorreta.

Sustenta a improcedência da ação, afastada a presunção de culpa, devendo ser considerados, além do boletim de ocorrência, a prova testemunhas, as notícias veiculadas nos canais da região juntadas aos autos e o depoimento do policial responsável pela ocorrência. Não há prova de que dirigia o veículo em alta velocidade.

Diz que sofreu lesões graves em razão do acidente, por culpa exclusiva do motorista do coletivo e, por isso, deve ser ressarcido pelos prejuízos materiais e morais, acolhida a reconvenção e invertida, consequentemente, a sucumbência.

Recurso sem preparo, dada a gratuidade da justiça e respondido.

É o relatório.

O acidente ocorreu no dia 16 de junho de 2015, na rodovia SP 330, altura do Km 89,600, no Bairro Parque Figueira, no Município de Campinas/SP, envolvendo o veículo da marca Ford, modelo Fiesta 1.6, ano 2013, placa FNJ 0108, de propriedade do réu, que teria colidido na traseira do ônibus Mercedes Benz, ano 2011, placa GGD 2300, de propriedade da empresa autora Viação

Acesso ao Sumário

Cometa S.A. A ação foi proposta em outubro de 2015 para cobrar indenização por danos materiais e lucros cessantes. Em contestação o réu apresentou reconvenção.

Segundo a defesa, houve culpa do motorista da autora no acidente, pois teria parado o coletivo em local impróprio, impossibilitando qualquer manobra a fim de evitar a colisão na parte traseira do veículo.

A leitura da inicial apresentando a versão dos fatos, por si só, demonstra o acerto da sentença de improcedência da ação.

A presunção de culpa decorre do fato de que, se não houve tempo suficiente para evitar a colisão no carro que seguia à frente, significa que não foi guardada a distância necessária pelo condutor do veículo que vinha em seguida.

Nos termos do inciso II, do artigo 29, da Lei 9.503/97:

> **Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: (...) II - o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas.**

Para afastar a presunção da culpa daquele que colide na traseira de outro veículo, é preciso provar a conduta imprudente daquele que foi atingido.

No caso, inexiste nos autos prova capaz de corroborar a alegação de culpa do motorista do coletivo pelo acidente de trânsito.

Não bastasse, segundo relato do réu no boletim de ocorrência, fls. 37: "não conseguiu desviar e chocou contra a traseira do veículo 02 que estava parado com a traseira parcialmente sobre a faixa de rolamento da direita".

Esta versão foi a mesma apresentada pelo condutor do coletivo que, inclusive, afirma ter acionado o pisca alerta, versão não impugnada.

A declaração demonstra que a responsabilidade pela colisão foi do réu, porque avistou o veículo à frente e não conseguiu frear a tempo.

Por fim, o passageiro do coletivo, Roberto, declarou em juízo ter presenciado o acidente, confirmando a colisão traseira do ônibus, que se encontrava parado, aguardando o ônibus à frente sair para, em seguida, parar no ponto de ônibus.

O recurso não traz elementos capazes de alterar a sentença.

Do exposto, nega-se provimento à apelação, mantida a sentença por seus fundamentos, suficientes os honorários advocatícios estabelecidos a favor da autora, tanto na ação como na reconvenção.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016619-29.2016.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante STOP BANK ESTACIONAMENTOS LTDA., é apelado CANTAREIRA MOTEL 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 33.987)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente), PAULO AYROSA e ANTONIO RIGOLIN.

São Paulo, 23 de janeiro de 2019.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO - ALEGAÇÃO DA EMPRESA ADMINISTRADORA DO ESTACIONAMENTO DE QUE NÃO PRODUZIDA PROVA DE ESTADIA NO LOCAL, MEDIANTE APRESENTAÇÃO DE TÍQUETE DE VALIDAÇÃO - RECORRENTE QUE NÃO COMPROVOU SER TAL EXPEDIENTE REALIZADO, ÔNUS QUE LHE INCUMBIA, A TEOR DO ART. 373 DO CPC - AUTORA QUE APRESENTA CARTÃO DE INGRESSO E COMPROVANTE DE COMPRAS NO ESTABELECIMENTO - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Apelação interposta contra r. sentença de fls. 291/297, cujo relatório adoto, que reconheceu ilegitimidade das coautoras Lorens Atividades Hoteleiras e Turísticas Ltda. e Hotel Greko's em relação aos danos materiais e julgou parcialmente procedente indenizatória, condenadas as rés solidariamente no pagamento de R$ 9.625,00 à coautora Cantareira Motel Ltda., respondendo as partes por custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação, sendo 50% para patrono das autoras e igual percentual para patrono das rés.

Recorre a corré, Stop Bank Estacionamentos Ltda. - ME., aduzindo ausência de prova da estadia do veículo, razão pela qual insiste na reforma do

Acesso ao Sumário

decisum.

Ausente resposta.

É o breve relatório.

Registre-se que o recurso é tempestivo e preenche os requisitos do artigo 1.010, do CPC.

A inconformidade não prospera.

Narra a inicial que, em 19.02.2016, gerente de uma das empresas que constituem o grupo indicado no polo ativo compareceu ao estabelecimento da ré na Avenida Giovane Batista Pirelli, n. 01, em Santo André, para efetuar compras e teve veículo Fiat, Fiorino, placas CJU 9109, cor branca, em nome da coautora Cantareira Motel Ltda., furtado no estacionamento.

Em exame ao contido nos autos, ponderou a I. Sentenciante, ***verbis***:

"*Com relação aos fatos, as rés limitaram-se a afirmar que não são responsáveis por atos de terceiros e que não restou comprovado que o furto se deu nas dependências da corré Assai Atacadista.*

No entanto, não há alegação, tampouco pedido de provas, no sentido de que o veículo não tenha sido estacionado no local, de sorte que, a cópia do cartão magnético, a nota fiscal das compras realizadas na data dos fatos e o boletim de ocorrências juntados pelas autoras (fls. 36-42) são suficientes para demonstrar tal fato.

Ademais, considerando que o sistema de controle utilizado pelas rés para entrada e saída do estabelecimento não fornece maiores dados sobre data e horário, não há como imputar ao consumidor prova mais concreta acerca da estadia do veículo no local, além daquela já trazida aos autos. No mais, não se localizam alegações no sentido de que o cartão magnético de fls. 36 não fosse o utilizado no estabelecimento, e, tampouco foram trazidos relatórios de entrada e saída da data dos fatos, prova que incumbiria às rés.

Nestes termos, de rigor reconhecer que os fatos se deram como narrados na inicial, ou seja, que o veículo Fiat/Fiorino, placa CJU9109, ano 1996, chassi 9BD255044T8517057, de propriedade da coautora Cantareira Motel Ltda. (fls. 37) foi deixado no estacionamento das corrés, enquanto sua preposta fazia compras e foi furtado".

A fim de infirmar responsabilidade reconhecida pela r. sentença, suscita a empresa responsável pelo estacionamento ausência de comprovação de que "*funcionária esteve com o automóvel no estacionamento no dia dos fatos e não traz qualquer prova da entrada do veículo no estacionamento, sendo que o documento comprobatório da estadia do veículo seria, além do cartão de estacionamento, o tíquete que fornecido quando o cartão é validado no caixa do supermercado e esse procedimento é obrigatório a todos os veículos que lá entram*" (fls. 302).

Acesso ao Sumário

Como registra a r. sentença, a fls. 36 está exibida imagem do cartão de ingresso no estacionamento da inconformada, além de nota fiscal referente à aquisição de produtos no estabelecimento a fls. 38.

Sobre suscitada ausência de tíquete de validação, cabia à apelante demonstrar que o expediente é realizado como descrito, ante diversidade de formas de validação, ***v.g.***, nos shoppings centers desta capital, geralmente, não há emissão de tíquete diverso ao do ingresso no estacionamento e mesmo assim o comprovante é validado e liberada a saída, não se desincumbindo a inconformada de tal ônus, a teor do disposto no art. 373 do diploma instrumental, remanesce hígida conclusão da I. Magistrada pela veracidade da narrativa realizada pela apelada.

Nem se argumente que para "*obter o cartão de estacionamento, o autor poderia apenas se dirigir à cancela, pressionar o botão e retirar o cartão, sem entrar com nenhum veículo e assim, trazer a um processo e afirmar que estava com algum automóvel no local e que este fora furtado*" (fls. 302), consoante fotografias a fls. 43/57, em especial a de fls. 48, não impugnadas em defesa, há funcionários da apelante junto à cancela de ingresso ao estacionamento, o que impediria expediente relatado.

Nestes termos, a r. sentença mantém-se hígida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por derradeiro, desacolhido recurso, em atenção ao disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários devidos pela inconformada a 10% do valor da condenação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007694-57.2015.8.26.0590, da Comarca de São Vicente, em que é apelante JOSIAS ANDRÉ DA COSTA, são apelados COMERI LITORAL COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA. e VOLKSWAGEN DO BRASIL - INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.941)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente sem voto), LUIS FERNANDO NISHI e CAIO MARCELO

Acesso ao Sumário

MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 23 de janeiro de 2019.

FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR, Relator

Ementa: Veículo. Compra e venda. Indenização por danos materiais e morais. Alegação de defeito no modelo de veículo adquirido pelo autor. Ação julgada improcedente.

Apelação do autor. Alegada falta de comprovação de que o veículo atende as necessidades especiais do autor. Modelo adquirido que possui câmbio automatizado e que teria apresentado defeito alternando para a troca manual de marchas. Perícia realizada conclusiva de que o veículo não apresenta qualquer defeito. Descontentamento do autor com o veículo adquirido que não enseja o dever de indenizar. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Josias André da Costa contra a r. sentença de fls. 259/261, que julgou improcedente ação de indenização por danos materiais e morais que move em face de Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. e outra, condenado o autor ao ônus da sucumbência, com a ressalva da gratuidade de justiça a ele concedida.

Alega que as requeridas não comprovaram que o veículo tem condições de atender às necessidades especiais do apelante. Afirma que impugnou o laudo pericial, tendo em vista que não foi esclarecedor acerca da exata condição do veículo; diz que não recebeu orientação acerca do funcionamento do câmbio automatizado; o percurso de uma volta no quarteirão com o veículo é insuficiente para a verificação dos defeitos mencionados na inicial. Sustenta a responsabilidade objetiva das rés e a ocorrência de dano moral em razão da deficiência da prestação de serviços. Pede a procedência da ação.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões a fls. 278/280 e fls. 282/293.

É o relatório do necessário.

O recurso não comporta provimento.

A discussão versa o veículo descrito na inicial, adquirido pelo autor com câmbio automatizado.

Ao contrário do que alega o apelante, foi satisfatoriamente comprovado pelas rés que o veículo não apresentou defeitos no referido câmbio e nem mesmo

em qualquer outra parte.

Apesar de o autor alegar que o veículo alterava a mudança das marchas para a forma manual, constatou o perito que: "Examinando a transmissão nenhum problema foi identificado. A troca de marchas foi realizada sem nenhum tipo de interferência, trancos ou emissão de ruídos anormais. O sistema automatizado funcionava normalmente." (cfr. fl. 182).

E em resposta ao quesito nº 05, formulado pelo requerente, o perito concluiu que o veículo atende a todas as especificações do fabricante, e que por ocasião da perícia, o requerente conduziu o veículo sem qualquer dificuldade. (vide fl. 186).

Dessa forma, descumpriu o autor o ônus que lhe competia a teor do que dispõe o artigo 373, I do CPC, no que tange aos alegados defeitos do veículo.

Por outro lado, não se pode alegar desconhecimento acerca das diferenças entre um veículo com câmbio automático daquele com câmbio automatizado, pois por ocasião da compra, teve acesso o autor a todas as especificações do veículo, e optou pelo automatizado. Não há nos autos qualquer indício de que tenha sido o autor induzido a erro, ou compelido a adquirir o bem.

E como restou comprovado nos autos, durante o período de utilização do veículo o autor não efetuou qualquer reclamação junto às rés acerca dos supostos defeitos, o que corrobora a tese defensiva de que se trata, na verdade, de descontentamento e arrependimento da compra, o que por si só, não dá ensejo à rescisão do contrato e ao pretendido dever de indenizar.

A r. sentença deu correta solução ao caso e deve ser mantida, tal como lançada.

Por fim, tendo em vista o disposto no artigo 85, § 11, do CPC, majoro a verba honorária devida aos patronos das requeridas em mais 5% sobre o valor da causa, anotada a gratuidade de justiça concedida ao autor.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000395-85.2016.8.26.0075, da Comarca de Bertioga, em que é apelante PATRÍCIA CERQUEIRA ANDRADE DOS SANTOS (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelada ALESSANDRA DOS SANTOS (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. V.U.", de conformidade com o voto do

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.427)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente), KIOITSI CHICUTA e FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 24 de janeiro de 2019.

RUY COPPOLA, Relator

Ementa: Ação indenizatória por danos materiais e morais. Cachorro da raça Pastor Alemão, de propriedade da ré, que atacou o animal de estimação da autora, causando-lhe ferimentos. Responsabilidade civil do dono do animal pelos danos por este causados. Culpa da vítima não demonstrada. Sentença mantida, com a observação feita de ofício no sentido de que os juros moratórios sobre as indenizações por dano material e moral devem fluir a partir do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por Alessandra dos Santos em face de Patrícia Cerqueira Andrade dos Santos, que a respeitável sentença de fls. 105/112, cujo relatório fica fazendo parte integrante do presente, julgou parcialmente procedente, para condenar a ré a pagar à autora, a título de indenização por danos materiais, a quantia de R$585,00, acrescida de correção monetária a partir do desembolso e juros de mora a partir da citação, bem como indenização por danos morais no importe de R$2.862,00, acrescido de correção monetária e juros de mora a partir da sentença. Pela sucumbência, a ré foi condenada também às verbas sucumbenciais, observada a justiça gratuita.

Apela a ré (fls. 115/118) sustentando, em breve síntese, que a autora omitiu o fato de que sempre levava sua cachorra para fazer suas necessidades em frente à residência da apelante, o que por certo irritava o pastor alemão da recorrente. Argumenta que o animal deve ter sentido perigo iminente, razão pela qual atacou a cachorra da apelada. No entanto, as partes tentaram de todas as formas separar os animais, sem êxito, de modo que a apelante não teve participação nos fatos senão colaborando para a diminuição dos dissabores. Alega que, quando muito, ambas as partes agiram com culpa, pois a apelada assumiu o risco por eventual ataque.

Recurso tempestivo e isento de preparo.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões a fls. 122/126, em que a apelada pede que seja majorada a condenação por dano material à totalidade do que foi pedido inicialmente, bem como majoração da indenização por dano moral em 50%.

É o Relatório.

Cuida-se de ação indenizatória ajuizada pela apelada em face da apelante, fundada em responsabilidade civil pelo ataque de animal doméstico de propriedade da ré - um cão da raça Pastor Alemão - à cadela "Sirene", sem raça definida, de propriedade da autora, ocorrido na data de 19.11.2015.

A autora alegou na inicial que passeava com "Sirene" pela rua quando a vizinha, ora ré, deixou que seu pastor alemão fugisse pelo portão, vindo a atacar seu animal. A cadela necessitou de socorro imediato, chegando a ficar internada por um dia, inclusive passando por cirurgia de extração de canino superior esquerdo e recolocação do maxilar. Afirma que os gastos com atendimento médico veterinário, exames e medicações chegaram a R$700,00. Estipulou os danos morais em 10 salários mínimos.

A respeitável sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, reconhecendo a responsabilidade da ré pelo evento noticiado. A ré foi condenada ao pagamento de indenização por danos materiais verificados em R$585,00 e por danos morais de R$2.862,00, diante da qual vem manifestar o seu inconformismo.

No entanto, as frágeis razões recursais não convencem.

Conforme artigo 936 do Código Civil, "O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior".

Ou seja, o dono do animal que causar qualquer dano a terceiro deve responder de forma objetiva, ressalvada a comprovação de culpa da vítima ou força maior.

In casu, restou incontroverso que a autora passeava com a sua cadela pela rua quando, por descuido da própria ré, que deixou o portão de sua casa aberto já que estava com visita na entrada, deixou que o seu pastor alemão escapasse e atacasse o animal de estimação da autora.

Necessário frisar que pouco importam as razões pelas quais o cachorro da ré, da raça Pastor Alemão, decidiu atacar "Sirene": se sentiu-se ameaçado pela aproximação da cadela; se ficou "irritado" pelo fato de outro cachorro estar fazendo suas necessidades frente ao seu território; se apenas estava protegendo a filha da ré de uma ameaça externa, finalidade para a qual foi adestrado.

Não estamos analisando a culpa do pobre pastor alemão.

O fato em apreço - e incontroverso - é que o cão escapou da casa da ré e atacou o animal da autora, causando-lhe ferimentos.

Acesso ao Sumário

E em nenhum momento a ré comprovou que a autora agiu com culpa, pois estava apenas passando pela via pública.

A responsabilidade da ré pelo ataque de seu animal não pode, ademais, ser afastada apenas com base na alegação de que tentou de todas as formas apartar a briga.

Não havendo insurgência específica quanto aos valores da condenação, tampouco contra os danos morais reconhecidos, mas apenas quanto à configuração de sua responsabilidade, de rigor a manutenção da respeitável sentença por seus próprios e bem lançados fundamentos.

Única observação pertinente que deve ser feita é com relação ao **termo inicial dos juros de mora** sobre a condenação pelo dano material e moral.

Primeiro, sobre a indenização por dano material, correta a incidência de correção monetária a partir do desembolso (Súmula nº 43 do STJ). No entanto, os juros de mora não devem incidir a partir da citação como fez o juízo, pois se trata de responsabilidade extracontratual; assim, por força da Súmula nº 54 do STJ, os juros devem fluir também a partir do evento danoso.

Com relação à indenização por dano moral, a sentença determinou de forma escorreita a incidência da correção monetária a partir da data da sentença, ou seja, do arbitramento, nos termos da Súmula nº 362 do STJ. Todavia, no tocante aos juros de mora, já decidiu a Corte Superior que "O termo inicial dos juros de mora na condenação por dano moral é a partir da citação ou do evento danoso, conforme se trate de responsabilidade contratual ou extracontratual, respectivamente, o que afasta a alegação de incidência a partir do arbitramento da indenização.". **(AgInt no AREsp 1023507/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 27/06/2017)**

Assim, considerando se tratar de ilícito extracontratual, os juros de mora sobre a condenação à reparação extrapatrimonial devem incidir a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula nº 54 do STJ.

Lembrando que "Os juros de mora constituem matéria de ordem pública e a alteração de seu termo inicial, de ofício, não configura reformatio in pejus. Precedentes: AgRg no Ag 1.114.664/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJe de 15/12/2010; e, EDcl nos EDcl no REsp 998.935/DF, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, Terceira Turma, DJe 4/3/2011.". **(AgRg no AREsp 716.241/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016)**

Sobre o assunto:

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROPRIETÁRIOS DE VEÍCULOS AUTOMOTORES DE VIA TERRESTRE (DPVAT). RECURSO ESPECIAL. NULIDADE DO ACÓRDÃO. CPC, ART. 535. INOCORRÊNCIA. ACIDENTE CAUSADO POR TRATOR. COBERTURA DEVIDA. CORREÇÃO

Acesso ao Sumário

MONETÁRIA. SÚMULA N. 43/STJ. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. I. Quando resolvidas todas as questões devolvidas ao órgão jurisdicional, o julgamento em sentido diverso do pretendido pela parte não induz nulidade. II. Os sinistros que envolvem veículos agrícolas passíveis de transitar pelas vias terrestres estão cobertos pelo DPVAT. III. Não labora ex officio, ultra petita ou em infringência ao princípio da ne reformatio in pejus o acórdão que, nas instâncias ordinárias, disciplina a incidência dos juros moratórios e da correção monetária, independentemente de pedido específico das partes. IV. 'Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo' - Súmula n. 43/STJ. V. No caso de ilícito contratual, situação do DPVAT, os juros de mora são devidos a contar da citação. VI. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido". **(REsp 665282/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma do C. STJ, j. 20/11/2008)**

Por derradeiro, deixo de conhecer dos pedidos formulados pela apelada em sede de contrarrazões, pretendendo a reforma parcial da sentença, por evidente inadequação da via eleita. Se insatisfeita com a prestação jurisdicional entregue, a parte deveria ter recorrido pelos meios próprios.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso, nos termos acima alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009008-44.2015.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARIA LÚCIA MONTENEGRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ALEXANDRE DIAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.120)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente) e PAULO AYROSA.

São Paulo, 24 de janeiro de 2019.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: BEM MÓVEL. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPOSIÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE REGULARIZAR

Acesso ao Sumário

A TRANSFERÊNCIA DO BEM. PLEITO DE IMPOSIÇÃO DA RESPONSABILIDADE AO RÉU, EXCLUSIVAMENTE, DE QUAISQUER DÉBITOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESACOLHIMENTO QUE PREVALECE. CONDENAÇÃO DO RÉU AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. A autora adquiriu veículo de terceira pessoa e não regularizou a respectiva transferência perante a Administração Pública. Tornou-se a proprietária do bem, pois, para tanto, bastou a ocorrência da tradição. A seguir, vendeu o veículo ao demandado, que por sua vez adotou a mesma conduta inerte. 2. Reconhecida a procedência do pedido de imposição de obrigação de fazer ao réu, consistente na adoção das providências voltadas à regularização da transferência da propriedade, pleiteia a autora seja a ele imposta, de igual modo, a responsabilidade exclusiva pelo pagamento de todas as obrigações relacionadas ao veículo perante a Administração Pública. Entretanto, como proprietária que se tornou, a autora é efetivamente responsável pelo pagamento, cabendo-lhe tão somente a possibilidade de fazer uso do direito de regresso em relação ao comprador. 3. Tratando-se de sentença proferida já na vigência do CPC-2015, a disciplina da responsabilidade sucumbencial é definida pela nova lei. Em razão disso, impõe-se condenar o réu ao pagamento de verba honorária sucumbencial, ora fixada em 10% do valor atualizado da causa.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer proposta por MARIA LÚCIA ROCHA MONTENEGRO em face de ALEXANDRE DIAS.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedentes os pedidos para, assim, compelir o réu ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na transferência para si da titularidade do registro do veículo objeto da demanda. Repartiu a responsabilidade pelos encargos de sucumbência, estabelecendo que "*cada parte arcará com metade das despesas processuais,*

incumbindo à autora os honorários advocatícios de seu patrono, observada a regra do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil vigente e, quanto à possibilidade de compensação, as regras do CPC/73, porquanto vigente ao tempo do ajuizamento" (fl. 283).

Inconformada, apela a autora afirmando que a sentença se mostra equivocada no tocante ao reconhecimento de que a ela caberia o pagamento das taxas e multas devidas até a transferência do veículo, por se tratar de simples possuidora do veículo, considerando que estava impossibilitada de efetuar a comunicação de venda por falta de documentação. Por fim, sustenta que se mostra inadmissível a compensação de honorários advocatícios sucumbenciais.

Recurso tempestivo e bem processado, sem apresentação de resposta. Há isenção de preparo.

Em julgamento anterior, esta Turma Julgadora deu provimento a recurso interposto pela autora, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, para assegurar a produção de prova do fato constitutivo do seu direito (fls. 262/266).

É o relatório.

2. Segundo a petição inicial, a autora vendeu ao réu a caminhonete GM Corsa ST, ano 2001/2001, placa DDC-7576, cor prata, adquirida de Rosangela Pereira, a quem entregou o documento original, boletos das parcelas vincendas e o recibo para viabilizar a respectiva regularização de transferência. No entanto, diversas notificações do Detran ocorreram, em virtude de infrações de trânsito cometidas pelo demandado, dando a entender que ele não promoveu a transferência da documentação.

Diante disso, pleiteou a condenação da ré a promover a transferência, para o seu nome, do veículo e da dívida correspondente, com a expedição de ofícios à Fazenda Estadual e ao Detran.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para condenar a ré a promover a regularização da transferência da propriedade do veículo. Com isso, deixou clara a subsistência da responsabilidade solidária da autora quanto às obrigações tributárias e administrativas geradas até a efetivação da transferência.

O apelo da autora objetiva a atribuição, à ré, da responsabilidade exclusiva pelos débitos relacionados ao veículo.

Deve-se convir, em primeiro lugar, que a autora realizou a aquisição do veículo e a posterior revenda do veículo. Por se tratar de negócio que teve por objeto coisa móvel, a simples tradição, para si, implicou a transmissão da propriedade; no entanto, deixou de cumprir a lei, preferindo deixar de regularizar a compra perante a Administração Pública. Assim, não se tornou simples possuidora do bem, mas efetiva proprietária.

Acesso ao Sumário

Naturalmente, a pessoa que lhe vendeu o veículo cumpriu a disposição contida no artigo 134 do Código Brasileiro de Trânsito, efetuando a comunicação da alienação feita. Exatamente por isso, sobre a autora passaram a ser direcionadas as notificações de infrações de trânsito, pelas quais se tornou responsável, o mesmo ocorrendo em relação às obrigações tributárias e administrativas.

Efetivamente, a autora não tinha como comunicar a alienação feita, pois ela própria é quem descumpriu a obrigação de formalizar a transferência para o seu nome. A anotação da alienação junto ao Detran decorreu de ato de quem alienou o bem à autora, sobre quem recai a responsabilidade pelo pagamento de todas as obrigações.

Consequentemente, não há fundamento jurídico para cogitar da pretendida exclusão de responsabilidade perante a Fazenda Pública, o que subsistirá até o momento em que se concretizar a regularização da transferência de propriedade para a demandada. Cabe à autora, tão somente, a possibilidade do exercício do direito de regresso em relação à demandada, na hipótese de vir a efetuar o recolhimento dos valores.

No que concerne à responsabilidade sucumbencial, tem-se que a sentença foi proferida já durante a vigência do CPC-2015, o que determina a adoção da disciplina ditada pela nova lei (CPC-2015, artigo 14). Assim sendo, tem incidência a norma do artigo 85, § 14, do CPC, que afasta a possibilidade de cogitar de compensação no tocante aos honorários advocatícios.

Nessa perspectiva, impõe-se fixar a verba honorária em favor do patrono da autora em 10% sobre o valor corrigido da causa. O réu, porque revel, não tem advogado constituído nos autos.

Enfim, comporta parcial acolhimento o inconformismo, apenas para a finalidade de se condenar o réu ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais de 10% sobre o valor atualizado da causa.

3. Ante o exposto, e nesses termos, dou parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008674-09.2018.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante BEATRIZ MARTINS DOS SANTOS VIEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada MAGAZINE LUIZA 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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que

integra este acórdão. **(Voto nº 5.747)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente) e NESTOR DUARTE.

São Paulo, 29 de janeiro de 2019.

L. G. COSTA WAGNER, Relator

Ementa: Apelação. Ação indenizatória. Cobrança indevida que gerou a negativação do nome da Autora nos órgãos de proteção ao crédito que só foi removido com a propositura de ação judicial. Débito adquirido por terceiro que utilizou o nome da Autora. Sentença de parcial procedência que deixa de aplicar danos morais à Ré. Impossibilidade. Inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito que demanda reparação. Ré que possui meios de evitar a fraude pela utilização indevida do nome de terceiros, devendo arcar com a negativação indevida da Autora. Decisão em consonância com a jurisprudência remansosa do STJ. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

VOTO

I - Relatório

Trata-se de recuso de apelação interposto por Beatriz Martins dos Santos Vieira contra a sentença do MM. Juízo da 1ª Vara Cível do Foro de Araraquara, que julgou parcialmente procedente a ação indenizatória ajuizada em face de Magazine Luiza S/A.

Segundo a Autora, seu nome foi incluído na lista dos órgãos de proteção ao crédito por débito que teria sido contraído junto à empresa Ré, com a qual jamais teria contratado, o que deu ensejo à propositura da presente demanda.

A Ré foi devidamente citada e apresentou sua contestação, ocasião em que esclareceu que o contrato fora firmado com terceiro que se identificou com os dados da Autora.

Ao final, o MM. Juízo *a quo* houve por bem julgar parcialmente procedente o pedido "*para o fim de consolidar a antecipação de tutela e declarar a inexistência do débito frente à autora.*", deixando de aplicar a fixação de danos morais por entender que a Ré também foi lesionada pela fraude ocorrida.

Irresignada, a Autora interpôs o presente recurso de apelação, o qual chega acompanhado das contrarrazões apresentadas pela Ré.

Conheço do recurso, posto que tempestivo e sem as custas de preparo por

Acesso ao Sumário

ser a Autora beneficiária da gratuidade judiciária.

É a síntese do necessário.

II - Fundamentação

Respeitado entendimento diverso, o recurso manejado pela Apelante comporta provimento.

Na exordial a Apelante trouxe documentação que demonstra a inequívoca constrição de seu nome junto aos órgãos de proteção ao crédito, por dívida que fora contraída por terceiro em seu nome junto à Apelada.

É mister destacar que a comprovação da existência de fraude divide a demanda em duas relações distintas. A primeira, do estelionatário com a empresa Ré, pela aquisição de produtos e serviços, e a segunda, da Ré com a Aurora em razão da negativação indevida.

Dessa forma, deixar de fixar indenização por danos morais à Apelada apenas por ter a empresa sofrido danos pela fraude ocorrida, é medida que não pode prosperar, visto que foi a empresa quem deu causa ao dano experimentado pela Apelante, primeiro por permitir a realização da fraude, e segundo por realizar a negativação do nome da Apelante indevidamente junto aos órgãos de proteção ao crédito.

A Constituição Federal é clara ao destinar proteção especial à honra subjetiva e objetiva da pessoa humana quando aduz em seu art. 5º, X, que "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, **a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.***".

Nesse sentido, a inscrição do nome da Autora nos cadastros de restrição e proteção ao crédito e a sua consequente manutenção não podem ser atitudes encaradas como mero dissabor, já que representam restrição da normalidade da honra subjetiva.

Destarte, a inscrição indevida, por si só, caracteriza a existência de dano moral *in re ipsa*, nos moldes da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "ADMINISTRATIVO. MANUTENÇÃO INDEVIDA DE REGISTRO EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDA. (...). 3. **O STJ, no que se refere especificamente à indenização por dano moral, possui entendimento de que esta é cabível, com base na simples prova de que houve inscrição, ou manutenção, indevida de registro nos órgãos de proteção de crédito, sendo desnecessária a demonstração de efetivo prejuízo sofrido pela parte.** 4. Recurso Especial não provido." (REsp 1370591/PR, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 06.JUN.2013, DJe 12.JUN.2013).
>
> "**INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES.**

Acesso ao Sumário

DANO MORAL. (...) 2. **Prevalece no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o dano moral sofrido em virtude de indevida negativação do nome do autor se configura 'in re ipsa', ou seja, independentemente de prova.** Precedentes. " (STJ, AgRg no AREsp. 790.322/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 3ª Turma, 24.11.2015).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO CAUSANDO INDEVIDA MANUTENÇÃO DE NOME DOS AUTORES EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1.- (...). 2.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, em razão de falha na prestação de serviço bancário, causando a indevida manutenção do nome da parte autora em cadastros de inadimplentes, foi fixado o valor de indenização de R$ 10.000,00 (dez mil reais) devido pelo ora agravante aos autores, a título de danos morais. 3.- O agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 4.- Agravo Regimental improvido." (AgRg no AREsp 290880/SP, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.04.2013, DJe 03.05.2013).

Por conseguinte, partindo-se dessa premissa, forçoso convir que se afigura indiscutível a ocorrência de danos morais, o que impõe a reparação através de indenização por danos morais.

Não se olvida a necessidade de se evitar o enriquecimento sem causa, razão pela qual entendo que no caso em tela, o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) se mostra compatível com o valor praticado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, bem como, por este Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO CAUSANDO INDEVIDA MANUTENÇÃO DE NOME DOS AUTORES EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1.- (...). 2.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, em razão **de falha na prestação de serviço bancário, causando a indevida manutenção do nome da parte autora em cadastros de inadimplentes, foi fixado o valor de indenização de R$ 10.000,00 (dez mil reais) devido pelo ora agravante aos autores, a título de danos morais.** 3.- O agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 4.- Agravo Regimental improvido." (AgRg no AREsp 290880/SP, 3ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.04.2013, DJe 03.05.2013).

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SERVIÇO ESSENCIAL. DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. JUROS MORATÓRIOS. ILÍCITO CONTRATUAL. TERMO INICIAL.

Acesso ao Sumário

DATA DA CITAÇÃO. 1. No caso em questão a autora ficou sem serviço essencial pelo período de um mês, situação esta que supera o mero dissabor da vida cotidiana. **A indenização de R$ 10.000,00 está em consonância com os parâmetros da razoabilidade, conforme já sedimentado na jurisprudência desta Corte**. 2. Diante da existência de relação contratual entre as partes no caso em tela, os juros de mora devem incidir desde a citação. 3. Recursos improvidos." (TJSP; Apelação 1012267-65.2016.8.26.0506; Relator: Artur Marques; 35ª Câmara de Direito Privado; 26/09/2017)

"Ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória por danos materiais e morais. Companhia telefônica que suspendeu os serviços de telefonia à sociedade autora sem qualquer motivo. Sentença de procedência. Apelação da ré. Ausência de prova dos alegados lucros cessantes. Pedido improcedente. Indevida suspensão das linhas de telefonia da sociedade autora que revela a ocorrência do dano moral, por restringir sobremaneira suas comunicações habituais, mesmo sendo ela pessoa jurídica (Súmula n. 227 do STJ). **Indenização por danos morais fixada, na sentença, em R$ 10.000,00 (dez mil reais). Valor razoável e suficiente para reparar os danos morais sofridos pela autora, sem ensejar seu enriquecimento sem causa**, desmerecendo, pois, redução. Apelação parcialmente provida" (TJSP; Apelação 1021514-07.2015.8.26.0506; Relator: Morais Pucci; 35ª Câmara de Direito Privado; 12/12/2016)

Por derradeiro, com a alteração da sentença ora recorrida, cujo resultado passa a ser a procedência da demanda em todos os pedidos, é imperioso que pelo princípio da causalidade, o ônus da sucumbência seja suportado em sua totalidade pela Apelada, o qual deve ser fixado em 10% do valor da condenação, além do pagamento das custas processuais.

III - Conclusão

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço e dou provimento** ao recurso de apelação, nos termos constantes do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0006554-26.2007.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que é apelante JOÃO LUIZ DE ALMEIDA, é apelado GRACIELI DA SILVA (NÃO CITADO).

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 23462)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO BACCARAT (Presidente sem voto), JAYME QUEIROZ LOPES E ARANTES THEODORO.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2019.

MILTON CARVALHO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Extinção do processo com fundamento no art. 487, II, do CPC. Prescrição intercorrente não verificada. Inocorrência de desídia ou inércia do exequente, que tenta localizar o paradeiro da executada ou bens penhoráveis, sem sucesso. Sentença anulada. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação contra a respeitável sentença de fls. 132/134, declarada a fls. 142, cujo relatório se adota, que extinguiu o processo com fundamento no artigo 487, II, do Código de Processo Civil, reconhecendo a prescrição intercorrente, de modo que o autor foi condenado ao pagamento das custas e despesas, sem fixação de honorários sucumbenciais, porque não instaurado o contraditório.

Inconformado, ***apela o exequente*** sustentando que sempre foi diligente na busca do endereço da executada e na localização de bens penhoráveis; que não há inércia; que sempre praticou atos pertinentes às tentativas de citação e satisfação de seu crédito; e que não foi intimado pessoalmente. Requer o provimento do recurso para regular prosseguimento da execução (fls. 146/153).

Não houve resposta, tendo em vista que não completada a relação jurídica processual.

É o que importa ser relatado.

O apelo é de ser acolhido.

O exequente ajuizou a presente demanda alegando que firmou com a executada contrato de locação. Contudo, a executada procedeu à entrega das chaves do imóvel em 30/10/2005, deixando em aberto os aluguéis devidos de 15/08/2005 a 15/10/2005, mais o débito dos últimos quinze dias, além das contas de luz referentes aos meses de agosto, setembro e outubro de 2005.

Tentada a citação por oficial de justiça em três endereços (fls. 22v, 37v e 81), a expedição de oficio à DRF e ao DETRAN para localização do paradeiro da executada, todas negativas, requereu o exequente diversas diligências

Acesso ao Sumário

na tentativa de encontrar o endereço e bens penhoráveis, tais como ofício ao CIRETRAN (fls. 55), ofício ao Detran para bloqueio do veículo (fls. 65) e posterior arresto (fls. 70), tentativa de intimação e citação postal (fls. 90), com AR que voltou negativo (fls. 92), pesquisa via InfoJud (fls. 104) e BacenJud (fls. 114/115), tendo, inclusive, recolhido todas as custas devidas.

Ato contínuo, o exequente requereu expedição de ofício às operadoras de telefonia (fls. 124), ocasião em que o juiz *a quo* determinou a manifestação do exequente sobre eventual ocorrência da prescrição (fls. 125). O exequente se manifestou às fls. 128/131. Sobreveio, então, a respeitável sentença recorrida, que julgou extinto o processo com fundamento no artigo 487, II, do Código de Processo Civil, ante a ocorrência de prescrição intercorrente (fls. 132/134).

Respeitada a convicção externada na sentença, não é possível reconhecer que houve prescrição intercorrente quanto à pretensão executória.

Isso porque só se verifica a prescrição intercorrente quando o credor-exequente deixa de promover o regular andamento do processo, adotando as providências que lhe são próprias, por prazo equivalente ao da prescrição do título exequendo.

Contudo, no caso em análise, o processo não ficou paralisado por inércia do exequente (e tampouco por qualquer outro motivo).

Em que pese a não localização do paradeiro da executada, tal insucesso não pode ser imputado ao exequente, que requereu as diligências possíveis no sentido de se descobrir o endereço da executada, além de bens de titularidade dela para expropriação.

Nesse sentido:

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Cédula de Crédito bancário. Executados não localizados para citação. Sentença de extinção com apreciação do mérito - Art. 487, II do CPC. Pretensão do exequente de reforma. CABIMENTO: A prescrição é de cinco anos, nos termos do artigo 206, § 5º, I do Código Civil. Também não ocorreu a prescrição intercorrente, porque não restou configurada a inércia do credor. (...) Extinção afastada. Sentença anulada com determinação para o regular prosseguimento do processo em primeira instância. RECURSO PROVIDO. **(TJSP; Apelação 0010675-39.2011.8.26.0292; Rel. Israel Góes dos Anjos; 37ª Câmara de Direito Privado; j. 03/04/2018)**

APELAÇÃO CÍVEL - Execução de título extrajudicial fundada em contrato de locação de imóvel - Extinção do processo - Prescrição intercorrente - Recurso do exequente - Cabimento - Hipótese em que não restou caracterizada a inércia do exequente - Ausência de configuração do regramento previsto no art. 202 do CC/2002 - Manifestações do exequente evidenciando o seu interesse em dar prosseguimento aos atos

Acesso ao Sumário

executórios com deferimento pelo Juízo monocrático de reavaliação do bem penhorado por oficial de justiça, além de realização de diligências perante os sistemas Bacenjud, Infojud e Renajud, e audiência de tentativa de conciliação realizada pouco antes da sentença extintiva, que tornam absolutamente injustificado o decreto de extinção do processo pela ocorrência da prescrição intercorrente (...) Sentença anulada para determinar o prosseguimento da ação de execução (...) RECURSO PROVIDO, com determinação. **(TJSP; Apelação 0000577-20.1995.8.26.0368; Rel. Sergio Alfieri; 27ª Câmara de Direito Privado; j. 07/06/2016)**

De rigor, portanto, a anulação da sentença para viabilizar o prosseguimento da execução.

Por tais fundamentos, ***dá-se provimento*** ao recurso para anular a sentença e determinar o prosseguimento da execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1057531-71.2017.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante BANCO DO BRASIL S/A, é apelada SILVIA LOPES DOS SANTOS (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20032)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), FLÁVIO CUNHA DA SILVA e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2019.

FERNANDO SASTRE REDONDO, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Petição incompleta. Recorrente a quem incumbe acompanhar a transmissão eletrônica do documento. Impossibilidade de posterior regularização. Precedentes. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

RELATÓRIO

Apelação contra respeitável sentença (fls. 146/149), que julgou procedente o pedido para determinar que o apelante limite os débitos de parcelas de empréstimos a 30% dos vencimentos líquidos do apelado, pena de multa de R$ 954,00 por evento, cuja incidência fica limitada e R$ 30.000,00, bem como efetue novo cálculo do saldo devedor e do prazo contratual, para adequação das condições avençadas a tal limitação. Em razão da sucumbência, condenou o apelante ao pagamento de custas e despesas processuais e de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado da causa.

Sustenta o apelante que não pode ser responsabilizado pelos descontos que ultrapassem o limite de 30%, pois contratações dessa natureza são previamente autorizadas via Portal do Consignado e o apelado a elas anuiu livremente. Diz que a limitação imposta atende à intenção do apelado de se furtar ao cumprimento das obrigações avençadas. Defende que o limite para as parcelas é de 35%, nos termos do Decreto nº 8.690/2016. Cita precedentes. Alega que os descontos em conta corrente não se confundem com a consignação em folha de pagamento. Acrescenta que a multa arbitrada é excessiva e desnecessária. A petição veio incompleta, faltando as folhas finais em que, presumivelmente, concluir-se-ia a fundamentação e formular-se-iam os pedidos de reforma.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

VOTO

O recurso não pode ser conhecido.

Conforme se extrai do artigo 1.010 do Código de Processo Civil: "*a apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá: I - os nomes e a qualificação das partes; II - a exposição do fato e do direito; III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade; e III - o pedido de nova decisão.*"

Todavia a petição recursal não foi integralmente transmitida para os autos eletrônicos, faltando a parte final do documento, que, presumivelmente, continha parte das razões recursais e os pedidos de reforma da sentença impugnada.

Nota-se que é de responsabilidade do recorrente o envio eletrônico da petição e o acompanhamento da transmissão dos dados, pois inviável a posterior regularização/substituição do documento.

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

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PETIÇÃO INCOMPLETA. AGRAVO INTERNO DA MUNICIPALIDADE NÃO CONHECIDO.

1. O Agravo Interno interposto veio incompleto, não permitindo a

compreensão exata das razões recursais, sendo dever da parte agravante fiscalizar a transmissão do recurso.

2. Agravo Interno da Municipalidade não conhecido.

(AgInt no AREsp nº 1207611/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 06/11/2018);

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PETIÇÃO INCOMPLETA. TRANSMISSÃO ELETRÔNICA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA PARTE. IMPOSSIBILIDADE DE POSTERIOR REGULARIZAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Conforme a jurisprudência pacífica desta Corte, não se conhece de recurso interposto por meio de petição incompleta, sendo dever da parte fiscalizar sua exata transmissão, além de não ser possível a posterior regularização.

2. Agravo interno não conhecido.

(AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 1094841/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018);

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PETIÇÃO INCOMPLETA. ÔNUS DO AGRAVANTE.

I - De acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, não se conhece de agravo incompleto, desacompanhado das razões recursais, sendo dever da parte fiscalizar a exata transmissão do recurso.

Nesse sentido: AgRg no MS 20.522/SP, CORTE ESPECIAL, DJe 26/11/2013, AgRg no AREsp 390.735/CE, PRIMEIRA TURMA, DJe 27/11/2013.

II - Agravo interno não conhecido.

(AgInt no AREsp nº 1290602/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2018, DJe 12/09/2018); e

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PETIÇÃO INCOMPLETA. TRANSMISSÃO ELETRÔNICA. RESPONSABILIDADE DA PARTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. A parte que utiliza o sistema de processamento eletrônico responsabiliza-se pelos ônus de eventual protocolização da petição incompleta, cabendo-lhe verificar se procedeu à fiel transmissão da peça. Precedentes do STJ.

2. Agravo interno não conhecido.

(AgInt no AREsp 834.756/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe

Acesso ao Sumário

14/08/2017).

Ante o exposto, o recurso não é conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001137-91.2017.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante CONCESSIONÁRIA DAS RODOVIAS AYRTON SENNA E CARVALHO PINTO S/A ECOPISTAS, é apelado FRED OLIVEIRA DA SILVA (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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.927)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÁ DUARTE (Presidente), LUIZ EURICO e MARIO A. SILVEIRA.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

SÁ DUARTE, Relator

Ementa: ACIDENTE DE TRÂNSITO - Colisão de veículo contra escapamento automotivo caído no leito de rodovia objeto de concessão - Pretensão indenizatória julgada procedente - Responsabilidade civil da concessionária - Reconhecimento - Solução que deve subsistir, quer se entenda que a concessionária deva responder objetiva ou subjetivamente - Falha na prestação do serviço reconhecida com acerto - Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de procedência da pretensão indenizatória decorrente de colisão de veículo contra escapamento de veículo caído no leito de rodovia objeto de concessão, condenada a ré ao pagamento da quantia de R$ 960,00, correspondente ao reparo do veículo do autor, corrigida desde o desembolso, acrescida de juros de mora a partir da citação, mais as despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00.

Inconformada, a ré alega que a sentença padece de nulidade por cerceamento

de defesa, especialmente porque a produção de prova testemunhal seria o meio irrefutável de comprovar a inexistência de falha na prestação dos serviços. Na sequência, sustenta que restou comprovada a irretorquível fiscalização da rodovia, tendo sido juntado aos autos o controle diário de ocorrências, o qual demonstra que no momento em que os funcionários passaram pelo local do acidente não foi constatada ou registrada nenhuma anormalidade. Ressalta que o referido documento atesta inequivocamente que a concessionária fiscalizou com rigor o leito carroçável, tendo os veículos de inspeção transitado pelo Km 28,5, por volta das 10:37h, não sendo localizado nenhum objeto na faixa de rolamento que pudesse causar os alegado danos. Assinala que o D. Juízo "a quo" não atentou que a referida prova documental realizada momentos antes do evento leva à inequívoca conclusão de que o escapamento se desprendeu de algum veículo ou foi abandonado por terceiro minutos antes do evento danoso. Sustenta que cumpriu com rigor os termos do contrato de concessão, uma vez que mantém invariavelmente veículos circulando pelo sistema no intuito de auxiliar os usuários e supervisionar os leitos carroçáveis, não havendo se falar em omissão. Argumenta que este E. Tribunal também já se posicionou acerca da inaplicabilidade da teoria da responsabilidade objetiva quando se discute suposta omissão do ente estatal, sendo de rigor a análise do feito pela teoria subjetiva, pois é defesa a apreciação pela teoria objetiva apenas para favorecer a parte contrária. Subsidiariamente, sustenta que a indenização deverá corresponder ao orçamento de menor valor apresentado pelo autor, ou seja, R$ 480,00 (fl. 19).

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

Como é incontroverso, a colisão do veículo contra um escapamento automotivo ocorreu no dia 28.11.2016, por volta das 11:00 horas, na faixa de rolamento da Rodovia Ayrton Senna, na altura do quilômetro 28,5, no sentido capital ao interior. Em virtude da colisão resultaram danos em um pneu do veículo do apelado, cujo reparo custou R$ 960,00 (fl. 18).

Pois bem, o recurso não comporta provimento.

A preliminar de cerceamento de defesa não merece acolhida. Isto porque a prova documental produzida autorizava a solução da controvérsia em todos os seus termos, desnecessária a produção da alvitrada prova oral, certo que a apelante não nega a ocorrência do fato descrito na inicial.

Portanto, não é caso de anulação do processo, por cerceamento da defesa da apelante.

Não há como não reconhecer a responsabilidade da apelante, enquanto concessionária da Rodovia Ayrton Senna, pelo acidente em que se envolveu o apelado.

Quer se considere a teoria da responsabilidade objetiva ou do risco

Acesso ao Sumário

administrativo, tal como consagrada na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, quer em face da teoria da responsabilidade subjetiva, pela falta do serviço, resulta evidente que a apelante, como responsável pela manutenção e conservação da rodovia, falhou na prestação desses serviços, deixando de conferir ao usuário a necessária segurança no trafegar.

Objetivamente, a responsabilidade decorre da demonstração cabal do nexo entre o dano e o fato que é imputado à apelante, anotando-se que esta tem sido a posição dominante na jurisprudência, em especial no trato da responsabilidade das concessionárias de rodovias sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, no trato com os usuários. Nesse sentido, confira-se:

> **RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE EM ESTRADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. Conforme jurisprudência desta Terceira Turma, as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista. Portanto, respondem, objetivamente, por qualquer defeito na prestação do serviço, pela manutenção da rodovia em todos os aspectos, respondendo, inclusive, pelos acidentes provocados pela presença de animais na pista. Recurso especial provido (REsp 647.710/RJ, Rel. Min. Castro Filho, DJ 30.06.2006 p. 216).**
>
> **AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. ACIDENTE. RODOVIA. ANIMAL NA PISTA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA. 1. A responsabilidade da agravante no evento foi verificada ante a interpretação do contrato e das circunstâncias fáticas referentes ao desenvolvimento de sua atividade. (...) 2. Agravo regimental desprovido. (3ª Turma, AgRg no Ag 522.022/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, DJU de 05.04.2004).**

Subjetivamente, a responsabilidade decorre do fato de que a apelante não demonstrou ao longo do processo que a colisão contra o escapamento caído não decorreu da falta do serviço de fiscalização da rodovia. A inspeção que a apelante alega ter realizado às 10:37h (fls. 39 e 156) na SP-070, na verdade não se refere ao km 28,5, e sim ao km 23 daquela rodovia, como pode ser conferido do documento de fl. 98, ocorrência 184.

Era exigível da apelante que, ao menos, na demonstração de suas alegações, apresentasse algum controle confiável que pudesse convencer de que o serviço era efetivamente prestado, dado que, pela presença de escapamento na pista, a ilação a que se chega é a de que não estava sendo prestado.

Segundo relatório do Boletim de Ocorrência reproduzido a fls. 10/12, "*2-*

Acesso ao Sumário

Alegou o condutor 01 que transitava pela faixa 01 no sentido capital x interior e no local dos fatos chocou-se contra um escapamento de veículo na faixa de rolamento, provocando danos em 01 pneu e 01 roda de seu veículo. 3- Imagem em anexo em campo próprio".

Tal documento se reveste de força probatória, pois elaborado por autoridade policial no local dos fatos (Base Operacional situada à Rodovia Ayrton Senna da Silva Km 28,5), e corroborado por outros elementos de prova, especialmente as fotografias de fls. 16/17.

Nas fotografias, por sua vez, é possível visualizar que o escapamento encontrado na faixa de rolamento apresentava metal solto em um de seus lados, detalhe que coincide com a perfuração lateral de um dos pneus do veículo do apelado, respaldando a alegação sobre a colisão do automóvel com o referido objeto.

A respeito dos danos, propriamente ditos, o que se tem é que a impugnação da apelante aos orçamentos apresentados pelo apelado não veio acompanhada de um mínimo de prova que lhe conferisse alguma credibilidade.

Além disso, a fotografia de fl. 17 dá a exata dimensão dos danos causados ao pneu do veículo, dimensão essa que, como bem posto pelo apelado (fl. 187), melhor aferida pelo orçamento de fl. 18, onde estão atendidos todos os reparos necessários à recomposição da roda e do pneu.

Como se vê, por quaisquer dos ângulos que a controvérsia é examinada, não é possível entrever razão à apelante no pleito recursal.

Por último, em face da instauração desta etapa recursal, da qual a apelante saiu vencida, é caso majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais para R$ 1.200,00, nos termos do § 11, do artigo 85, do Código de Processo Civil.

Isto posto, voto pelo não provimento do recurso, majorados os honorários advocatícios devidos ao advogado do apelado para R$ 1.200,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1102426-74.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SPINE SYS IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E COMÉRCIO DE IMPLANTES ORTOPÉDICOS LTDA. - EPP, é apelado PAULO SOARES BRANDÃO.

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 39.702)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente sem voto), FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

KIOITSI CHICUTA, Relator

Ementa: Prestação de serviços. Advocacia. Cobrança de valores recebidos ou levantados em processos judiciais. Ação movida contra advogado constituído. Processo julgado extinto sem julgamento de mérito, com reconhecimento de ilegitimidade passiva. Contrato de prestação de serviços firmado com sociedade de advogados. Instrumento de mandato, porém, outorgado aos advogados individualmente, com indicação da sociedade de que fazem parte. Responsabilidade, ainda assim, da pessoa jurídica que não se confunde com os profissionais que nela integram. Recurso improvido, com observação.

A Lei 8.906/94 estabelece possibilidade de existência de sociedade de advogado, com personalidade jurídica própria, dispondo, ainda, que as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte (art. 15, § 3.º). No caso, há nomeação de todos os advogados que compõem o escritório e indicação da sociedade que integram. Daí porque, acionando apenas um dos profissionais, ainda que na condição de sócio principal, e não a sociedade de advogados, a ilegitimidade restou corretamente reconhecida. Não há responsabilidade solidária, mas tão somente subsidiária, observando que a sociedade não restou acionada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra r. sentença de fls. 227/229 e embargos de declaração de fls. 235/236 que reconheceu ilegitimidade passiva do réu e julgou extinto o processo sem julgamento de mérito, arcando a autora com as custas, despesas e honorários de advogado de 10% sobre o valor da causa.

Alega a autora que aforou ação de cobrança em razão da apropriação de valores pelo réu na condição de advogado e mandatário, não lhe repassando qualquer importância, destacando que ele recebeu R$ 28.600,00 da Santa Casa

de Barretos, R$ 6.228,69 da Associação Evangélica Beneficente e R$ 3.108,11 do Centro Hospital Valinhos e Vinhedo Serviços Médicos, sendo certo que, descontados direitos do apelado, tem direito a receber R$ 33.121,01. Ao contrário do que se decidiu, o apelado é parte legítima, tanto que a relação é entre ela e os advogados que foram nominados no instrumento de mandato, havendo cláusula de que eles, em nomes próprios, procedessem ao recebimento de valores. Pede que seja reconhecida sua legitimidade e o julgamento de procedência do pedido.

Recurso tempestivo, com preparo, respondido, os autos restaram encaminhados a este C. Tribunal.

É o resumo do essencial.

Ao que se vê dos autos, o contrato de prestação de serviços advocatícios restou celebrada entre Paulo Soares Brandão Advogados Associados e Spine Sys Importação, Exportação e Comércio de Implantes Ortopédicos Ltda. (fls. 191/199), figurando o advogado Paulo Soares Brandão como seu sócio diretor. A procuração outorgada, de seu turno, restou feita em favor dos advogados, dentre eles o réu, com indicação de que eram "todos integrantes do escritório de advocacia Paulo Soares Brandão Advogados Associados" (fl. 200).

Com base no rol de mandatários, a autora optou em acionar apenas o sócio diretor, afirmando que, na condição de advogado constituído, tinha obrigação de lhe pagar valores recebidos de devedores e dos quais ela, autora, era credora. Tal raciocínio, contudo, não encontra amparo na Lei 8.906/94, denominada de Estatuto da Advocacia, dispondo no artigo 15 que "os advogados reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advogado na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral", acrescentando no § 1.º que "a sociedade de advogados e a sociedade unipessoal de advocacia adquirem personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sua sede" e no § 3º que "as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte".

A prestação dos serviços restou contratada com a sociedade de advogados, pessoa jurídica distinta de seus advogados, e o mandato restou outorgado a diversos advogados por força de determinação legal, sem que isto implique necessariamente em solidariedade ou de responsabilidade conjunta da sociedade e dos advogados pelos danos que vierem a causar aos mandatários no exercício das funções profissionais.

A responsabilidade do sócio é apenas subsidiária, mas, para tanto, era necessário que antes ou de forma simultânea a pessoa jurídica fosse também acionada. Não é isto que se depreende do pedido inicial, sendo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que "*as procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados, com a indicação da sociedade de que façam*

Acesso ao Sumário

parte, nos termos do art. 15, § 3.º, da Lei n. 8.906/1994. Caso não haja a indicação da sociedade que o profissional integra, presume-se que a causa tenha sido aceita em nome próprio, e o alvará ou o precatório referente à verba honorária de sucumbência deve ser extraído em benefício do advogado que o patrocina" (EREsp 1.372.372, rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial). "*Nesse contexto, mesmo que os advogados mandatários sejam os únicos sócios da sociedade de advogados ou, como dito nas razões recursais, sócios majoritários, não há como admitir a alteração posterior da titularidade do precatório, sob pena de chancelar manobra para recolhimento a menor de tributo*" (AgRg no REsp 1395585, rel. Min. Gurgel de Faria).

Havendo expressa referência no instrumento de mandato a sociedade de advogados, entende-se que os serviços foram prestados unicamente pela pessoa jurídica. Em situação inversa a Corte Especial do STJ pacificou entendimento de ilegitimidade da sociedade de advogados "*se a procuração deixar de indicar o nome da sociedade de que o profissional faz parte*", pois, nesta hipótese, "*presume-se que a causa tenha sido aceita em nome próprio*" (AgRg no Prc. 769, rel. Min. Ari Pargendler).

Não existe como permitir interpretação que não observe coerência nas situações reguladas pela mesma norma legal.

A ilegitimidade restou corretamente reconhecida e a sentença merece mantida, elevados os honorários pela fase recursal em 15% sobre a mesma base de cálculo.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso, com observação.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1000308-73.2016.8.26.0223/50000, da Comarca de Guarujá, em que é embargante SERGIO EL BECK, é embargado SSF DO BRASIL CONSULTORES E PROJETISTAS EM ENGENHARIA 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: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do

Acesso ao Sumário

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22586)**

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

São Paulo, 21 de janeiro de 2019.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. 1- Inexistência de contradição no acórdão. 2- As questões alegadas nos embargos de declaração foram expressamente enfrentadas, consideradas e analisadas pelo acórdão embargado onde constam os fundamentos de fato e de direito que justificam a decisão. 3- Embargos de declaração rejeitados.

VOTO

Embargos de declaração opostos em face do v. acórdão de fls. 266/270, que por votação unânime, negou provimento ao recurso de apelação, com a seguinte ementa:

> "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. ENTREGA DE DOCUMENTOS. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. REQUISIÇÃO EXTRAJUDICIAL. APRESENTAÇÃO APÓS A CONTESTAÇÃO E A CONCESSÃO DE LIMINAR EM FAVOR DA AUTORA. INÉRCIA E RESISTÊNCIA CARACTERIZADAS. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DO REQUERIDO NÃO PROVIDA."

Sustenta o cabimento dos embargos declaratórios, para fins de sanar contradição quanto aos documentos entregues pelo embargante, uma vez que este realizou o cumprimento integral da liminar, "*além de não haver nos autos indícios da existência de outros documentos na posse do suplicante.*".

É o relatório.

I) Observa-se que os embargos de declaração são cabíveis apenas para sanar omissões, contradições, obscuridades ou corrigir erro material, conforme dispõe o artigo 1.022 do NCPC.

Porém, nenhuma dessas hipóteses está presente, de modo que busca o embargante a natureza infringente, somente com a finalidade de obter a alteração do julgado.

II) Ocorre que o v. Acórdão embargado encontra-se devidamente

fundamentado, de forma que não há contradição a ser reconhecida. Ademais, a matéria questionada nos presentes embargos de declaração já foi devidamente analisada e debatida, inclusive levando em conta que todas as normas aplicáveis ao caso foram considerados, como se vê:

> "(...) **Ora, o apelante estava na posse da maior parte da documentação requerida em caráter provisório e na condição de administrador de bens alheios, de modo que não se justificam a retenção dos documentos e nem a recusa do ora recorrente em devolvê-los; portanto, caracterizada a resistência do apelante a dar causa à propositura da presente demanda.**
>
> E, embora alegue ter apresentado todos os documentos da empresa autora que estavam em sua posse, conforme fls. 116/139; tem-se que o ora apelante apresentou contestação, em que arguiu inépcia da inicial, falta de interesse processual e ainda, no mérito, a improcedência da ação; e, além disso, somente colacionou os documentos após ser intimado quanto à r. decisão de fls. 113 (certidão de fls. 115); diferentemente do que ocorreu nos demais casos tratados na jurisprudência colacionada pelo apelante às fls. 238/243.
>
> Assim, não há que se falar em ausência de interesse de agir, pois presentes a necessidade, a utilidade e a adequação da ação proposta; e nem em extinção do feito sem julgamento do mérito, uma vez que o requerido, destituído do cargo, estava obrigado a entregar os documentos necessários à continuidade da administração empresarial, como visto, e a obrigação, ademais, foi reconhecida por ele próprio (cf., p. ex., a falta de recurso contra a r. decisão de fls. 113 e o que consta de fls. 236); **sendo que as alegações de que entregou a toda documentação de que dispunha e de que a autora não se insurgiu contra a r. decisão de fls. 221; são questões a serem consideradas em eventual cumprimento de sentença que venha a ser requerido pela autora.**" (destaca-se)

III) Não se deve perder de vista que "a contradição que autoriza os embargos de declaração é do julgado com ele mesmo, jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte" (STJ - 4ºT, REsp 218.528 SP Edcl, Rel. Min. Cesar Rocha, j. 07.02.2002, rejeitaram os embargos, VU, DJU 22.04.2002, p.210).

É importante, ainda, lembrar que o acórdão, assim como a sentença de primeiro grau, não tem como requisito de validade a obrigatoriedade de conter todas as referências a textos e artigos mencionados pelas partes, porquanto a sua finalidade é compor a lide.

A pretendida revisão do v. aresto só pode ser feita nas instâncias superiores por via do recurso apropriado, se o caso.

Acesso ao Sumário

IV) Diante do exposto, **rejeitam-se os embargos de declaração**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1042678-19.2014.8.26.0100/50001, da Comarca de São Paulo, em que é embargante PRINCE VENTILADORES E EQUIPAMENTOS LTDA., é embargado C. GUIMARÃES ENGENHARIA CIVIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª 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 34.498)**

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

São Paulo, 22 de janeiro de 2019.

COUTINHO DE ARRUDA, Relator

Ementa: Embargos de declaração - omissão reconhecida - embargos acolhidos.

VOTO

Vistos, etc.

Ao V. Acórdão de fls. 189/191 foram opostos embargos de declaração alegando omissão.

É o ***RELATÓRIO***.

Inicialmente, destaque-se que, nos termos do V. Acórdão, restou decidido que, considerando a reforma parcial da r. sentença guerreada, para o fim de afastar a condenação por danos morais, deve "***a autora arcar com as custas e honorários advocatícios, ora fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 85,§ 8º da lei de rito***" (fls. 191)

Aduz o embargante que, diante da parcialidade no ganho de causa, os honorários devem ser fixados de forma proporcional, restando omisso o V. Acórdão quanto a este ponto.

À evidência, assiste razão ao embargante.

Por conseguinte, acolhem-se os presentes embargos para, em face da sucumbência recíproca, condenar a autora a arcar com as custas e honorários advocatícios, ora fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), **sendo o mesmo**

valor devido pelo réu ao advogado da autora, consoante § 14 do art. 85 do Estatuto Processual.

Destarte, para o fim de suprir a aludida omissão, é de rigor a acolhida dos embargos de declaração.

Isto posto, **ACOLHEM-SE** os embargos de declaração opostos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1025130-73.2016.8.26.0564/50000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é embargante NELSON ERCULANO DE ALMEIDA, é embargado ADEVALDO CURVELO SOUZA (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: "Acolheram parcialmente os declaratórios, para correção de erro material, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10372)**

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

São Paulo, 1º de fevereiro de 2019.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: Embargos de declaração - Ação indenizatória - Alegação de utilização errônea do termo "recibo" quando da descrição de testemunho - Pretensão de exclusão do termo - Correção acolhida - Prequestionamento - NCPC, art. 1.025 - Embargos acolhidos parcialmente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Nélson Erculano de Almeida em relação ao v. acórdão de fls. 148/155 do apenso, que deu parcial provimento ao apelo do embargado.

Alega-se neles necessidade de retirada da palavra "recibo", por não ter sido utilizada no testemunho de Marcelo Pereira de Lima, cuja sentença evidenciou possibilidade de prática de crime de falso testemunho, e deduz prequestionamento da matéria (fls. 1/2).

É o relatório.

Cabem embargos de declaração quando houver na decisão embargada obscuridade, contradição, omissão ou erro material (incisos I, II e III, do artigo 1.022 do NCPC).

Assiste parcial razão ao embargante.

No acórdão, fls. 152, consta que *"(...) Marcelo Pereira de Lima afirmou que o terreno não tinha qualquer edificação, sendo construído por Adevaldo uma casa de três andares, corroborando ter recebido R$ 36.910,00,* ***conforme recibo constante nos autos*** *(...)*" g.

Porém, pela oitiva da mídia verifica-se que a resposta da testemunha à pergunta do advogado é de que recebeu o valor do "orçamento" a fls. 20 por ela reconhecido.

Por esta razão, os embargos de declaração opostos seguem parcialmente acolhidos, passando citado parágrafo a ter a seguinte redação e a integrar o v. acórdão: "*E pelo constante das provas testemunhais, Manoel Pereira da Silva afirmou que foi o pedreiro da obra realizada no imóvel, construindo uma segunda laje. Já a testemunha Anderson Rodrigues afirmou que Adevaldo construiu um sobrado no térreo, enquanto Marcelo Pereira de Lima afirmou que o terreno não tinha qualquer edificação, sendo construído por Adevaldo uma casa de três andares, corroborando ter recebido o valor descrito no 'orçamento' a fls. 20, e Natalício Manoel da Silva afirmou ter construído uma casa para o requerente e recebeu para tanto o valor de R$ 13.500,00, cujo terreno já possuía uma casa, tendo construído mais cinco cômodos, enquanto que Valmir Batista de Godoi afirmou que Adevaldo construiu um salão e mais três andares*" (grifei).

De resto o disposto no CPC/2015:

"*Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.*"

Do exposto, pelo meu voto, **acolho parcialmente os declaratórios**, corrigindo o erro material apontado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1004665-53.2016.8.26.0011/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante LAB EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS EIRELI e, são embargados, LUIZ GUILHERME PEPE PRIOLLI, CONSTRUTORA E

Acesso ao Sumário

INCORPORADORA ATLÂNTICA LTDA., FIDALGA INCORPORAÇÃO SPE LTDA. e PORTO DE AREIA PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram os embargos, com efeito integrativo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30879)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente), RICARDO NEGRÃO e SÉRGIO SHIMURA.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2019.

GRAVA BRAZIL, Relator

Ementa: Embargos de Declaração - Omissão reconhecida - Ausência de referência ao recurso de apelação apresentado pela ora embargante - Embargos acolhidos, com efeito integrativo, para complementação da parte dispositiva.

VOTO

I - Cuida-se de embargos de declaração opostos pela corré LAB Empreendimentos Imobiliários EIRELI, em face do v. acórdão de fls. 1090/1097, que cassou a r. sentença guerreada, determinando a remessa dos autos ao Juízo da Falência do GRUPO ATLÂNTICA (apeladas e rés).

Os embargos apontam a ocorrência de omissão quanto à apelação interposta pela ora embargante, já que, na parte dispositiva, apenas o recurso do autor foi citado.

Recurso tempestivo.

É o relatório do necessário.

II - Com razão à embargante, haja vista que, em que pese seu recurso tenha constado do v. aresto, inclusive com as razões elencadas no relatório, o fato de sua análise ter restado prejudicada pelo reconhecimento da nulidade da r. sentença, somada à ordem de remessa dos autos ao Juízo Falimentar, que melhor irá apreciá-las, não foi mencionado em sua parte dispositiva (*vide* fls. 1097).

Reconhece-se a omissão, portanto, e, em consequência, fica concedido efeito integrativo a este recurso, para acrescer tal menção na parte dispositiva do *decisum*, que fica assim redigida:

> "Ante o exposto, não se conhece dos recursos adesivos do autor e cassa-se a r. sentença recorrida, com determinação de remessa dos autos. Prejudicado o apelo interposto pela corré LAB. É o voto."

III - Ante o exposto, acolhem-se os embargos, com efeito integrativo. É

Acesso ao Sumário

o voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0003887-82.2011.8.26.0009/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante LARISSA BRITO FERREIRA (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), são embargados FLAVIO ROGERIO TELLES, COOPERTRANSE COOPERATIVA DE TRABALHO DOS PROF ESPECIALIZADOS NO TRANSP DE PASSAGEIROS EM GERAL DO E DE SP e NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara Extraordinária 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 37.806)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FELIPE FERREIRA (Presidente sem voto), MARIA LÚCIA PIZZOTTI, DAISE FAJARDO NOGUEIRA JACOT, FLAVIO ABRAMOVICI E AZUMA NISHI.

São Paulo, 16 de janeiro de 2019.

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Embargos declaratórios - Alegações relacionadas à existência de omissão e contradição - Inocorrência, porém, das hipóteses elencadas em lei - Singelo inconformismo com o resultado do julgamento - Prequestionamento da matéria - Inadmissibilidade. Embargos rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

VOTO DO RELATOR

Cuida-se de embargos de declaração opostos em face do V. Acórdão de fls. 996/1011 que, por unanimidade de votos, negou provimento ao apelo interposto pela ora embargante.

Pretende, em síntese, seja o recurso recebido e acolhido à argumentação de que o julgado foi omisso quanto à arguição de responsabilidade objetiva da empresa ré, bem como à de violação ao art. 29, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro. Acresce que houve contradição quanto à prova produzida nos autos, que é no sentido de que o motorista do micro- ônibus falava ao celular no

momento do acidente.

A via aclaratória visa, ainda, o prequestionamento da matéria.

Manifestação da parte contrária às fls. 1024/1025, 1027/1031 e 1033/1034.

É o relatório.

Os embargos declaratórios não guardam consistência jurídica, porque o V. Acórdão não incorreu nas hipóteses elencadas no art. 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, quais sejam, obscuridade, contradição, omissão ou erro material.

A pretensão da embargante, em verdade, não é a correção de eventual imperfeição do anterior julgado, mas sua modificação pelo inconformismo com o resultado, o que não é possível sob a perspectiva do diploma legal acima citado.

Isto porque o V. Acórdão se manteve claro quando fundamentou que era o caso de manter a r. sentença de improcedência da ação de reparação de danos materiais, morais e estéticos proposta pela ora embargante, visto que o conjunto probatório dos autos se mostrou extremamente controvertido e demasiadamente frágil para imputar a culpa aos réus.

Verificou-se que a via era desprovida de faixa de pedestres e de sinalização semafórica, situada nas proximidades de escola pública e com intenso trânsito de pedestres, sendo que a autora, que contava com apenas 07 (sete) anos de idade, deveria estar acompanhada de adulto responsável no momento da realização da travessia, com segurança.

O que se constatou, em verdade, foi a culpa exclusiva da vítima, que afastou o dever de reparação, bem como a tese de responsabilidade objetiva da empresa proprietária do micro-ônibus, e de violação ao disposto no art. 29, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro.

Nesse sentido: "***Apelação. Acidente de trânsito. indenização por danos materiais e morais. Sentença de improcedência. Culpa exclusiva da vítima... Por força do artigo 37, §6º, da CF, estando comprovados o fato, o dano e o nexo causal, emerge a obrigação de indenizar da empresa concessionária de serviço público, competindo-lhe provar a ocorrência de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima capaz de afastar sua responsabilidade. Evidenciada excludente de responsabilidade consistente na culpa exclusiva da vítima. Portanto, diante da culpa da própria vítima, não há que se falar em culpa concorrente nem de direito à indenização. Precedentes do TJSP. Recurso não provido.*" - (Apelação nº 0013007-14.2011.8.26.0248, Relator Kenarik Boujikian - j. 26.01.2017).**

Acesso ao Sumário

Ademais, apesar de a companhia telefônica ter apresentado documento no sentido de que o motorista do coletivo realizou chamada via celular às 11h57min, no dia do acidente, que durou cerca de 13 minutos, o fato é que

não se pode afirmar, com precisão, que esta se encerrou no exato momento do acidente, que de acordo com o Boletim de Ocorrência se deu às 12h10min, posto que o motorista réu afirmou que estava com seu celular no bolso (fls. 373/374) e a testemunha Cleonice Pedro de Andrade relatou que a criança saiu correndo em direção ao meio-fio, e que **o motorista não falava ao celular.**

E, em que pese à ausência de consenso das testemunhas acerca de alguns detalhes envolvendo o evento lesivo, nenhuma delas divergiu sobre o fato de ter a parte frontal do veículo atingido a vítima, que no momento era acompanhada apenas de outra menor de idade e tentava proceder à travessia de movimentada avenida, desprovida de sinalização e com intenso fluxo de veículos e pedestres.

O contexto probatório, portanto, se apresentou por demais precário para configurar, com a necessária segurança e imparcialidade, a culpabilidade dos réus pelo evento danoso.

Ao contrário, o fato de a autora se encontrar desacompanhada de seus representantes legais ou de pessoa maior, ou seja, desprovida de adequada vigilância, contribuiu de modo decisivo para a ocorrência do evento lesivo, a caracterizar a exclusividade da culpa da vítima pelo acidente e afastar o correspondente dever de reparação.

Logo, as considerações constantes no V. Acórdão já proferido se apresentaram mais do que suficientes para esclarecer os motivos que ensejaram no resultado da irresignação recursal, mesmo que tenha sido contrário aos interesses da embargante.

Os embargos de declaração não se prestam a que a parte peça ao juiz que decida novamente a causa, mas apenas re-exprima, com maior propriedade, tudo o que foi ali decidido, sem a modificação do resultado da demanda, o que somente será possível através da via recursal adequada.

No inconformismo ora manifestado, percebe-se revestimento de nítido caráter infringente ao julgado e como tal não comporta apreciação via embargos de declaração:

"***Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1022 do CPC/2015, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo inciso IV do parágrafo 1º do art. 489 do CPC/2015 [parágrafo 1º: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) IV- não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador] veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo STJ, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na***

***decisão*" (EDcl no MS nº 21.315/DF, 1ª. Seção, Rel. Min. Diva Malerbi, j. 06.06.2016).**

Também não podem ser usados unicamente como meio de prequestionamento de questão federal ou constitucional, a fim de viabilizar o recebimento de recurso especial ou extraordinário.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "***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 para o reexame da causa*" (STJ - 1ª Turma - REsp 13.843-0-SP- ED Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO - j. 6.4.92 - v.u - DJU de 24.8.92, p. 12.980)**.

Ficam as partes advertidas que eventuais embargos de declaração para efeito de mera reapreciação do quanto decidido serão tidos como protelatórios, podendo ser apenados com as sanções do art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil.

Face ao exposto, rejeito os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2138800-47.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes CONDOMÍNIO COMERCIAL SHOPPING PATIO HIGIENÓPOLIS, FUNDAÇÃO CONRADO WESSEL, AGROPART ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA., BROOKFIELD BRASIL HIGIENÓPOLIS LTDA., BROOKFIELD BRASIL SHOPPING CENTERS LTDA., BRAZ PARTICIPAÇÕES LTDA. e FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO SHOPPING PÁTIO HIGIENÓPOLIS, é embargado CERVEJARIA DER BRAUMEISTER HIGIENÓPOLIS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram dos embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.715)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente), CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN e CARLOS DIAS MOTTA.

São Paulo, 18 de janeiro de 2019.

FABIO TABOSA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de declaração. Alegações de omissão e contradição no julgado embargado. Oposição por parte estranha ao processo principal. Ausência de qualquer justificativa quanto à eventual condição de terceira interessada. Ilegitimidade em termos recursais reconhecida. Embargos declaratórios não conhecidos.

VOTO

VISTOS.

Trata-se de *embargos de declaração* opostos em face do v. acórdão de fls. 270/277, pelo qual se negou provimento a recurso de agravo de instrumento interposto pelo réu contra r. decisão que julgara procedente, no tocante à primeira fase do procedimento, demanda de prestação de contas movida por lojista de Shopping Center.

Aduz a embargante, em síntese, padecer o v. acórdão de omissão, porquanto teria deixado de se manifestar sobre a documentação entregue à embargada no momento da assinatura do contrato de locação. Sustenta que a embargada, pelo fato de possuir tal documentação desde a assinatura do contrato, sempre teria tido conhecimento de todas as cobranças e formas de cálculo, com elas concordando por quase duas décadas, razões pelas quais seria desnecessária a propositura da ação de prestação de contas. Por fim, alega contradição no v. acórdão na medida em que teria, no corpo da decisão, trazido referência ao provimento parcial do recurso, concluindo todavia em termos de negativa pura e simples de provimento.

É o relatório.

Os embargos se afiguram inadmissíveis, por ausência de requisito intrínseco, relativo à legitimação da parte recorrente.

O agravo de instrumento cujo julgamento é objeto dos presentes declaratórios, com efeito, envolveu de um lado o réu da demanda de prestação de contas, Condomínio Comercial Shopping Pátio Higienópolis, e de outro a pessoa jurídica empresária ali autora, ora embargada.

Essas igualmente são as únicas partes do processo em curso.

Os embargos vêm opostos, contudo, em nome de sociedade estranha ao feito, MPH Empreendimentos Imobiliários Ltda., que não foi atingida portanto pela r. decisão embargada, não se tratando da parte vencida.

Não desconhece o sistema processual civil brasileiro, é certo, a figura do recurso por terceiro prejudicado, mas para tanto é necessário que o recorrente

Acesso ao Sumário

não apenas decline que o faz nessa condição como também que justifique adequadamente seu interesse, nos termos expostos no art. 996, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Nada disso foi feito pela embargante, que sem qualquer aviso comparece perante o Tribunal como se parte regularmente integrada à relação processual.

De rigor, por tudo, o reconhecimento da falta de legitimação em termos recursais.

Ante o exposto, **não se conhece** dos embargos declaratórios.

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2252867-25.2018.8.26.0000, da Comarca de São José dos Campos, em que é autor ZERLINDO NOVAES DE JESUS, é réu INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "indeferiram a petição inicial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.374)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE LORENZI (Presidente), CYRO BONILHA, ALBERTO GENTIL, ALDEMAR SILVA, JOÃO NEGRINI FILHO, VALDECIR JOSÉ DO NASCIMENTO e LUIZ FELIPE NOGUEIRA.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2019.

LUIZ DE LORENZI, Relator

Ementa: AÇÃO ACIDENTÁRIA – PERDA AUDITIVA – PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO – NÃO RECONHECIMENTO DE PREJUÍZO FUNCIONAL – IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA POR ACÓRDÃO – AÇÃO RESCISÓRIA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE LEI – INDEFERIMENTO DA INICIAL.

"Não vislumbrada a alegada violação manifesta de norma jurídica na qual se funda a inicial da ação rescisória, não há que se cogitar de abertura da via com o simples propósito de ver reexaminada questão já decidida".

Petição inicial indeferida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Zerlindo Novaes de Jesus objetivando, em síntese, com base no artigo 966, V, do Código de Processo Civil, a desconstituição do V. Acórdão proferido pela Colenda 17ª Câmara desta Corte que, não reconhecendo configurado déficit funcional decorrente de perda auditiva por ele (autor) reclamado, manteve o decreto de improcedência do pedido de concessão de benefício acidentário formulado na ação proposta em face do INSS (cópia do v. Acórdão nas páginas 297/301).

Aduz o autor, em suma, que o v. Acórdão rescindendo, ao considerar inexistente na espécie a alegada incapacidade profissional embasado no parâmetro da Tabela de Fowler que não mais se aplica, violou os artigos 21-A e 86 da Lei 8.213/91. Insiste na pretensão de concessão do benefício acidentário.

É a síntese do necessário.

Passo a decidir.

A meu juízo a hipótese é de indeferimento da inicial.

Com efeito, a despeito de toda a pretensão do autor, não vislumbro caracterizada na espécie qualquer violação à literal disposição de lei a justificar o prosseguimento do feito na forma do artigo 966, V, do Código de Processo Civil.

Vê-se claramente ter o v. Aresto mantido o decreto de improcedência do pedido inicial deduzido ante o entendimento unânime da Turma Julgadora no sentido de que da atenta análise do conjunto probatório dos autos não se fez inferir a existência de déficit funcional decorrente de perda auditiva a permitir a formação de convencimento acerca do direito à eventual benefício acidentário (cópia nas páginas 297/301).

A meu ver, a fundamentação trazida na inicial da presente ação rescisória, em que pese arguir irregularidade no julgamento ocorrido, demonstra apenas o mero inconformismo da parte com a posição esposada pelos Julgadores acerca da inexistência de quadro incapacitante no caso concreto, o que, evidentemente, não configura qualquer afronta aos dispositivos legais apontados a viabilizar a abertura da via rescisória com a simples pretensão de ver reexaminada questão já decidida.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido é a anotação de nº 19 da obra do saudoso Theotônio Negrão ao comentar o inciso V do aludido artigo 966 do Novo Código de Processo Civil (página 863, CPC, 47ª Edição): "*É incabível ação rescisória por violação de lei se, para apurar a pretensa violação, for indispensável reexaminar matéria probatória debatida nos autos*" (Superior Tribunal de Justiça – 1ª Seção, AR 3.731 – AgRg, Min. Teori Zavascki, j.23.05.07, D.J.U. 4.6.07).

No caso julgado, repito, o entendimento acerca da exclusão da incapacidade profissional não traz em seu bojo qualquer resquício de violação a configurar

a hipótese do comando do inciso V do artigo 966 do Diploma Processual, decorrendo, outrossim, da análise de todo o conjunto fático e probatório trazido nos autos.

É de se assentar, por fim, que a ação rescisória não pode ser trasmudada para mero recurso processual a autorizar à parte, sob mero inconformismo com o desfecho que lhe fora desfavorável, objetivar novo pronunciamento da Corte acerca de tema já acobertado pela coisa julgada indiscutivelmente consolidada.

Logo, revela-se de rigor o indeferimento da inicial.

Ante o exposto, pelo meu voto, indefiro a inicial, julgando extinto o processo sem exame de mérito, nos termos do artigo 330, inciso III, c/c 485, incisos I e VI, do Código de Processo Civil. Sem imposição de ônus ao autor face à isenção legal.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2249384-84.2018.8.26.0000, da Comarca de Monte Azul Paulista, em que é agravante APARECIDA DELAGO SILVA, é agravado 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: "Não conheceram do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.109)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente) e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 6 de dezembro de 2018.

RUBENS RIHL, Relator

Ementa: RECURSO – DESERÇÃO – Agravo de instrumento que se sujeita ao pagamento de preparo prévio ao ser apresentado no Tribunal de Justiça – Inteligência dos arts. 1.007 e 1.016 do CPC/15, art. 4º, § 5º, da Lei Estadual nº 11.608/03, e Provimento

Acesso ao Sumário

CSM nº 833/03 – Agravante que deixou de recolher a taxa referente às despesas postais – Incidência do § 2º do art. 1.007 do CPC/15 – Reconhecimento da insuficiência do preparo – RECURSO JULGADO DESERTO.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por APARECIDA DELAGO SILVA em face da r. decisão reproduzida às fls. 64/65 que, nos autos da ação de obrigação de fazer que moveram em face do INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – IAMSPE, indeferiu o pedido de antecipação da tutela pelo qual os autores objetivavam o fornecimento imediato dos serviços de Home Care, conforme prescrição médica.

Relata a recorrente que o dano do risco e a urgência do serviço são iminentes, pois o atual quadro clínico da agravante exige cuidados especiais em período integral, ao contrário do que afirmou a decisão interlocutória - fls. 43/44. E que o relatório médico apresentado, mostra que a agravante necessita do serviço de home care para combater as patologias que a assola, sendo que a decisão interlocutória, combatida neste recurso, é provida de descaso e desrespeito para com a agravante, esquecendo-se que a mesmo é portadora de várias doenças, necessitando do serviço para sobreviver, podendo inclusive vir a óbito.

Requer, a concessão da tutela antecipada recursal, nos termos do artigo 1.019, I, do Código de Processo Civil, concedendo os serviços de – home care – a agravante, conforme prescrição médica. E que, ao final, seja dado integral provimento ao agravo, determinando o fornecimento dos serviços de internação domiciliar - home care conforme prescrita por profissional de medicina, incorrendo na incidência de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais) até efetiva implantação dos serviços (fls. 1/22).

Recurso tempestivo e regularmente processado, com a concessão do efeito suspensivo pleiteado (fls. 127/129).

Dispensada a requisição de informações ao D. Juízo *a quo*.

Certidão de fl. 76 informando que decorreu o prazo legal sem que o agravante apresentasse comprovação de recolhimento das despesas postais na importância de R$ 15,00, no código 120-1, na guia FEDTJ, para intimação do agravado.

É, em síntese, o relatório.

O reconhecimento da deserção se impõe.

Com efeito, observa-se que, em 26 de novembro de 2018, houve intimação para que o agravante regularizasse o procedimento, efetuando o recolhimento

Acesso ao Sumário

da importância de R$ 15,00, no código 120-1, na guia FEDTJ, para intimação do agravado (fls. 74). Ocorre que o recorrente permaneceu inerte, conforme certidão cartorária de fls. 76.

Assim sendo, o presente agravo de instrumento há de ser julgado deserto, ante o não recolhimento das custas integrais para a intimação da parte agravada para apresentação de contraminuta.

Isto porque, no Estado de São Paulo, o agravo de instrumento sujeita-se ao pagamento de preparo prévio a ser apresentado ao Tribunal de Justiça (arts. 1.007 e 1.016 do CPC/15, art. 4º, § 5º, da Lei Estadual nº 11.608/03, e Provimento CSM nº 833/03).

Deste modo, muito embora tenha havido o recolhimento da taxa judiciária, o recurso foi interposto sem que o agravante comprovasse o recolhimento das despesas postais, sendo certo que o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 11.608/03 prescreve que:

"Artigo 2º - (...)

Parágrafo único - Na taxa judiciária não se incluem:

(...)

III - as despesas postais com citações e intimações;"

Assim sendo, à evidência, imperioso o reconhecimento da deserção do presente reclamo recursal, conforme prescreve o art. 1.007, § 2º do Novo CPC:

"Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

(...)

§ 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias."

Ressalte-se ser esse o entendimento jurisprudencial acerca do tema: Agravo de Instrumento n. 0210847-97.2011, rel. Des. Marino Neto; Agravo de Instrumento n. 0222047-04.2011, rel. Des. Osni de Souza; Agravo de Instrumento n. 706.668.5/3-00, rel. Des. Osvaldo Capraro; Agravo de Instrumento n. 1.114.973-0/2, rel. Des. Mendes Gomes; Agravo de Instrumento n. 9041367-36.2009.8.26.0000, rel. Des. Israel Góes dos Anjos; Agravo de Instrumento n. 0042409-11.2011, rel. Des. Luciana Bresciani.

Daí porque, em tais termos, julga-se deserto o presente agravo de instrumento, tornando sem efeito a antecipação da tutela anteriormente concedida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2148139-30.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ELIZABETE SILVA DOS SANTOS, são agravados INSTITUTO DANTE PAZZANESE DE CARDIOLOGIA e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.724)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

MARIA OLÍVIA ALVES, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Tutela Cautelar Antecedente – Impedimento do exercício do cargo de médica de urgência concursada – Tutela de urgência indeferida – Pretensão de reforma – Impossibilidade – Inexistência de verossimilhança das alegações – Precedentes – Agravo de instrumento não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Elisabete Silva dos Santos contra a r. decisão que indeferiu o pedido de tutela cautelar requerida em caráter antecedente em face do Instituto Dante Pazzanese de Cardiologia e do Estado de São Paulo.

Sustenta a agravante, em síntese, que há 25 anos foi aprovada em concurso público para o cargo de médica cardiologista da área de emergência, sempre tendo atuado no pronto-socorro do Instituto Dante Pazzanese e, há 09 anos, ocupa o cargo comissionado de Chefe de Seção Técnica de Saúde da Seção Médica de Emergência e Terapia Intensiva do Serviço Médico Hospitalar da Divisão Clínica do referido Instituto. Afirma que soube que o Dr. Fausto Feres, Diretor Geral do Instituto, não a quer mais atuando no pronto-socorro, sendo que desde o dia 03 de maio p.p. está impedida de exercer seus cargos, quer o concursado quer o comissionado. Assevera que não foi instaurado nenhum processo administrativo, a fim de afastá-la de seu cargo efetivo, nem houve qualquer publicação no Diário Oficial exonerando-a de seu cargo em comissão.

Acesso ao Sumário

Aduz que foi colocada em uma sala apartada da emergência, onde não exerce qualquer função e está sendo pressionada a assinar um termo de requerimento de cessação de chefia, através do qual, voluntariamente, abdica do cargo em comissão. Requer a concessão da tutela que lhe assegure o livre ingresso nas dependências do nosocômio, mais especificamente, no Setor de Emergências, para que possa exercer livremente seu cargo como médica concursada e, quanto ao cargo em que é comissionada, também lhe seja permitido o ingresso no mesmo local e o exercício amplo e livre de tal cargo, uma vez que inexiste qualquer publicação de ato que a exonerou.

O recurso foi processado sem a outorga de efeito ativo (fls. 18/19).

Houve contraminuta (fls. 32/40).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento e lhe nego provimento.

Nesta fase de cognição sumária, não se vislumbram os requisitos necessários para concessão da tutela recursal.

A concessão de liminares se submete ao princípio do livre convencimento racional, sendo desaconselhável, portanto, modificar as decisões de primeiro grau de jurisdição que as indeferem, salvo quando ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável.

No presente caso, ao menos sob um exame perfunctório, não se configuram quaisquer das causas mencionadas que recomendam a reforma da decisão recorrida, sem que seja oportunizada a oitiva da parte contrária. E, neste caso, realmente não estão presentes os requisitos para a concessão da medida pleiteada, diante da inexistência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, caso a medida seja deferida apenas ao final do processo.

Não se pode perder de vista que, em decorrência do princípio da legalidade, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e veracidade.

Conforme preleciona Hely Lopes Meirelles, "*a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos responde a exigência de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução. (...) a presunção de veracidade, inerente à de legitimidade, refere- se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário*" (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 35ª edição, 2009, Malheiros Editores, p. 161).

E, ao menos nesse momento, não há como concluir que as alegações da agravante são suficientes a infirmar essa presunção, o que afasta, ao menos por

ora, o *fumus boni iuris*.

Igualmente, nesse mesmo exame perfunctório próprio deste momento processual, não há mesmo como se concluir pela verossimilhança das alegações da requerente.

Na verdade, como bem salientou o i. magistrado *a quo*, *a probabilidade do direito da autora demanda contraditório na medida em que a ré pode na contestação infirmar a pretensão da autora, máxime indicando o documento de fls. 14 que os cargos pretendidos pela autora são diversos daquele para o qual assumiu mediante concurso, tratando-se, assim, em tese, de cargos comissionados ou funções cuja nomeação e destituição cabem ao superior hierárquico, não havendo, por ora, elementos suficientes para se afastar a presunção de regularidade que gozam os atos administrativos. Também não se vislumbra perigo de dano ao resultado útil do processo já que não há prova de dano irreparável.*

Assim, decidida corretamente a questão, a r. decisão agravada deve ser mantida tal qual proferida.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – SERVIDOR MUNICIPAL DE SANTOS – AÇÃO ANULATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – EXONERAÇÃO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO – Pretensão inicial do servidor voltada à anulação da sua exoneração do cargo de guarda municipal, sob o argumento de que se encontra apto para o trabalho, de modo que pleiteia sua reintegração aos quadros da Prefeitura de Santos – decisão agravada que indeferiu a tutela de urgência, ante a ausência de elementos suficientes para afastar a presunção de legitimidade do ato administrativo impugnado, sob o fundamento de que o tema necessita de prévio contraditório – em que pese ser latente o risco de demora inerente ao provimento jurisdicional (periculum in mora), não restou evidenciada a probabilidade do direito deduzido em Juízo (fumus boni iuris) – necessidade de dilação probatória – presunção de legalidade dos atos administrativos – decisão agravada mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2186402-34.2018.8.26.0000; Relator (a): **PAULO BARCELLOS GATTI**; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/10/2018; Data de Registro: 19/10/2018).

Agravo de Instrumento – Antecipação de tutela – Ação de Reintegração no cargo Servidor Público Municipal – Antecipação indeferida pelo Magistrado de Primeiro Grau – Recurso do autor – Desprovimento de rigor. Ausência dos requisitos autorizadores da concessão da medida liminar pleiteada pelo agravante – Fumaça do bom direito, prova

Acesso ao Sumário

inequívoca e verossimilhança das alegações – Não demonstração – Matéria controvertida (adequação das medidas impostas) que demandará aprofundada análise da situação fático-jurídica – Impossibilidade em sede de cognição sumária – Questões suscitadas por ambas as partes que deverão ser apreciadas pelo Magistrado de Primeiro Grau sob pena de indevida supressão de instância. Decisão mantida – Recurso desprovido. (TJSP. Agravo de Instrumento 2219048-39.2014.8.26.0000. 6ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. **SIDNEY ROMANO DOS REIS**, j. 02/03/2015).

Ante o exposto, pelo meu voto, ***nego provimento ao presente agravo de instrumento.***

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2150644- 91.2018.8.26.0000, da Comarca de Mirandópolis, em que é agravante ANSELMO MAÇARIA, 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 39.435)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL PETRONI NETO (Presidente sem voto), PAULO ALCIDES e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 6 de dezembro de 2018.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANOS AMBIENTAIS – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PRETENSÃO DE QUITAR A OBRIGAÇÃO IMPOSTA POR MEIO DO PAGAMENTO DO VALOR INDENIZATÓRIO, ARBITRADO EM CARÁTER SUBSIDIÁRIO – IMPERTINÊNCIA – REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL QUE DEVE LEVAR À EQUIVALÊNCIA DA SITUAÇÃO ANTERIOR AO DANO PERPETRADO – RECONHECIMENTO – DECISÃO MANTIDA –

Acesso ao Sumário

RECURSO NÃO PROVIDO. Considerando que a pretensão de quitar a obrigação imposta por meio do pagamento do valor arbitrado a título de indenização é de natureza subsidiária e só admitida quando a restauração da área degradada "in natura" não seja viável, fática ou tecnicamente, bem como o fato de que a reparação do dano ambiental deve, invariavelmente, conduzir o meio ambiente a uma situação equivalente, na medida do que for praticamente possível, àquela anterior ao dano, podendo haver compensação, frise-se, em relação às degradações ambientais que se mostrarem irreversíveis, sendo que, à espécie, não restou demonstrada a impossibilidade de ser regenerada a área degradada e que, ainda, figurou o agravante como possuidor da área objeto da ação, de rigor a manutenção da decisão agravada. Recurso não provido.

VOTO

Inconformado com a r. decisão que, nos autos da ação civil pública ambiental ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, ora em fase de cumprimento de sentença, determinou que fosse cumprida a obrigação de fazer imposta na sentença condenatória, voltada à recomposição da cobertura vegetal da área degradada (plantio de 425 exemplares arbóreos nativos regionais em área equivalente a 0,255ha), sob pena de aplicação da multa diária fixada, agrava por instrumento o réu **ANSELMO MAÇARIA**.

Alega, em síntese, que por não ser o proprietário da área, fato que já restou demonstrado nos autos, pretende recolher o valor indenizatório imposto de forma subsidiária para cumprir a obrigação imposta, acrescido de seus consectários legais a partir de 15 de março de 2013, o que foi feito mediante depósito judicial, sendo que bastaria qualquer motivo para que fosse demonstrada a impossibilidade de cumprimento da obrigação de recompor a cobertura vegetal e culminasse, assim, na conversão da obrigação inadimplida em perdas e danos no valor de R$ 4.752,95, tudo a ensejar, pois, o provimento recursal.

O efeito suspensivo requerido foi negado (fl. 40). O agravado ofertou contraminuta às fls. 48/50 e o MM. Juízo *a quo* ofertou as informações solicitadas (fls. 54/55), tendo a douta Procuradoria de Justiça, por sua vez, apresentou seu parecer às fls. 58/61, com preliminar de não conhecimento do recurso.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Acesso ao Sumário

De proêmio, não há que se falar em intempestividade do recurso, porquanto a decisão ora atacada é mesmo a acostada à fl. 36 destes.

Quanto ao mais, conforme se depreende dos autos, trata-se de ação civil pública ambiental ajuizada pelo Ministério Público, ora em fase de cumprimento de sentença, tendo sido o réu, ora agravante, condenado ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em recompor a cobertura vegetal da área degradada, promovendo o replantio de 425 exemplares arbóreos nativos regionais, em área equivalente a 0,255ha, além de se abster de produzir novos danos ambientais no imóvel e, em caso de impossibilidade de cumprimento, a indenizar os danos ambientais que se mostrarem técnica e absolutamente irrecuperáveis, já liquidados em R$ 4.752,95, acrescidos de seus consectários legais, a partir de 15.05.2013, sob pena de multa diária.

Iniciada a fase de cumprimento de sentença, após ter sido intimado, o réu pleiteou a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos como forma de cumprir a obrigação de fazer imposta, tendo procedido ao depósito judicial de R$ 6.310,63 (fls. 24/25 destes), tendo a MM. juíza *a quo*, na esteira do entendimento exarado pelo Ministério Público, indeferido tal pleito, o que deu ensejo ao presente recurso.

Não tem razão o agravante, como se verá.

Ora, tal como decidido, a pretensão de quitar a obrigação imposta por meio do pagamento do valor arbitrado a título de indenização é de natureza subsidiária, isto é, só pode ser admitida quando a restauração da área degradada "in natura" – replantio de 425 exemplares arbóreos nativos regionais, em área equivalente a 0,255ha – não seja viável, fática ou tecnicamente.

Além disso, como sabido, a reparação do dano ambiental deve, invariavelmente, conduzir o meio ambiente a uma situação equivalente, na medida do que for possível, àquela anterior ao dano, podendo haver compensação, frise-se, em relação às degradações ambientais que se mostrarem irreversíveis.

"In casu", todavia, não restou demonstrada a impossibilidade de ser regenerada a área degradada, além de ter figurado o agravante como possuidor da área objeto da ação, razão pela qual é impertinente a pretensão de cumprir a obrigação de fazer imposta por meio do pagamento da indenização, sendo de rigor, pois, a manutenção da decisão agravada.

Posto isto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

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

2190657-35.2018.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante APARECIDO RAMALHO DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado 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: Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencido o 2 º juiz, que declarará, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.442)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 29 de novembro de 2018.

OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – ICMS – Inconformismo diante de decisão que indeferiu pleito de tutela antecipada, consistente na suspensão da exigibilidade do ICMS incidente sobre tarifas "TUST" e " TUSD" no serviço de fornecimento de energia elétrica – Ausência dos requisitos legais indispensáveis à concessão da medida, notadamente a plausibilidade do direito invocado – Inteligência do *caput* do art. 300 do NCPC – Ausência de motivo para reforma da decisão proferida, que não se mostra ilegal ou teratológica.

Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento, com pedido de tutela antecipada recursal, interposto contra a decisão copiada a fls. 39/41, proferida nos autos de Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito, que indeferiu o pedido de tutela provisória, seja de urgência, seja de evidência, sob o fundamento de ausência de probabilidade do direito, bem como de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

O agravante alega, em síntese, que em sua conta de energia elétrica vêm sendo cobrados indevidamente valores de ICMS, referentes aos sistemas de distribuição e transmissão de energia elétrica (TUST e TUSD). Aduz, ainda, que a energia elétrica sempre foi considerada mercadoria, de maneira que o tributo pode incidir sobre ela, mas não sobre serviços de distribuição e transmissão.

Em sede de análise preliminar, foi indeferida a tutela antecipada pretendida

Acesso ao Sumário

(fls.47/48).

Decorreu *in albis* o prazo para contraminuta (fls. 24).

É o relatório do necessário.

O recurso não comporta provimento.

O presente agravo de instrumento aborda precipuamente matérias que não podem ser analisadas no âmbito cognitivo restrito deste recurso, sob pena de supressão de instância.

Assim, limitar-se-á o voto à prestação da tutela jurisdicional a respeito da reforma da decisão agravada.

Dispõe o art. 300 do Novo CPC, 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.

Na espécie, verifica-se que tais pressupostos não restaram devidamente demonstrados.

Consoante se infere da r. decisão agravada:

"No julgamento do REsp 1.163.020, pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Min. Gurgel de Faria, decidiu-se pela regularidade da cobrança.

Colocou o ilustre relator que não é possível fazer a divisão de etapas do fornecimento de energia para fins de incidência do ICMS. Ele explicou em seu voto que a base de cálculo do ICMS em relação à energia elétrica inclui os custos de geração, transmissão e distribuição.

Acrescentou que a incidência do ICMS sobre todo o processo de fornecimento de energia é a regra para o consumidor simples. Também anotou sobre o impacto financeiro que a exclusão da TUSD da base de cálculo do ICMS poderia ter para os Estados.

(...)

Insustentável, assim, a presença dos requisitos do artigo 311 do CPC, que trata da tutela de evidência. Ao contrário, o que impera, neste momento, sobre "tese firmada em julgamento", é a reportada decisão do STJ pela possibilidade da cobrança.

E eventual reversão, em última instância, de uma tutela provisória, implicaria a obrigação do consumidor pagar o período no qual ficou dispensado por decisão judicial; implicaria se reconhecer que em tal período (de não pagamento) houve indevida perda de receita tributária pelo ente público.

E também não se autoriza a concessão de tutela de urgência, pela ausência de demonstração, pelo já discorrido, de evidência da probabilidade do direito, assim como por não se tirar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo".

Acesso ao Sumário

E realmente, em sede de cognição sumária, não é possível extrair um juízo de convicção acerca da plausibilidade do direito invocado. Há fundada controvérsia atinente à questão de direito, qual seja, a incidência do ICMS exclusivamente sobre o valor pertinente à mercadoria (energia elétrica). Não fosse suficiente, inexiste perigo de dano, porquanto a situação que se pretende modificar é remota.

Não se vislumbra, portanto, motivo para desconstituição da r. decisão impugnada, que não encerra solução teratológica ou ilegal.

Impende aguardar o julgamento da lide, quando, à luz do contraditório e após instrução, a pretensão será analisada com a devida profundidade, subsistindo, por ora, a presente situação.

Atente-se, nesse sentido, para a suspensão do feito, determinada pelo juízo *a quo*, por conta do decidido no IRDR n° 2246948-26.2016.8.26.0000.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, mantida a r. decisão tal como proferida.

Eventuais recursos que sejam apresentados deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser manifestada no momento da interposição dos referidos recursos.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 53.816)

1. Adoto o relatório elaborado pelo eminente Des. OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

2. O egrégio Superior Tribunal de Justiça decidiu afetar o REsp 1.163.020 à sistemática de recurso repetitivo, e, em consequência, determinar a **suspensão**, em todo o território nacional, dos processos pendentes, que versem "inclusão da Tarifa de Uso do Sistema Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS".

Acesso ao Sumário

3. Ressalta-se que eventual óbice ao prosseguimento da demanda não atinge, todavia, a liminar eventualmente concedida na origem, uma vez que as medidas de urgência conservam sua eficácia durante o sobrestamento do feito, salvo decisão judicial em sentido contrário, nos termos do parágrafo único do art. 296 do Código de processo civil.

É que a tutela de urgência pode ser concedida a qualquer tempo, desde que se verifique a probabilidade do direito e o perigo de dano ou de ineficácia da tutela jurisdicional ao fim do processo.

Nos casos em que presentes os requisitos para a concessão das tutelas de

urgência, a parte não pode ser prejudicada pelo julgamento de recursos sob a sistemática do art. 1. 036 e seguintes do *Codex* processual, sendo possível não somente a manutenção daquelas concedidas antes da suspensão do processo, mas também o deferimento, enquanto sobrestada a demanda, das medidas necessárias para assegurar o resguardo e a obtenção do direito objeto do feito.

4. Almeja o agravante a concessão da tutela de urgência para cessar a cobrança do Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços - Icms incidente sobre o valor das Tarifas de uso do sistema de transmissão - Tust e Distribuição - Tusd de energia elétrica e Encargos de uso do sistema de distribuição - Eusd.

Ora, a norma inscrita no art. 155 da Constituição federal trata da competência dos Estados e Distrito federal para instituir impostos, dispondo que:

"Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

III - propriedade de veículos automotores.

O Superior Tribunal de Justiça solidou o entendimento de que não deverá incidir Icms sobre o montante cobrado a título das tarifas Tust e Tusd nas faturas de energia elétrica, visto não haver efetiva circulação de mercadorias, nem se tratar de hipótese diversa ao abrigo da norma constitucional (cf. AgInt no REsp 1687596, j. 16 -11 -2017; Ag Int no Ag Int no AREsp 1036246, j. 10 -10 -2017; Ag Rg no REsp 1 .075.223, j. 4-6-2013 ; AgRg no REsp 1359399, j. 11-6-2013 ; AgRg nos EDcl no REsp 1267162, j. 16-8-2012).

Deste modo, avista-se a probabilidade do direito almejado pelo ora agravante, consistente na exclusão da base de cálculo de Icms do valor correspondente às tarifas Tust e Tusd, bem como o perigo de dano na hipótese de alterar-se o r. *decisum* de origem nesse ponto.

NOS TERMOS EXPOSTOS, pelo meu voto, dava provimento ao agravo manejado por Aparecido Ramalho da Silva, para, em âmbito acautelatório, ordenar a cessação da cobrança do Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços - Icms incidente sobre o valor das Tarifas de uso do sistema de transmissão - Tust e Distribuição - Tusd de energia elétrica e dos Encargos de uso do sistema de distribuição - Eusd, consignando-se que o processo deve ficar suspenso até solução do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo n. 2246948-26.2016. 8.26.000 e do REsp 1.163.020 - STJ (autos de origem nº 1013503-56.2018 da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Presidente Prudente).

É como voto.

Acesso ao Sumário

RICARDO DIP, Desembargador, Segundo Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2177041- 90.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante GULLANE ENTRETENIMENTO S.A., é agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.489)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente) e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2019.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – Município de São Paulo – Insurgência contra decisão que indeferiu o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário - Incidência do tributo sobre valores recebidos por serviços de produção de filmes – Atividade não contemplada pelo item 13.03 da lista de serviços – Cabimento da concessão da tutela de urgência para que a Municipalidade-requerida se abstenha de exigir, da ora agravante o recolhimento do ISS, pelas suas atividades, sob o código 06807, bem como de impedir, ao pretexto de que o tributo deva ser pago sob esse código, a emissão de CND ou certidão positiva com efeito de negativa – Precedentes jurisprudenciais – Agravo provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que nos autos da ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária ajuizada pela ora agravada, indeferiu a liminar pleiteada com vistas à suspensão da exigibilidade do ISS sobre os

serviços de produção, gravação e distribuição de filmes e vídeos. Insiste no cabimento da liminar para esse fim, nesse sentido expondo, em síntese: pretende a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que tenha por objeto a incidência de Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISSQN sobre as atividades de produção cinematográfica, tendo em vista a inexistência de hipótese de incidência do ISSQN, fixado no art. 1º, da Lei Complementar nº 116/2003; a cobrança é ilegal, inconstitucional e abusiva, pois, fere, indubitavelmente, o artigo 150, inciso I da Constituição Federal, que impõe a observância do princípio da legalidade para a matéria tributária; cinematografia não se confunde com produções cinematográficas, eis que as produções de obras audiovisuais vão muito além do serviço de cinematografia; a atividade de produção cinematográfica vai muito além da cinematografia, que é, em verdade, uma técnica de projeção de imagem, conforme já indicado na inicial.

Regularmente processado, não se registrando resposta.

É o relatório.

Comporta provimento o recurso.

Pretende a agravante a declaração de inexistência de relação jurídico tributária que tenha por objeto a incidência do ISSQN, sobre as atividades de produção cinematográfica, que, segundo sustenta, não se confundem com a produção cinematográfica.

Fundou-se o pedido de antecipação formulado pela produtora-agravante na assertiva de que a Municipalidade-agravada, a pretexto de tributar os serviços que serão realizados pela agravante, faz analogia entre atividade de produção de filmes, por ela realizada, com a cinematografia, prevista pelo item 13.03 da LC 116/03.

Não cabe, no recesso do presente recurso, por razões óbvias, adiantar um pronunciamento definitivo em torno do mérito da questão de direito que se coloca.

Entretanto, a adoção do item 13.03 para a tributação da atividade de produção, gravação e distribuição de filmes, *data vênia*, não contorna o veto presidencial ao item 13.01, até porque, com isso, admitir-se- ia, indevidamente, analogia com serviço deliberadamente excluído da lista anexa.

Vale acrescentar que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar sobre a matéria no âmbito do REsp 1.308.628/RS (1ª Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, v.u., publicado no DJ de 02.08.2012) deixando registradas importantes diferenças entre as atividades, concluindo que "*a atividade de cinematografia não equivale à produção de filmes",* sendo a produção cinematográfica *"uma atividade mais ampla*".

Assim, em uma análise perfunctória das questões enfeixadas nos autos, pretende a Municipalidade a incidência do tributo sobre atividades que, embora

Acesso ao Sumário

possuam nuances que as aproximam, são diversas e não permitem, para fins de incidência, interpretação extensiva.

Como se observa, portanto, no plano da verossimilhança das alegações a ora recorrente encontra-se suficientemente amparada.

Embora não seja o caso, aqui, de conceder-se a suspensão da exigibilidade de créditos que ainda não foram constituídos, de rigor, a concessão da tutela de urgência para que a Municipalidade-requerida se abstenha de exigir, da ora agravante o recolhimento do ISS, pelas suas atividades, sob o código 06807, bem como de impedir, ao pretexto de que o tributo deva ser pago sob esse código, a emissão de CND ou certidão positiva com efeito de negativa.

Faço-o atento à relevância das razões da agravante, alvitrando a respeito, o decidido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no âmbito do AgInt no REsp 1627818/DF (1ª Turma, Relator Ministro Gurgel de Faria, v.u., publicado no DJ de 06.04.2017).

Para os fins enunciados, em suma, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2264252-67.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante DIVA PREVIDELLO AGUIRRA, é agravado SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV.

ACORDAM, em 10ª 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 6.325)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente) e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2019.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: SERVIDORA ESTADUAL. Adicional por tempo de serviço. Base de cálculo. Vencimentos integrais. Constituição do Estado, art. 129. Diferenças. Suspensão do processo. – 1. Agravo. Cabimento. A decisão que suspende o processo em razão da existência de incidente de resolução de demandas repetitivas, admitido e com determinação de

suspensão dos processos pendentes, não se enquadra nas hipóteses do art. 1.015 do CPC; mas a restrição deve ser interpretada com cuidado. O art. 1.015 do CPC restringe o cabimento do agravo porque, no novo sistema, as decisões não precluem e podem ser revistas na fase recursal; mas deixou sem solução as decisões que, pela natureza, não comportam exame em fase posterior. O juiz suspendeu o processo no aguardo de uma decisão em incidente de resolução de demandas repetitivas; essa decisão jamais será revista na fase recursal (o fundamento do novo sistema), pois em algum momento o processo será julgado e a suspensão, ultrapassada, não ensejará nova impugnação. A conclusão é que podem ser conhecidos pelo tribunal, além das hipóteses indicadas no art. 1.015 do CPC, os agravos que se voltem contra decisões que por sua natureza não permitirão revisão em segundo grau e que justifiquem, pelo reflexo no processo, conhecimento imediato. Conheço do agravo. 2. Suspensão. O IRDR nº 2117375-61.2018.8.26.0000, Tema nº 22, não cuida da matéria aqui tratada (incidência do adicional por tempo de serviço sobre os vencimentos integrais), que nada tem a ver com a supressão de décimos incorporados na forma do artigo 133 da Constituição Estadual, após a promoção do servidor. Não há razão para a suspensão nem para negar à autora o processamento e julgamento de seu pedido. – Processo suspenso. Agravo provido para afastar o óbice indicado pelo juiz.

VOTO

1. Trata-se de agravo interposto contra a decisão de fls. 48/49 e 54 (da origem), que manteve a suspensão do processo, nos termos do Tema 22 do TJ – IRDR nº 2117375-61.2018.8.26.0000, por entender que o julgamento pode repercutir no caso concreto. A agravante alega que o recurso tem fundamento no art. 1.037, § 13 do CPC; o feito originário discute o direito da autora ao recálculo do adicional por tempo de serviço, de forma que passe a incidir sobre a totalidade das verbas percebidas em holerite, ao passo que o IRDR nº 2117375-61.2018.8.26.0000 diz respeito à indevida supressão dos décimos do art. 133 CE das folhas de pagamento de servidores promovidos; trata-se de questões distintas, não se justificando a suspensão do processo. Pede o provimento do

Acesso ao Sumário

agravo para determinar o prosseguimento da lide.

É o relatório.

2. A decisão que suspende o processo em razão da existência de incidente de resolução de demandas repetitivas, admitido e com determinação de suspensão dos processos pendentes, não se enquadra nas hipóteses do art. 1.015 do CPC; mas a restrição deve ser compreendida em seus termos. O código anterior restringiu o cabimento do agravo de instrumento e determinou que o inconformismo fosse veiculado em agravo retido nos autos, para evitar a preclusão e permitir oportuna apreciação do tribunal; o art. 1.015 do código atual pretendeu facilitar e dispensou a interposição do agravo retido, pois nenhuma decisão preclui e pode ser impugnada na apelação ou contrarrazões, mas em má hora estabeleceu uma lista fechada para a vinda imediata ao tribunal; e digo em má hora porque a experiência anterior da lei processual de 1939 indicava a impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses que pudessem justificar a interferência imediata do tribunal.

Se essa é a lei, é preciso interpretá-la para não fugir à sua finalidade nem estendê-la a situações não previstas, como é o caso dos autos. O juiz suspendeu o processo no aguardo do julgamento do IRDR nº 2117375-61.2018.8.26.0000, Tema nº 22. Duas peculiaridades chamam a atenção: uma, não há previsão do julgamento, a aumentar o ônus da parte; outra e principal, essa decisão jamais será revista na fase recursal (o fundamento do novo sistema), pois em algum momento o processo será julgado e a suspensão, ultrapassada, não ensejará nova impugnação. A conclusão é que podem ser conhecidos pelo tribunal, além das hipóteses indicadas no art. 1.015 do CPC, os agravos que se voltem contra decisões que por sua natureza não permitirão revisão em segundo grau e que justifiquem, pelo reflexo no processo, conhecimento imediato. Conheço do agravo, por tais motivos.

3. Conhecido, o agravo merece provimento; o IRDR nº 2117375-61.2018.8.26.0000, Tema nº 22, não cuida da matéria aqui tratada (incidência do adicional por tempo de serviço sobre os vencimentos integrais), que nada tem a ver com a supressão de décimos incorporados na forma do artigo 133 da Constituição Estadual, após a promoção do servidor. Não há razão para a suspensão nem para negar à autora o processamento e julgamento de seu pedido.

O voto **é pelo provimento do agravo** para afastar o óbice indicado pelo juiz, que determinará o que for pertinente. Faculto às partes oporem-se, em igual prazo, ao julgamento virtual de recurso futuro.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2233564-25.2018.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, são agravados PONTOCOM INFORMÁTICA DE JUNDIAÍ LTDA., RAFAEL MENDES PEREIRA CAPOVILA e RONEI ANTONIO CAPOVILA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.854)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente), RODRIGUES DE AGUIAR e EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

SILVA RUSSO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – Taxa (manutenção cadastro) – Exercícios de 2008 a 2011 – Município de Jundiaí – Pedido de redirecionamento da execução para o sócio-gerente – Determinação de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 135 do CPC – Descabimento – Possibilidade no caso de a empresa executada não ser localizada no endereço onde deveria funcionar – Configurada a presumida dissolução irregular da sociedade empresária, possível o redirecionamento da execução para o sócio – Incidência do art. 135 do CTN e do enunciado da Súmula 435 do E. STJ – Desnecessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos artigos 133 a 137 do vigente Código de Processo Civil – Enunciados 53 da ENFAM e 6º do Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (Forexec) – Decisão reformada – Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão reproduzida à fl. 31, a qual entendeu pela necessidade de citação dos sócios da agravada para que se possa comprovar a configuração dos requisitos

legais para a desconsideração da pessoa jurídica, buscando o agravante, nesta sede, a reforma do julgado, em suma, sustentando a aplicabilidade dos artigos 121, II; e 135, inciso III, ambos do Código Tributário Nacional , bem como dos enunciados de Súmulas nº 435 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nº 53 da ENFAM e nº 06 do FOREXEC.

Recurso tempestivo, isento de preparo, processado com a concessão parcial do efeito suspensivo (fls. 52/53) e não respondido nos termos da certidão de decurso de prazo (fl. 56).

É o relatório.

Distribuída a execução fiscal e determinada a citação da sociedade agravada, este ato processual restou infrutífero, tendo em vista que executada "*encerrou suas atividades no local há mais de 10 anos, segundo informação prestada pela proprietária do imóvel*", nos termos da certidão do Oficial de Justiça de fl. 26.

A municipalidade requereu a inclusão dos sócios da agravada no polo passivo da execução fiscal, nos termos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional e do enunciado de Súmula 435 do E. STJ, tendo em vista que a empresa encerrou irregularmente suas atividades (fls. 27/30).

O d. Juízo *a quo* entendeu que para a apreciação do pedido de inclusão dos sócios da agravada no polo passivo da demanda seria imprescindível, nos termos do artigo 135 do CPC, a prévia citação daqueles, nos termos da r. decisão de fl. 31, da qual ora se agrava.

A r. decisão recorrida deve ser reformada.

De início, cumpre destacar que o enunciado da Súmula nº 435 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça dispõe que se presume dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando- se, assim, o redirecionamento da execução fiscal para os sócios.

Conforme se observa dos autos, notadamente pela certidão de mandado de citação negativa de fl. 26, extrai-se que a sociedade empresária deixou de funcionar no endereço que consta no cadastrado da prefeitura municipal, bem como daquele inserto na ficha cadastral simplifica emitida pela Jucesp (fls. 15/19 e 30).

Com efeito, o fato narrado pelo Sr. Oficial de Justiça (fl. 26) subsume-se à regra contida no artigo 135, inciso III, do CTN, bem como ao entendimento exposto na aludida súmula, razão pela qual o pedido de redirecionamento da execução fiscal para os sócios da agravada é medida que se impõe.

Por certo que o Código de Processo Civil de 2015 prevê o incidente de desconsideração da personalidade jurídica em seus artigos 133 a 137.

Ocorre que o entendimento prevalecente indica que nos casos de redirecionamento da execução fiscal não se faz necessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no vigente diploma legal processual civil.

Nesse sentido é o enunciado 53 do ENFAM:

"O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015.

Ainda, o enunciado 6º do Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (Forexec):

"A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015."

Nos presentes autos, a empresa executada não foi localizada no endereço onde deveria estar funcionando. Assim, a dissolução irregular da empresa restou configurada e, como visto, não há necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no Código de Processo Civil de 2015 para a comprovação do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial, sendo cabível o imediato redirecionamento da execução fiscal para os sócios.

Ante o exposto, dá-se provimento ao presente recurso, com observação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2229951- 94.2018.8.26.0000, da Comarca de Lençóis Paulista, em que é agravante GABRIELA SOUZA DOS SANTOS ALVES, é agravado MUNICÍPIO DE LENÇÓIS PAULISTA.

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 do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.173)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente sem voto), CARLOS VON ADAMEK e VERA ANGRISANI.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2019.

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA ANTECIPADA. Autora que pretende realizar o procedimento de laqueadura junto com o parto do terceiro filho. Lei nº 9.263/96 que trata do planejamento familiar e prevê que o SUS deverá promover cirurgia para controle de fecundidade. Agravante que se enquadra no requisito legal. Decisão reformada. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de liminar (fls. 01/04) interposto por Gabriela Souza dos Santos Alves contra a r. decisão de fls. 25 que indeferiu liminar para realização de procedimento de laqueadura juntamente com o parto.

Sustenta a Agravante, em síntese, que a r. decisão deveria ser reformada, pois já possui dois filhos e pretende fazer a laqueadura no momento do parto.

Foi deferida a antecipação da tutela às fls. 27/28 para realização da laqueadura juntamente com o parto, caso o parto não tenha ocorrido.

As fls.50 dos autos originais há ofício do Hospital comunicando a realização do procedimento da laqueadura juntamente com o parto.

É o relatório.

1. Trata-se de ação de obrigação de fazer ajuizada pela Agravante em face do Município de Lençóis Paulista sob alegação da necessidade de realização de laqueadura no momento do parto do terceiro filho.

Não foi concedida a liminar pelo juízo *a quo* (*fls.25*).

Daí a insurgência manifestada neste recurso.

2. Consta nos autos que a agravante tem 22 anos e já tem dois filhos (fls. 07 e 09 dos autos originais) e já sofreu um aborto (fls. 11), e no momento, está aguardando o parto do terceiro.

Já manifestou interesse na cirurgia no prazo legal (fls. 11/12 dos autos originais), bem como apresentou declaração assinada pela própria agravante no processo (fls. 14).

A lei nº 9.263/96 que trata do planejamento familiar e prevê que o SUS deverá promover cirurgia para controle de fecundidade, determinando em seu art. 10, I:

> Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997) I - em homens e mulheres com capacidade civil

Acesso ao Sumário

plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

Deste modo, como se vê, a lei coloca que deverá a interessada ter mais de 25 anos ou dois filhos.

A agravante se enquadra no requisito legal, pois apesar de ter 22 anos, já tem duas filhas e já sofreu um aborto, estando a esperar o parto do terceiro filho.

Faz jus ao procedimento.

Evidente a urgência, para aproveitamento do mesmo ato cirúrgico (parto e laqueadura).

3. Note-se que, conforme o andamento do processo original, a liminar foi cumprida (fls. 50 dos autos).

Isto posto, **conheço e dou provimento ao recurso** para confirmar a liminar de fls. 27/28 destes autos (determinando a realização da laqueadura juntamente com o parto).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2007691-70.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante TEREZA DA SILVA SOUZA, é agravado INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO - IPREM.

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 28.218)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2019.

JEFERSON MOREIRA DE CARVALHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "AGRAVO DE INSTRUMENTO – Decisão agravada que determinou a suspensão do feito até que

seja pacificada a questão da aplicação da Lei 11.960/09 – Possibilidade – Determinação de suspensão expressa pelo Superior Tribunal de Justiça – Decisão mantida – Recurso desprovido"

VOTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto por **TEREZA DA SILVA SOUZA** contra decisão que, em ação de concessão de benefício de pensão por morte, em face do **INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - IPREM**, determinou, até que seja pacificada a questão da aplicação da Lei 11.960/09 em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, que permaneça o processo suspenso até que o Pretório Excelso aprecie os embargos de declaração e indique o caminho a seguir.

Inconformada, busca a agravante a reforma da decisão agravada a fim de que determine o imediato curso do cumprimento de sentença.

O recurso processou-se sem a outorga do efeito pretendido (fls. 12/13). Houve apresentação de contraminuta (fls. 55/56).

Vieram os autos para julgamento.

RELATEI.

À luz da decisão do Ministro Luiz Fux no tema 810, houve a concessão de efeito suspensivo aos embargos de declaração das Fazendas Públicas, nos seguintes termos:

Assim, por uma questão de pragmatismo e praticidade, evitando que o processo se arraste por mais tempo, diga a parte exequente se renuncia à quantia que excede o valor incontroverso, pondo fim à demanda e possibilitando a expedição do precatório ou RPV, com aplicação da Lei n. 11.960/2009, como postula a Fazenda Pública. No silêncio, ou discordante, ***DETERMINO, até que seja pacificada a questão em definitivo pelo E. STF., que permaneça o processo suspenso até que o Pretório Excelso aprecie os embargos de declaração e indique o caminho a seguir.*** (g.n)

Desta forma, a decisão agravada agiu em plena consonância com a decisão do Superior Tribunal Federal proferida em repercussão geral, razão pela qual deve ser mantida tal qual lançada.

Ocorrendo isto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos supramencionados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2226011-24.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravada TEREZINHA DOS SANTOS RAMOS.

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 31.880)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO FARIA (Presidente sem voto), JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR e LEONEL COSTA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2019.

PERCIVAL NOGUEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA DE URGÊNCIA – Regularização de galeria pluvial – Insurgência – Viabilidade técnica para execução da obra que poderá a vir ser cobrada dos munícipes beneficiados – Presença dos requisitos do art. 300 do CPC – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em razão da r. decisão de fls.442, que nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada pela agravada Terezinha dos Santos Ramos contra o agravante Município de São Paulo, deferiu o pedido de tutela provisória de urgência consistente na obrigatoriedade do requerido em proceder as obras necessária à regularização da galeria pluvial, no prazo de cento e vinte dias.

Insurge-se o recorrente contra a decisão argumentando, em síntese, que obras públicas sem prévio planejamento podem gerar aos cofres públicos e à população prejuízos inestimáveis. Alega que não há projeto básico ou executivo para a interferência no local. Requer seja o recurso provido afastando-se a obrigatoriedade da realização da obra no local.

Contraminuta a fls. 463/471. A decisão recorrida segue transcrita:

"Vistos. Inicialmente, observo que o feito fora distribuído a este Juízo em 06/09/2013, ou seja, há mais de 05 (cinco) anos. A situação, conforme descrita no laudo pericial e esclarecimentos requer imediata intervenção do

Acesso ao Sumário

Poder Judiciário. Nessa quadra, observando-se a informação de agente da Municipalidade de São Paulo (fls. 346), há a viabilidade técnica para a execução da galeria, dependendo de entraves burocráticos. Outrossim, ainda que a Urbe informe que a área da galeria pluvial é "non aedificandi", os demais imóveis e logradouros públicos são dotados de coleta de águas pluviais e de esgoto. Não se justifica, pois, a demora na regularização da situação, sendo certo que, em caso de improcedência da ação, a Municipalidade de São Paulo é dotada de instrumentos para a cobrança dos serviços públicos para a regularização da galeria pluvial. Isto posto, defiro o pedido de tutela provisória de urgência para que a Municipalidade de São Paulo proceda as obras necessárias à regularização da galeria pluvial, sendo certo que, em caso de se verificar a existência de ligações clandestinas de esgoto, a corré SABESP deverá providenciar o ligamento à rede de coleta de esgotos. Por fim, observo que, a bem do princípio da moralidade e economicidade, as corrés deverão proceder em trabalho conjunto, comprovando-se nos autos. Fixo o prazo para o término das obras em 120 (cento e vinte) dias. Intime-se com urgência. Int."

É o relatório.

A questão proposta em sede deste agravo de instrumento se reveste na possibilidade ou não da concessão da tutela de urgência.

E sobre o tema, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos de probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Assim, tanto para a tutela cautelar como para a tutela antecipada, espécies de tutela de urgência, exige-se o convencimento do juiz a respeito da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito alegado.

No caso em exame, *prima facie*, tais requisitos estão presentes, conforme art. 300 do CPC. Embora arguido pela Municipalidade a questão sobre ausência de projeto e onerosidade ao erário público, observa-se do exame dos autos que a lide foi proposta há mais de cinco anos, além do fato de que o serviço público poderá ser cobrado dos munícipes beneficiados com a regularização da galeria pluvial.

Acesso ao Sumário

Destarte, sem adentrar ao mérito da ação, observa-se que a decisão hostilizada encontra fundamento na viabilidade técnica para a execução das obras e que a inércia da municipalidade esbarra em entraves burocráticos.

Some-se ainda ao fato da responsabilidade solidária da SABESP para a regularização da galeria pluvial.

Ante o exposto, meu voto **nega provimento ao recurso.**

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007365-13.2018.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante RAQUEL DE JESUS SIQUEIRA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE OSASCO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.193)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente), RENATO DELBIANCO e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO. Ação mandamental visando combater o ato de exoneração perpetrado pela Administração Pública. Impetrante que teve sua posse garantida por liminar, revogada posteriormente com a denegação da ordem. Exoneração que decorre da improcedência da ação tendo em vista a ausência de requisitos constante no edital do certame. Legalidade do ato administrativo de exoneração. Sentença mantida. Recurso não provido.

VOTO

I- Trata-se de mandado de segurança impetrado por **RAQUEL DE JESUS SIQUEIRA** contra ato da **PREFEITURA DE OSASCO**, que reputa ilegal e abusivo pretendendo a concessão da ordem a fim de que a Autoridade Coatora reintegre-a em suas funções como enfermeira em razão de aprovação em concurso público.

A sentença de fls. 58/59 julgou improcedente o pedido e denegou a segurança. Sem honorários.

Recorre a impetrante visando à inversão do resultado da demanda (fls. 61/66).

Apresentação de contrarrazões (fls. 69/73). A d. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fl. 77. Não houve oposição ao julgamento virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

II- Bem examinados os autos, no mandado de segurança sob o n.º 1010192.31.2017.8.26.0405, impetrado perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Osasco, a impetrante discutiu seu direito à nomeação e posse, em liminar, foi garantido o direito a reserva de vaga, todavia, no mérito, sob o entendimento de que a "impetrante precisava ter, na data da posse, seis meses de comprovada experiência no cargo de enfermeira obstétrica. O documento de fls. 160 fala da experiência da impetrante como obstetriz, não como enfermeira obstétrica. O documento de fls. 161 fala da experiência como a necessária aqui, mas não totalizava seis meses na data da posse. O documento de fls. 162 corrobora fls. 161. Assim, necessário dizer que a impetrante não tinha, realmente, a experiência necessária no momento da posse. Além disso, correto o argumento da PMO no sentido de que podia, sim, exigir documentos corroboradores dos anteriormente apresentados. É um direito da Administração, muito bem colocado", o pedido foi julgado improcedente.

Ademais, não há como ser admitido a não submissão de determinado candidato aos regramentos contidos no edital do certame, sob pena de flagrante violação aos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. O critério utilizado pela Administração não afronta qualquer garantia constitucional da impetrante, pois garante a isonomia entre os candidatos, e atende ao interesse público.

Desse modo, nada de irregular na conduta da autoridade impetrada.

Assim, sendo revogada a liminar com a decretação de improcedência do pedido vez que a impetrante não fazia jus a nomeação e posse no cargo pretendido, legítima a exoneração por ausência de preenchimento dos requisitos constantes no edital.

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).

Isto posto, **conhece-se e nega-se** provimento ao recurso. Sem honorários advocatícios.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000927-91.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante W. DOS R., é apelado E. DE S. P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.697)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente) e DANILO PANIZZA.

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

ALIENDE RIBEIRO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Nulidade de demissão de servidor público estadual (professor) em razão da prática de atos de violência verbal e psicológica, inclusive de caráter sexual, contra estudantes e do descumprimento de obrigações pedagógicas – Inexistência de direito à estabilidade laboral (artigo 6º, 7º e 196 da Constituição Federal e 20 da Lei Federal nº 8.213/91), dado o vínculo estatutário do impetrante – Ausência de vícios no Processo Administrativo Disciplinar – Proporcionalidade da sanção aplicada, dada a gravidade das condutas narradas – Excesso de prazo para a conclusão do processo que, na ausência de prejuízo à defesa, não causa nulidade do PAD, nos termos da Súmula nº 592 do STJ – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por W.R. em face de ato atribuído ao S.E. E.S.P. consistente na demissão do impetrante, professor estadual, a bem do serviço público, em razão da prática de atos de violência verbal e psicológica, inclusive de caráter sexual, contra estudantes e do descumprimento de obrigações pedagógicas. Visa o impetrante à obtenção de provimento jurisdicional que reconheça a ilegalidade ou, alternativamente, a desproporcionalidade da aplicação da pena em questão. Para tanto, descreve

uma série de irregularidades ocorridas ao longo de seu processo disciplinar e argumenta que sua demissão viola a garantia à estabilidade laboral a que faz referência o artigo 7º, I, da Constituição Federal, já que, na época da demissão, sofrera um AVC e se encontrava em licença.

A r. sentença de f. 578/580 denegou a segurança, sob fundamento de que a estabilidade provisória acidentária é instituto aplicável a trabalhadores submetidos ao regime da CLT, e não a servidores estatutários. Ressaltou que o acervo probatório produzido administrativamente é suficiente a confirmar a inadequação da conduta do impetrante – que, de resto, já foi condenado criminalmente pela prática de ameaças contra alunos que o haviam denunciado à diretoria da escola. Especificamente com relação aos vícios formais apontados pelo impetrante na condução de seu procedimento administrativo, ressaltou que a tipificação das condutas foi realizada de forma adequada à apresentação de defesa administrativa. Salientou, ainda, a proporcionalidade da pena aplicada e sua adequação aos parâmetros legais que regem a matéria.

Inconformado, recorre o impetrante. Argumenta que a previsão constitucional da estabilidade funcional deve prevalecer sobre a previsão estatutária, especialmente diante dos comandos do artigo 6º, 7º e 196 da Constituição Federal e 20 da Lei Federal nº 8.213/91. Afirma que a aplicação da pena de demissão é desproporcional e não poderia decorrer dos termos da portaria inaugural do procedimento, que não traria descrição adequada dos atos imputados e nem delimitação do conteúdo persecutório. Ainda nesse sentido, ressalta que as hipóteses do artigo 241 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo não justificam a demissão de servidor público que, a seu turno, somente seria autorizada nos casos descritos nos artigos 256 e 257 desse diploma. Salienta que a verificação das condutas descritas nos incisos III e XIII do artigo 241 somente poderia levar à aplicação das sanções do artigo 251, I a III. Ainda com relação à portaria inaugural de seu PAD, aponta para o fato de que a indicação genérica de violação ao artigo 256 resultou em prejuízos à sua defesa. Ressalta que os enquadramentos legais dados pela Administração Pública à sua conduta (artigos 241, I, II, III, VI, XII e XIII e 256, II) são contraditórios e excludentes entre si. Sustenta que não poderia haver tipificação de seus atos com base artigo 256, II, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, já que esse dispositivo trata especificamente da aplicação de sanções, e não da descrição de condutas irregulares praticáveis por servidores públicos. Por fim, aponta para o fato de que o processo administrativo não observou os prazos a que faz referência o artigo 283 do Estatuto e de que as provas produzidas em sede administrativa comprovam a desproporcionalidade da pena aplicada. Requer, assim, a declaração da nulidade da portaria e do procedimento administrativo dela decorrente (f. 588/601).

As contrarrazões foram apresentadas a f. 610/612.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Presentes os requisitos do artigo 1.010 do Código de Processo Civil, recebo a apelação em seus regulares efeitos.

Conforme se observa, a pretensão de que se reconheça a estabilidade laboral do impetrante tem como fundamento a afirmação de que "*a patologia impeditiva do trabalho, a qual provoca o afastamento para tratamento de saúde, coíbe, impede a demissão do empregado/servidor acidentado, conforme o inciso I, do artigo 7º, da Constituição Federal*" (f. 3). Dispõe referido artigo:

> *"Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
>
> *I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;"*

Sobre a extensão dos direitos sociais também aos servidores públicos, determina o artigo 39, § 3º, da Constituição:

> *Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.*
>
> (...)
>
> *§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir."*

Não há base constitucional, portanto, à estabilização aqui pretendida – e ressaltem-se, ainda nesse sentido, a inaplicabilidade da Lei Federal nº 8.213/91 ao caso concreto e a circunstância de que, ao contrário do afirmado na inicial, o problema de saúde do impetrante (aneurismas cerebrais múltiplos – f. 52) não se configura como acidente de trabalho.

Quanto à desproporcionalidade da sanção aplicada e aos vícios indicados nas razões recursais, verifica-se da Portaria nº 1032/2011 – CPD/PGE (6ª Unidade) (f. 434/437) que foram imputadas ao impetrante a prática dos seguintes atos:

> *"I – Praticou violência verbal e psicológica, inclusive com conotação sexual, a saber:*
>
> *- Em 2010, durante a aplicação da prova do SARESP, diante de solicitação de falar mais baixo, disse à vice-diretora M.H.O.S., diante da pais e alunos: 'Ah! Não acabou essa papagaiada?' (fls. 43);*
>
> *- Em 25/04/2011 passou a mão no joelho da aluna S.C.A.S., da (...) do Ensino Médio, quando a mesma estava deitada em um banco, a qual, por*

Acesso ao Sumário

vezes, mandou apagar a lousa, oportunidade em que fazia comentários maliciosos e inadequados, chegando, inclusive, a dirigir-lhe 'cantadas', na frente dos demais alunos da sala (fls. 21, 37, 39, 40, 67);

- Em 28/04/2011, ao ser ajudado na instalação do aparelho de vídeo pelos alunos D.M.S., E.FX e F.F.O., da (...) do Ensino Médio, perguntou-lhes se eles queriam ganhar R$ 10,00 (dez reais); com a resposta positiva do aluno D., disse-lhe: então vem fazer uma 'chupeta', colocando, na sequência, a mão em seu órgão genital (fls. 04, 07/08, 21, 23, 36, 40, 42, 50, 67);

- Diante dos fatos anteriormente relatados, passou a ameaçar de morte os alunos E.F.X., F.F.O. e D.M.S., coagindo-os a não testemunhar contra ele, dizendo-lhes, ainda, que iria incendiar a casa de D. e acabar com ele e sua família (fls. 74).

- Tais fatos deram ensejo à lavratura dos Boletins de Ocorrência registrados na Delegacia de Defesa da Mulher de Pereira Barreto, sob os nº 130/2011 e 136/2011, respectivamente, em 28/04/2011 e 05/05/2011 (fls. 05/06, 72/74).

II – Não cumpriu suas obrigações pedagógicas uma vez que:

- Não era assíduo às aulas, constantemente não comparecia às Reuniões de Pais e H.T.P.C.s; ao ser-lhe consignado falta, alterou-se com o vice-diretor da U.E., a Prof. M.H.O.S., dizendo-lhe que sempre trabalhou em escolas dirigidas por homens e nunca 'abaixou a guarda', e que não era agora, numa escola dirigida por 'perereca', que iria ter problemas (fls. 24, 40, 43);

- Recusava-se a dar explicações sobre sua disciplina (fls. 39, 41).

Tais fatos caracterizam infringência ao artigo 241, incisos, I, II, III, VI, XII, XIII e XVI e 256, inciso II, todos da Lei nº 10.261/68.

Dessa forma, está sujeito à penalidade de DEMISSÃO, prevista no artigo 251, inciso IV, da Lei nº 10.261/68, com as alterações introduzidas pela L.C. nº 942/03" (f. 434/436).

Da transcrição de referido trecho já se afasta, de plano, a afirmação de que não havia descrição adequada dos atos imputados ou da delimitação do conteúdo persecutório. Há detalhamento pormenorizado das condutas imputadas ao impetrante, inclusive com indicação das páginas do procedimento administrativo em que recolhidos os subsídios necessários à instauração do PAD.

No que se refere à tipificação das condutas, também não se sustenta a afirmação de que a violação aos deveres funcionais trazidos pelo artigo 241 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo não autoriza a aplicação de pena de demissão. Como se constata da leitura da portaria, a possibilidade de demissão do impetrante não decorre do desrespeito ao comando

do artigo 241 de maneira isolada, mas à gravidade do conjunto das várias violações aos deveres funcionais por ele praticadas.

Em outras palavras, é com base na violação dos deveres funcionais previstos nos incisos I, II, III, VI, XII, XIII do artigo 241 que se configura o "*procedimento irregular, de natureza grave*" a que faz referência o artigo 256, II:

> *"Artigo 256 - Será aplicada a pena de demissão nos casos de:*
>
> *(...)*
>
> *II - procedimento irregular, de natureza grave;"*

É em face disso, também, que não há qualquer contradição na indicação de ambos os dispositivos (artigos 241 e 256) na peça inaugural do PAD, ao contrário dos argumentos trazidos nas razões recursais – e não se sustentam, também por essa razão, as afirmações de que "*a dicção utilizada na Portaria provoca a sua nulidade, uma vez que a mesma expressamente enquadrou as atitudes do indiciado como falta de cumprimento de deveres funcionais, situação, a qual NUNCA possibilitaria a Demissão do acusado*" (f. 597) e de que seria "*incabível a tipificação da conduta do indiciado no preceito que fala sobre a pena*" (f. 598), já que não há a apontada confusão entre conduta e pena, mas apenas a explicitação de quais condutas previstas no artigo 241 (que, ressalte-se, apenas prevê os deveres do funcionário) levaram à configuração da hipótese do artigo 256 (que, a seu turno, estabelece as hipóteses em que será aplicada a pena de demissão, cabível, dentre outros casos, em face de funcionários que cometam violações graves no exercício de suas funções – hipótese ora analisada).

Em face dessas observações, igualmente, não se constata a razoabilidade da argumentação no sentido de que as violações aos incisos III ("*desempenhar com zêlo e presteza os trabalhos de que for incumbido*") e XIII ("*estar em dia com as leis, regulamentos, regimentos, instruções e ordens de serviço que digam respeito às suas funções*") do artigo 241 somente poderiam levar à aplicação das sanções de advertência, repreensão ou multa, seja porque não há qualquer disposição legal que vincule a Administração a tal procedimento, seja porque, conforme a sistemática estabelecida pelo Estatuto, "*na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público*" (artigo 252).

Já no que se refere aos efeitos do afirmado descumprimento dos prazos previstos para a instauração e conclusão do processo administrativo disciplinar (artigo 283), ressaltem-se os termos da Súmula nº 592 do C. Superior Tribunal de Justiça:

> *"O excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar só causa nulidade se houver demonstração de prejuízo à defesa."*

Acesso ao Sumário

Como não há, seja na petição inicial, seja nas razões recursais, qualquer menção a prejuízos à defesa do impetrante em razão da demora na conclusão do PAD, não há, também sob este aspecto, nulidade a ser declarada.

Por fim, as provas produzidas em sede administrativa demonstram de maneira bastante robusta a prática de condutas passíveis de demissão pelo impetrante. Anote-se, nesse sentido, as declarações de alunos, diretores, vice-diretores e professores juntadas a f. 116/146 e 293/302 e o termo de interrogatório de f. 211/213. Como afirmado pela r. sentença:

> *"Ademais, o acervo probatório foi adequadamente aquilatado pela Autoridade Processante, conforme depoimentos colhidos pelos alunos que confirmaram que o professor os constrangeu com seu comportamento inadequado em sala de aula, de cunho sexual, sendo que tal conduta somente poderia ser revelada através do relato dos alunos.*
>
> *O impetrante reconheceu, ainda que de forma diversa, que falou com os alunos a respeito de uma 'pegadinha de televisão' (fls. 139/140), de conotação dúbia, conteúdo este inadequado para ser proferido em sala de aula.*
>
> *E, embora alguns alunos usaram palavras diferentes para descrever os fatos, todos confirmaram a conduta inadequada do professor em sala de aula (fls. 116/117; 129/130; 131/132; 133/134; 135/136; 145/146)."*

Acrescente-se, ainda, a existência de condenação criminal proferida no Processo nº 0001947-53.2011.8.26.0439, transitada em julgado em 29/09/2015, com relação à ameaça proferida contra o aluno D. – a vincular, neste aspecto, o reconhecimento da conduta do impetrante, por força da comunicabilidade de instâncias. Acerca do assunto, afirma Maria Sylvia Zanella di Pietro:

> *"Quando o funcionário for condenado na esfera criminal, o juízo cível e a autoridade administrativa não podem decidir de forma contrária, uma vez que, nessa hipótese, houve decisão definitiva quanto ao fato e à autoria, aplicando- se o artigo 935 do Código Civil de 2002."*[1]

Não se constata, portanto, a existência de vícios passíveis de anulação do processo administrativo disciplinar instaurado contra o impetrante e, na ausência de argumentos recursais suficientes a infirmar os fundamentos da decisão de primeiro grau, nego provimento ao recurso.

O caso é, assim, de negar provimento ao recurso interposto por W.R nos autos do mandado de segurança por ele impetrado em face de ato atribuído ao S.E.E.S.P. (Processo nº 1000927- 91.2017.8.26.0053 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, SP).

Consigne-se, para fins de eventual pré-questionamento, inexistir ofensa aos artigos de lei mencionados nas razões e contrarrazões recursais.

Acesso ao Sumário

1 Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 25ª ed., 2012, p. 671.

Resultado do julgamento: negaram provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001297-70.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EVA PEREIRA DAMASCENO, são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, ESTADO DE SÃO PAULO e HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - HC USP/SP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.570)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TORRES DE CARVALHO (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 2 de dezembro de 2018.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa:

PROCESSO

Tratamento médico – Joelho – Cirurgia eletiva – Fila de espera – Impossibilidade:

– Cirurgia eletiva deve observar a fila de espera estabelecida pela unidade de saúde, cumprindo aos médicos priorizar os casos que considerem de maior gravidade e risco, evitando o prejuízo à vida e à saúde do paciente que mais necessita do atendimento.

VOTO

RELATÓRIO

Eva Pereira Damasceno ajuizou demanda em face da *Fazenda do Estado de São Paulo, do Município de São Paulo e do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo* objetivando o agendamento imediato de cirurgia ortopédica de joelhos e fornecimento de todo atendimento necessário antes e depois da realização do procedimento cirúrgico. Alegou, em síntese, ser pessoa idosa, possuir quadro de osteoartrose de joelhos

Acesso ao Sumário

grave (CID M 17), gonartrose bilateral (CID M171), coxartrose bilateral (CID M 161) e dor importante com dificuldade para marcha.

A sentença julgou improcedente o pedido atribuindo à autora o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, fixados estes em R$1.000,00 para cada parte vencedora, observada a gratuidade processual (fls.164/169).

Apela a autora alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa visto que seu requerimento de prova pericial, necessário para demonstrar à necessidade do pedido, não foi deferido. No mérito, o Estado tem o dever de preservar a saúde de sua população de modo preventivo, bem como garantir a recuperação dos enfermos. Não se configura violação ao princípio da isonomia, vez que é evidente que não tem mais condições de aguardar, pois sofre com as constantes dores nos joelhos e como consequência está com muitas dificuldades para se movimentar, o que afeta gravemente sua qualidade de vida (fls.198/205).

Houve contrarrazões (fls.210/219, 220 e 223/226).

FUNDAMENTOS

1. Rejeito a preliminar.

Seria plenamente possível provar a imprescindibilidade do procedimento cirúrgico por meio de relatório médico assinado por profissional habilitado para tanto e encarregado do tratamento do paciente.

O juiz é o destinatário da prova e pode dispensar diligências ou pedido de produção de provas que se afigurem desnecessárias ou inúteis, a exemplo da prova pericial.

2. Conforme relatório elaborado pelo médico ortopedista que avaliou a apelante, o procedimento tem caráter eletivo e há fila de pacientes aguardando o mesmo atendimento:

"A paciente refere queixa de dor e deformidade progressivas em joelhos, bilateralmente, há 15 anos, com piora mais intensa há 1 ano. Refere ausência de resposta a tratamento conservador prévio, a saber: anti-inflamatórios não hormonais, condroprotetores e fisioterapia.

As comordidades clínicas são hipertensão, hipotireoidismo e dislipidemia. Faz acompanhamento clínico.

Ao exame físico, apresenta marcha claudicante sem uso de apoiadores, alinhamento em varo dos joelhos. A amplitude de movimentos dos joelhos é de 0º a 130º, com capacidade de extensão ativa. Ao exame, os ligamentos colaterais são competentes. Não há derrame, flogismo ou sinais inflamatórios importantes. O exame clínico está exemplificado nas figuras.

Apresenta radiografias do joelho esquerdo, com presença de alinhamento

Acesso ao Sumário

em varo, osteofitose, escleroso subcondral e redução significativa do espaço articular dos compartimentos mediais e femor-patelares bilateralmente.

Pelo conjunto dos achados clínicos e radiológicos, o diagnóstico é de osteoartrite dos joelhos.

A osteoartrite do joelho, também denominada artrose do joelho, demanda tratamento baseado nos sintomas do paciente. O tratamento inicial baseia-se em medidas não cirúrgicas como uso de bengalas, fisioterapia, exercícios físicos, perda de peso e analgésicos. Uma vez que o paciente relata que o tratamento não cirúrgico deixou de ser suficiente para o controle da dor e possibilidade de andar de forma a não prejudicar sai qualidade de vida, indica-se o tratamento cirúrgico.

Após avaliação da paciente, baseados nos relatos descritos por ela, ***entendemos que há indicação de cirurgia de artroplastia total dos joelhos (ATJ) convencional, sem indicação de enxerto ósseo, também conhecida por cirurgia de prótese de joelho, de forma eletiva, isto é, sem necessidade de agendamento de urgência ou emergência para tal tratamento. Sendo assim, não há qualquer característica que a priorize em relação aos demais pacientes da fila de ATJ do grupo, organizada pela ordem cronológica de matrícula.***

Destacamos que a osteoartrite do joelho é uma doença lentamente progressiva, muito prevalente e para a qual existe uma fila de pacientes no ambulatório do Grupo de Joelho do IOT aguardando por tratamento cirúrgico de prótese do joelho.

Para se ter ideia da epidemiologia da artrose do joelho, as estimativas mais conservadoras descrevem que a prevalência da artrose na população geral é de aproximadamente 3,5%, atingindo cerca de 10% da população acima dos 60 anos. Ao analisarmos uma faixa da população com idade mais avançada, temos que aproximadamente 13,8% dos indivíduos entre 75 e 80 anos tem alterações compatíveis com osteoartrose nos joelhos.

Informou que a paciente foi matriculada no Grupo de Joelho do IOT-HCFMUSP na data de hoje, sendo em seguida incluída na fila para a realização de prótese total de joelho" (fls.66/68)

Portanto, a necessidade da realização da cirurgia é incontroversa.

Há controvérsia somente quanto à possibilidade de inobservância da fila de espera.

Certamente, o mesmo serviço público não pode recusar o fornecimento do medicamento ou procedimento considerado necessário pelo seu médico, profissional da rede de saúde pública.

Incumbe à Administração Pública efetuar o tratamento necessário com

Acesso ao Sumário

presteza e eficiência, não podendo ser prejudicada a autora pela existência da fila, em relação a qual o Poder Público tem o dever de sanar seu atraso.

Todavia, somente quando verificada pelo médico urgência ou emergência do procedimento, se impõe a aceleração dos atendimentos priorizados para que o requerente também o tenha sem mais prejuízo à sua saúde.

Nesse sentido a jurisprudência no Supremo Tribunal Federal:

"DECISÃO:

O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo foi interposto contra acórdão

que, proferido pela E. Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, está assim ementado:

'CONSTITUCIONAL. TUTELA ESPECÍFICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE FORNECIMENTO DE TRATAMENTO COM PRIORIDADE. QUEBRA DO PRINCÍPIO REPUBLICANO. IMPOSSIBILIDADE. '

A parte ora agravante, ao deduzir o apelo extremo em questão, sustentou que o órgão judiciário de origem teria transgredido preceito inscrito na Constituição da República.

Sendo esse o contexto, passo a examinar a postulação recursal em causa. E, ao fazê-lo, observo que o recurso extraordinário em questão revela-se insuscetível de conhecimento, eis que incide, na espécie, o enunciado constante da Súmula 279/STF, que assim dispõe: 'Para simples reexame de prova, não cabe recurso extraordinário.' (grifei)

É que, para se acolher o pleito recursal deduzido em sede recursal extraordinária, tornar-se-ia necessário o reexame dos fatos e das provas constantes dos autos, circunstância essa que obsta, como acima observado, o próprio conhecimento do apelo extremo, em face do que se contém na Súmula 279/STF.

A mera análise do acórdão recorrido torna evidente que a E. Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, ao proferir a decisão questionada, fundamentou as suas conclusões em aspectos fático-probatórios, a seguir destacados: 'Observo, a partir do que é registrado nos autos que o autor pretende obter tratamento prioritário, na medida em que, embora a utilidade médica que pretende obter seja coberta pelo SUS, pretende avançar a fila de espera existente para a cobertura.

Entendo que a referida prioridade é, de plano, descabida nas hipóteses em que não se demonstra risco de vida. É de se aguardar que qualquer

Acesso ao Sumário

tratamento médico traga melhorias para o paciente, de maneira que não creio possível que se antecipe o tratamento com a mera justificativa de que estes ocorrerão, pois também ocorrerão para aqueles que aguardam a vez.

Ressalto que é diversa a hipótese de realização da cirurgia em hospital particular, pois ainda mais grave a quebra da isonomia. Ao revés de apenas colocar o requerente na frente dos demais concidadãos, ainda determina-se que se tenha com ele um gasto que não se tem para com os demais que encontram-se na mesma situação.

Como dito alhures, é necessário cuidado redobrado para que a intervenção judicial não afaste o princípio republicano do SUS, concedendo tratamento mais benéfico para quem procura a justiça em detrimento dos demais cidadãos.

*Ressalto que, no caso sob exame, não vejo qualquer razão especial para que o autor, um indivíduo jovem de 25 anos, que não corre risco de vida, veja a sua cirurgia realizada antes dos demais. **A cirurgia de joelho é eletiva, não havendo qualquer necessidade ou justificativa para que o autor seja operado na frente dos demais cidadãos**, assim como a cirurgia de ombro, muito menos para que seja operado em estabelecimento particular às custas da sociedade.'*

Vê-se, portanto, que a pretensão deduzida no apelo extremo pela parte agravante revela-se processualmente inviável, pois o apelo extremo não permite que se reexaminem, nele, em face de seu estrito âmbito temático, questões de fato ou aspectos de índole probatória (RTJ 161/992 – RTJ 186/703), ainda mais quando tais circunstâncias, como sucede na espécie, mostram-se condicionantes da própria resolução da controvérsia jurídica, tal como enfatizado no acórdão recorrido, cujo pronunciamento sobre matéria de fato reveste-se de inteira soberania (RTJ 152/612 – RTJ 153/1019 – RTJ 158/693, v.g.).

Sendo assim, pelas razões expostas, conheço do presente agravo, para negar seguimento ao recurso extraordinário, por manifestamente inadmissível (CPC, art. 544, § 4º, II, "b", na redação dada pela Lei nº 12.322/2010)."

(ARE nº 926.464, relatado pelo Min. CELSO DE MELLO, julgado em 10.3.2016, publicado em processo eletrônico DJe-052 divulgado em 18.3.2016 e publicado em 21.3.2016).

Portanto, embora recomendado em relatório elaborado por profissional do SUS, como o procedimento é meramente eletivo, não se justifica que a apelante passe na frente dos demais pacientes que estão aguardando o mesmo procedimento, sem que o médico considere imprescindível seu atendimento

Acesso ao Sumário

prioritário.

A apelante deve ser operada em curto prazo a ser informado no processo, no Hospital das Clínicas ou em qualquer outro pertencente ou conveniado ao SUS, e desde que reúna as condições clínicas favoráveis para a realização segura do procedimento, a critério dos médicos que assistem ao seu tratamento, mantida a priorização dos casos de maior gravidade.

Cumpre lembrar que também o serviço médico está subordinado ao princípio da eficiência, obrigatório em toda atividade administrativa.

Incumbe ao serviço de saúde esforçar-se para sanar suas deficiências inclusive de ordem financeira, de forma a atender seus pacientes com mais agilidade.

Destarte, pelo meu voto, nego provimento ao recurso. Pelo trabalho adicional em grau recursal majoro os honorários advocatícios em R$ 200,00 *(§11, art. 85, NCPC),* observada a gratuidade processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008393-51.2012.8.26.0176, da Comarca de Embu das Artes, em que é apelante PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE EMBU DAS ARTES, é apelado MODERNIDADE ESTACIONAMENTO LTDA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso voluntário e deram parcial provimento ao recurso oficial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.326)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e BURZA NETO.

São Paulo, 29 de novembro de 2018.

CARLOS VIOLANTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação anulatória. Auto de infração lavrado pelo Município de Embu das Artes. Falta de emissão de notas fiscais no período de julho/2007 a fevereiro/2010. Prestação de serviços conforme declarado em documento de arrecadação do Simples Nacional. Serviços de estacionamento de veículos. ISS que deve ser recolhido no local onde o bem estiver

estacionado. Lei Complementar 116/03, art. 3º, XV. Ausência de prestação de serviços no Município de Embu das Artes. Redução dos honorários advocatícios de sucumbência. Cabimento. CPC/73, art. 20, §§ 3º e 4º, aplicável ao caso. Sentença de procedência. Recurso voluntário do Município não provido. Recurso oficial parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de ação anulatória de débito em que pretende a autora a nulidade do auto de multa nº 0394 lavrado pelo Município de Embu das Artes.

A r. sentença, integrada pela r. decisão de acolhimento dos embargos de declaração, julgou procedente o pedido, declarando a nulidade da multa nº 0394, tornando definitiva a liminar antes concedida. O réu foi condenado ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios de 15% sobre o valor da causa, corrigido.

Apelou o Município pretendendo a reforma do julgado, sustentando que é competente para a cobrança de ISS incidente sobre os serviços de estacionamento prestados pela autora e, portanto, também é competente para a autuação.

Em contrarrazões requer a apelada a manutenção da r. sentença.

É o Relatório.

Considero interposto o recurso oficial, nos termos do art. 475, I e § 2º, do CPC/73 (art. 496, I, § 3º, III, do CPC/15).

A autora foi autuada e multada por falta de emissão de notas fiscais no período de julho/2007 a fevereiro/2010, visto que houve prestação de serviços conforme declarado no documento de arrecadação do Simples Nacional – auto nº 0394 (fls. 160).

A requerente é prestadora de serviços de estacionamento de veículos e, no período de julho/2007 a fevereiro/2010, recolheu ISS ao Município de Embu das Artes, por meio do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – DAS.

O serviço de estacionamento de veículos é prestado apenas pelas filiais da autora situadas no Município de São Paulo, sendo que a sede da empresa no Município de Embu da Artes constituiu-se, apenas, em escritório administrativo, sem prestação de serviços de estacionamento, alegação da autora não contestada pelo Município, nestes autos.

O item 11.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/03 prevê o serviço de *guarda e estacionamento de veículos terrestres automotores, de aeronaves e de embarcações.*

Dispõe a Lei Complementar 116/03 (na redação vigente à época dos fatos

Acesso ao Sumário

geradores em análise):

Art. 3º O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local:

I – do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, na hipótese do § 1º do art. 1º desta Lei Complementar;

II – da instalação dos andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas, no caso dos serviços descritos no subitem 3.05 da lista anexa;

III – da execução da obra, no caso dos serviços descritos no subitem 7.02 e 7.19 da lista anexa;

IV – da demolição, no caso dos serviços descritos no subitem 7.04 da lista anexa;

V – das edificações em geral, estradas, pontes, portos e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.05 da lista anexa;

VI – da execução da varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer, no caso dos serviços descritos no subitem 7.09 da lista anexa;

VII – da execução da limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.10 da lista anexa;

VIII – da execução da decoração e jardinagem, do corte e poda de árvores, no caso dos serviços descritos no subitem 7.11 da lista anexa;

IX – do controle e tratamento do efluente de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos, no caso dos serviços descritos no subitem 7.12 da lista anexa;

X – (VETADO)

XI – (VETADO)

XII – do florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.16 da lista anexa;

XIII – da execução dos serviços de escoramento, contenção de encostas e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.17 da lista anexa;

XIV – da limpeza e dragagem, no caso dos serviços descritos no subitem 7.18 da lista anexa;

XV – onde o bem estiver guardado ou estacionado, no caso dos serviços descritos no subitem 11.01 da lista anexa;

XVI – dos bens ou do domicílio das pessoas vigiados, segurados ou

Acesso ao Sumário

monitorados, no caso dos serviços descritos no subitem 11.02 da lista anexa;

XVII – do armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda do bem, no caso dos serviços descritos no subitem 11.04 da lista anexa;

XVIII – da execução dos serviços de diversão, lazer, entretenimento e congêneres, no caso dos serviços descritos nos subitens do item 12, exceto o 12.13, da lista anexa;

XIX – do Município onde está sendo executado o transporte, no caso dos serviços descritos pelo subitem 16.01 da lista anexa;

XX – do estabelecimento do tomador da mão-de-obra ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.05 da lista anexa;

XXI – da feira, exposição, congresso ou congênere a que se referir o planejamento, organização e administração, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.10 da lista anexa;

XXII – do porto, aeroporto, ferroporto, terminal rodoviário, ferroviário ou metroviário, no caso dos serviços descritos pelo item 20 da lista anexa.

§ 1º No caso dos serviços a que se refere o subitem 3.04 da lista anexa, considera-se ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja extensão de ferrovia, rodovia, postes, cabos, dutos e condutos de qualquer natureza, objetos de locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não.

§ 2º No caso dos serviços a que se refere o subitem 22.01 da lista anexa, considera-se ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja extensão de rodovia explorada.

§ 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no local do estabelecimento prestador nos serviços executados em águas marítimas, excetuados os serviços descritos no subitem 20.01.

Assim, enquadrando-se os serviços prestados pela autora no item 11.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03, o ISS deve ser recolhido no local onde o bem estiver estacionado, ou seja, ao Município de São Paulo.

Conforme documentação acostada aos autos, no período abrangido pelo auto de infração lavrado pelo Município réu, foram emitidas notas fiscais no Município de São Paulo.

Dessa forma, descabe a emissão de notas fiscais no Município de Embu das Artes, local em que não há prestação de serviços, impondo- se a anulação do auto de multa nº 0394.

Os honorários advocatícios de sucumbência, fixados em 15% sobre o valor da causa atualizado (R$ 134.326,73 em julho/2012 fls. 20) resultam em valor desproporcional à pouca complexidade da demanda, justificando o

Acesso ao Sumário

acolhimento parcial do recurso oficial, reduzindo essa verba para R$ 5.000,00, com fundamento no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73, aplicável ao caso.

Para fins de acesso às Instâncias Superiores, considero prequestionada toda a matéria debatida, relativa à Constituição e à Lei Federal, desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais invocados e pertinentes aos temas em discussão.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGO PROVIMENTO ao recurso voluntário do Município e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso oficial, reduzindo os honorários advocatícios de sucumbência, a cargo do réu, para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), mantida, no mais, a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1048281-49.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada MARIA MARLETE CANCIAN DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.227)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e REINALDO MILUZZI.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

LEME DE CAMPOS, Relator

Ementa: SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – Autora que teve sua licença médica indeferida pelo DPME – Perícia médica, realizada pelo IMESC, que concluiu que a requerente estava incapacitada para a atividade laborativa no período pleiteado – Cabimento da concessão para licença de tratamento de saúde – Pretensão da aplicação dos critérios estabelecidos pela Lei nº 11.960/09, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/07, no que tange à correção monetária – Inaplicabilidade para o cálculo da correção monetária e aplicabilidade para os juros de mora – Ressalvado que na fase de liquidação os índices e períodos serão

Acesso ao Sumário

modificados em caso de alteração do entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal – Precedentes – Ação julgada procedente na 1ª instância – Sentença mantida – Recurso não provido.

VOTO

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por MARIA MARLETE CANCIAN DA SILVA em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando o reconhecimento da nulidade do ato que indeferiu a sua licença para tratamento de saúde no período de 10.11.14 a 10.12.14, fazendo publicar em Diário Oficial Licença para Tratamento de Saúde, o pagamento dos valores descontados e a regularização do período de licença saúde, em aberto, para todos os efeitos em sua vida funcional.

A r. sentença de fls. 117/121, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação para o fim de "*anular os atos publicados no Diário Oficial do Estado, que indeferiu a licença para tratamento de saúde pleiteada pela autora, bem como regularizar o registro de frequência da autora, consignando licença para tratamento de saúde no período de 10/11/2014 a 20/12/2014, obstando qualquer procedimento por abandono de cargo ou frequência irregular desse período. Relativamente à fixação dos índices de atualização monetária e dos juros moratórios, anoto que a polêmica foi superada porque o C.STF apreciou o TEMA Nº 810, nos autos do Recurso Extraordinário nº 870.947, com repercussão geral reconhecida, assim como que o C. STJ apreciou TEMA nº 905, Recurso Repetitivo tirado a partir do Recurso Especial 1.495.146-MG. Prestam-se de PRECEDENTES da mais alta Corte do país. Aplico-o conforme artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil, ainda que sem trânsito em julgado. Confiram-se precedentes de aplicação direta no STF: ARE 656.073 AgR/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 24.4.20132. Em caso de futura MODULAÇÃO DOS EFEITOS, aplique-se o decidido. Quanto à ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, por se considerar excessiva a restrição ao direito de propriedade, porque a remuneração de poupança não atinge o objetivo de correção inflacionária, assentou-se pela implementação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCAE), guardando, inclusive coerência com as ADIs 4.357 e 4.4253. Aplique-se inclusive sobre o período de graça constitucional (artigo 100, § 5º, da CRFB). Quanto aos JUROS MORATÓRIOS incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, a orientação reafirmada pelas Cortes distinguiu a natureza das condenações. Dessa forma, por se tratar na espécie de RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITOS DE SERVIDORES para fins de juros de mora serão calculados sobre o valor bruto, independente dos descontos e contribuições (TJSP. Apelação 0295820-53.2009.8.26.0000, OS DEPRI 01/98 e critérios do DEPRE). As alíquotas ficam fixadas da seguinte forma: a) em 12% ao ano até*

Acesso ao Sumário

julho/2001, quando editada a MP 2.180-35/2001, que alterou a Lei 9.494/1997; b) em 6% ao ano até a Lei 11.960/2009; c) em juros de caderneta de poupança, observando-se toda legislação superveniente, inclusive MP 567/2012, convertida na Lei 12.703/2012. Observe-se a SÚMULA VINCULANTE 17. Para concretização do direito, proceda-se ao APOSTILAMENTO. Declaro natureza REMUNERATÓRIA e VERBA ALIMENTAR. Observe-se que a execução se fará em dois momentos, primeiro FAZER, depois PAGAR, subordinando-se ao previsto no artigo 100 e §§ da CRFB. Para elaboração da conta, a Administração Pública deverá oferecer INFORMES OFICIAIS e/ou PLANILHA DE VALOR devido, destacando valores a título de IRPF, contribuições previdenciária e de saúde. Custas e despesas ex lege. Por força do princípio da causalidade, condeno ainda a parte ré em honorários advocatícios. Considerando que a Fazenda Pública é parte do processo, e considerando não haver condenação pecuniária, a verba honorária fica fixada em 10% sobre o valor da causa."

Recorre a FESP às fls. 123/133, pela improcedência da ação e, caso seja mantida a r. sentença, requer a aplicação da Lei nº. 11.960/09.

Contrarrazões às fls. 146/155, pelo não provimento do recurso e pela manutenção da r. sentença.

É o relatório.

Trata-se de ação ordinária ajuizada por MARIA MARLETE CANCIAN DA SILVA em face da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando o reconhecimento da nulidade do ato que indeferiu a sua licença para tratamento de saúde no período de 10.11.14 a 10.12.14, fazendo publicar em Diário Oficial Licença para Tratamento de Saúde, o pagamento dos valores descontados e a regularização do período de licença saúde, em aberto, para todos os efeitos em sua vida funcional.

Alega a autora, em síntese, que é Professora de Educação Básica I e, em decorrência de problemas de saúde, necessitou se afastar em licença médica.

Ocorre que ao passar pela perícia, junto ao DEPARTAMENTO DE PERÍCIAS MÉDICAS DO ESTADO – DPME, sua licença saúde foi indeferida, ficando com o período de 10.11.14 a 10.12.14 em aberto, uma vez que a mesma não tinha condições de continuar trabalhando.

Acesso ao Sumário

Diante da existência de divergências quanto à necessidade da licença para tratamento de saúde no período indicado na inicial, foi determinada, pelo Juízo *a quo* às fls. 75 a produção de prova pericial, a ser produzida junto ao INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL E DE CRIMINOLOGIA DE SÃO PAULO – IMESC.

Realizado o exame pericial pelo INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL E DE CRIMINOLOGIA DE SÃO PAULO – IMESC (fls. 91/94) ficou atestado o seguinte:

"...Sob a óptica médico-legal psiquiátrica foi caracterizada situação de

incapacidade laborativa no período requerido de 10/11/14 a 10/12/14.

Diagnose: CID – 10: F – 41.2 (misto de ansiedade e depressão) e F 45 (transtorno somatoforme).”

Observa-se, também, que ao responder aos quesitos o perito atestou mais uma vez que a moléstia em questão causou incapacidade total e temporária na peticionária.

Portanto, esse laudo deve ser considerado para avaliar as condições da peticionária, uma vez que elaborado sob o crivo do contraditório. Ademais, tratando-se de documento emanado de agente público, é dotado de presunção de legitimidade e de veracidade.

Assim, não há como desprezar as conclusões do perito oficial do Juízo, sob a alegação de que a competência para realizar perícias ou conceder licença é única e exclusiva do DEPARTAMENTO DE PERÍCIAS MÉDICAS DO ESTADO – DPME.

Assim, por todos os ângulos que se analise a questão, verifica-se que a procedência da ação era mesmo medida que se impunha no caso em apreço.

No tocante aos índices de juros de mora e correção monetária, esta Colenda Sexta Câmara de Direito Público vinha adotando posição no sentido de dar aplicabilidade à Lei nº. 11.960/09 (que deu nova redação ao 1º-F, da Lei nº 9.494/97), ao menos, até a decisão da Repercussão Geral nº. 810 (RE nº. 870.947).

Contudo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 20.09.17, julgou o mérito do RE 870.947/SE (Tema nº. 810) com repercussão geral e assim decidiu:

“Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, apreciando o tema 810 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário) e (ii) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, fixou as seguintes teses, nos termos do voto do Relator: 1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico- tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros

Acesso ao Sumário

de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); ***quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09****; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a* ***atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina****."* (grifos nossos).

Assim, o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº. 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária pela TR para condenações impostas à Fazenda Pública foi julgado inconstitucional e o índice que deve ser aplicado é o IPCA-E, na fase de execução ou para as ações em que ainda não foi expedido o precatório.

Isso porque, conforme entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, as normas disciplinadoras de juros e correção monetária possuem natureza eminentemente processual, devendo ser, obrigatoriamente, aplicáveis aos processos em curso à luz do princípio *tempus regit actum.*

Já quanto aos juros de mora para as ações de relação jurídica não-tributária, o artigo 1º.-F da Lei nº. 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº. 11.960/09 foi julgado constitucional e, portanto, continua válida a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança.

Ademais, cumpre destacar que no dia 24.09.18, o Min. **LUIZ FUX** concedeu efeito suspensivo aos embargos de declaração, opostos pelos entes federativos estaduais, contra a decisão sobre o Tema 810, pelo que, em caso alterado o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, na fase de liquidação os índices e períodos serão modificados, aplicando-se os que porventura venham a ser fixados.

Portanto, irretocáveis os parâmetros estabelecidos na r. sentença quanto aos consectários legais.

De rigor, portanto, a manutenção integral do r. *decisum* monocrático, posto que proferido em consonância com os fundamentos acima expostos, certificando ser despiciendo maiores interpretações à luz do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Por derradeiro, diante da atuação dos patronos da apelada em grau recursal, majoro os honorários advocatícios, fixados na origem em mais 1%,

Acesso ao Sumário

conforme preconiza o artigo 85, § 11º. e § 4º., inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, de argumentar já ser entendimento pacífico de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de prequestionamento. Nessa esteira, ficam consideradas prequestionadas todas as matérias e disposições legais discutidas pelas partes.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1012563-93.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante EDGAR DE SOUZA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.270)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), MARREY UINT e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 4 de dezembro de 2018.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, Relator

Ementa: Apelação – Policial Civil – Pretende-se o reconhecimento do nexo causal entre o acidente ocorrido durante o trabalho e as sequelas advindas dele, para fins de aposentadoria por invalidez, para o recebimento do ALE no período em que esteve afastado para tratamento de saúde e para concessão do elogio de que trata o art. 58 da lei complementar estadual nº 207/79 – A perícia técnica constatou o nexo causal entre as lesões e o acidente ocorrido no período de trabalho, contudo, a redução da capacidade laborativa não justificaria a inatividade do autor, pelo que a readaptação se mostrou correta – Desconto do ALE no período em que esteve afastada para tratamento de saúde – Impossibilidade – Danos

Acesso ao Sumário

morais indevidos – Sentença mantida – Recursos improvidos.

VOTO

Trata-se de ação ajuizada por **Edgar de Souza** contra a **Fazenda do Estado de São Paulo**. Diz a inicial que o autor é investigador de polícia e no cumprimento de seu ofício sofreu uma queda o que lhe acarretou diversas sequelas permanentes, tendo inclusive sido afastado de suas atividades em licença-saúde. Em perícia médica realizada pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado – DPME, em 05 de setembro de 2010, constatou-se que subsistem sequelas do acidente, sugerindo o perito a limitação para o manuseio de arma de fogo – impeditivo do exercício das atividades próprias de investigador de polícia –, concluindo que a capacidade laborativa do autor estaria parcialmente prejudicada, pelo que deveria ser readaptado. Contudo, o nexo causal entre o acidente e as sequelas do autor, não foi reconhecido conforme decisão publicada no Diário Oficial de 11.09.2012. O Corregedor Geral da Polícia Civil determinou o retorno do expediente ao Departamento Médico do Estado, solicitando o parecer que não reconheceu o nexo causal acidentário, pois a conclusão contrariaria a instrução processual da Apuração Preliminar nº 121/2010. Em 20.10.2012, publicou-se no Diário Oficial o não reconhecimento pelo médico perito do nexo causal acidentário, pelo que se procedeu à readaptação do autor, bem como não foi pago ao autor, de 13.04.2009 a 08.11.2009, o adicional de local de exercício (ALE). Busca agora, o autor, o pagamento do ALE, bem como sua aposentadoria por invalidez e ser indenizado por danos morais por não ter sido agraciado com elogio previsto no art. 58 da Lei Orgânica da Polícia Civil de São Paulo e ter sido desmoralizado perante seus colegas, vez que foi compelido a exercer as suas funções sem reconhecimento e portando sequelas incapacitantes.

Gratuidade processual deferida a fls. 287/288.

Citada, a requerida contestou (fls. 294/309), alegando a falta de interesse de agir com relação ao pedido de aposentadoria, pois quando informado da readaptação o autor não recorreu administrativamente, nem requereu a aposentadoria por invalidez. No mérito defendeu a impossibilidade de se conceder a aposentadoria por invalidez para servidor com capacidade laborativa parcial, pelo que a readaptação se mostrou correta. Caso o pedido de aposentadoria fosse acolhido, os proventos deveriam ser proporcionais ao tempo de contribuição. Sustentou ainda a impossibilidade do pagamento do adicional de local de exercício durante o período em que o autor esteve afastado em licença saúde, nos termos do art. 5º da lei complementar nº 1.020/07 e art. 191 a 193 da lei nº 10.261/68. Por fim, rechaçou a pretendida indenização por danos morais, vez que o não recebimento do elogio de que trata o art. 58 da

Acesso ao Sumário

Lei Orgânica da Polícia Civil de São Paulo caracterizou mero dissabor. Na eventualidade de ser acolhido o pedido inicial, pugnou que a honorária seja fixada de forma equitativa e que eventuais juros e correção monetária devem observar o art. 1º-F da lei nº 9.494/97, com a redação dada pela lei nº 11.960/09.

Réplica a fls. 312/326.

Instadas a respeito das provas a serem produzidas (fls. 327), a requerida se manifestou a fls. 329 e o autor a fls. 330/331. Feito saneado a fls. 333/335, com o deferimento de prova pericial e afastamento das preliminares. Sem quesitos a fls. 338. Laudo pericial a fls. 354/357, com manifestação da FESP a fls. 361 e 372 e do autor a fls. 362/364 e 373/375 e esclarecimento do perito a fls. 368.

Memoriais finais a fls. 379 e 380/389.

A ação foi julgada parcialmente procedente (fls. 391/397) pelo Juiz *Dr. Evandro Carlos de Oliveira* para determinar o pagamento do adicional de local de exercício (ALE) referente ao tempo em que o autor se encontrava em licença saúde, devidamente corrigido e acrescido de juros de mora nos termos constante em sentença. Fixou a honorária em R$ 2.000,00, por equidade, sendo a sucumbência recíproca, devendo cada parte arcar com metade das custa e despesas processuais, bem como com a metade dos honorários advocatícios antes mencionados.

Insatisfeita, apela a FESP (fls. 400/411), repetindo os argumentos antes lançados para a reforma da sentença no tocante ao pagamento de ALE durante o período em que a verba foi suprimida dos vencimentos do autor, bem como que para que seja observada a lei nº 11.960/09 para a correção monetária.

Por sua vez, o autor apela (fls. 415/420), pretendendo a reforma da sentença no tocante à não concessão de aposentadoria por invalidez e da indenização por danos morais.

Recursos tempestivos e contrariados a fls. 423/428 (FESP) e 430/437 (autor).

É o relatório.

Trata-se de ação proposta por servidor público estadual, investigador de polícia, que no cumprimento de seu ofício sofreu uma queda o que lhe acarretou sequelas permanentes, pelo que foi readaptado. Em perícia realizada pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado – DPME, o nexo causal entre o acidente e as sequelas do autor não foi reconhecido. Desta feita, busca reconhecimento do nexo causal acidentário, o pagamento do ALE no período, a concessão de aposentadoria por invalidez e a indenização por danos morais. Por sua vez, a FESP sustenta que o autor passou por perícia oficial que não reconheceu o nexo causal acidentário, conclusão esta que não foi objeto de recurso, motivo pelo qual as medidas tomadas pela Administração se mostram corretas, quais sejam, readaptação e não aposentadoria por invalidez, a suspensão

Acesso ao Sumário

do pagamento do ALE e o não pagamento de danos morais.

Cinge-se a controvérsia em se determinar se houve ou não nexo causal entre o acidente durante o cumprimento do ofício e as sequelas do autor, bem como se foram incapacitantes, de forma permanente e total, impossibilitando o retorno do autor às atividades antes desempenhadas e de qualquer outra.

Dos documentos juntados com a inicial, extrai-se que o autor adentrou o local onde deveria cumprir um mandado e durante a averiguação de eventual rota de fuga, caiu do telhado, vindo a ser socorrido no local. Nesse sentido as declarações da proprietária do imóvel onde ocorreu a queda (fls. 132/133).

Conquanto em perícia realizada pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado – DPME o médico perito não tenha reconhecido o nexo causal entre o acidente e o trabalho, conforme constou nas publicações do Diário Oficial de 04.06.2011 (fls. 182), de 11.02.2012 (fls. 195) e de 20.10.2012 (fls. 202), o certo é que o laudo pericial realizado nestes autos confirmou o mencionado nexo a fls. 357, esclarecendo ainda que houve comprometimento patrimonial em 25% (grau mínimo).

Cristalino, portanto, que o autor se acidentou durante o ofício, pelo que os afastamentos que se seguiram foram decorrentes daquele acontecimento.

O Adicional de Local de Exercício (ALE) nos termos da lei complementar nº 1.020/07, absorveu o antigo Adicional Operacional de Localidade (AOL). A lei complementar estadual nº 696/92, que instituiu o Adicional de Local de Exercício (ALE), estabeleceu que os integrantes das carreiras da Polícia Civil Estadual perceberiam o referido benefício quando estivessem exercendo suas atividades profissionais nas Unidades Policiais Civis (UPCVs), estas classificadas conforme a população dos municípios onde estivessem sediadas (art. 2º), o que refletiria no valor a ser pago.

O adicional reclamado não tem como parâmetro atividades exercidas em condições peculiares pelos servidores. Inexiste avaliação acerca da periculosidade ou nocividade das condições de trabalho. Além disso, a verba também foi paga aos policiais civis aposentados e os que vierem a se aposentar a partir da vigência da lei complementar nº 1.062/08, direito este que foi estendido aos pensionistas de policiais civis (Artigo 4º), o que afasta o argumento de que se trataria de gratificação *pro labore faciendo*.

O art. 6º da lei complementar nº 1.020/07 estabeleceu que:

"**Artigo 6º** - Os dispositivos adiante mencionados da Lei Complementar nº **696,** de 18 de novembro de 1992, que instituiu Adicional de Local de Exercício aos integrantes da Polícia Civil do Estado, passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

III - o artigo 5º:

> "Artigo 5º - O Policial Civil perderá o direito ao Adicional de Local de Exercício nas hipóteses de afastamentos, licenças e ausências de qualquer natureza, salvo nos casos de faltas abonadas, férias, licença-prêmio, licença a gestante, licença adoção, licença paternidade, licença ou afastamento para tratamento de saúde em razão de ter sido vítima de crime ou atentado no exercício ou em razão de suas atribuições ou acometido de doença profissional, gala, nojo e júri."

Por sua vez, o art. 2º da lei complementar nº 1.045/08, alterou novamente a redação do art. 5º da lei complementar nº 696/92, este que passou a dispor que:

> "Artigo 5º - O Policial Civil perderá o direito ao Adicional de Local de Exercício nas hipóteses de afastamentos, licenças e ausências de qualquer natureza, salvo nos casos de faltas abonadas, férias, licença-prêmio, licença gestante, licença adoção, licença paternidade, em que esteja licenciado, afastado ou que venha a ser afastado para tratamento de saúde decorrente de lesão sofrida em serviço ou em razão do exercício da função de policial civil, ou de doença profissional, gala, nojo e júri."

Sendo assim, se o afastamento do servidor para tratamento de saúde decorrer de lesão sofrida em serviço ou em razão do exercício da função de policial civil, cujo nexo de causalidade veio reconhecido nestes autos por laudo pericial a fls. 357, ele deve ser considerado como efetivo exercício também para o pagamento do Adicional de Local de Exercício (ALE) durante o período em que ficou licenciado em decorrência das lesões. Portanto, nada há para ser reformado neste particular. Nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL. ADICIONAL DE LOCAL DE EXERCÍCIO (ALE). Suspensão de pagamento em razão de licença saúde – Inadmissibilidade – Vantagem de caráter geral, concedida a todos servidores, indistintamente – Inteligência das LCE nº 689/92, 830/07, 1.020/07, 1065/08, 1114/10 e 1.197/13 – Recurso improvido. (TJSP; Apelação 0014964-37.2013.8.26.0068; Relator (a): Cristina Cotrofe; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/02/2016; Data de Registro: 18/02/2016).

Os atrasados deverão ser quitados com correção monetária desde o inadimplemento pelo IPCA-E (tema nº 810 do Supremo Tribunal Federal), bem como juros de mora a partir da citação, nos termos da lei nº 11.960/09.

Com relação ao pedido de aposentadoria por invalidez, diz o art. 40, § 1º, I, da Constituição Federal que:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos

Acesso ao Sumário

servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

Pelo texto legal, extrai-se que o servidor poderá se aposentar com proventos integrais se a invalidez permanente decorrer de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, conforme especificado em lei.

Na hipótese dos autos, o perito judicial concluiu que do acidente ocorrido com o autor durante o cumprimento de seu ofício acarretou sequela morfológica, funcional, havendo, portanto, nexo causal, bem como que não possuiu redução ou incapacidade laborativa, mas que houve um comprometimento patrimonial físico em 6,25%, segundo a tabela da SUSEP, considerando a anquilose do ombro do autor em 25% (fls. 354/357).

A conclusão do perito judicial vai ao encontro do consignado na Guia de Inspeção para Capac. Laborativa nº 1235855 de fls. 147, em que o médico perito do Departamento de Perícias Médicas do Estado concluiu pela "capacidade laborativa parcialmente prejudicada, sendo indicada readaptação funcional", em 05.10.2010, esclarecendo que a limitação diz respeito ao "esforço físico com o membro superior direito, não manusear arma de fogo" fls. 147.

A tese do autor no sentido de que a limitação para manusear arma de fogo é imprescindível para qualquer investigador de polícia não se sustenta.

O servidor readaptado deve exercer as atividades próprias do cargo do ingresso, exceto aquelas que podem afetar as mazelas de que é portador.

Na hipótese dos autos, as que exigem o manuseio de arma de fogo, dado o comprometimento patrimonial físico do autor consoante a anquilose do ombro direito, devem ser evitadas por ele.

O trabalho burocrático e operacional não lhe foi contraindicado por quaisquer dos avaliadores médicos, pelo que o autor pode e deve continuar exercendo o ofício para o qual foi nomeado, repete-se, considerando as limitações geradas pelas lesões, o que vem sendo respeitado pela Administração pelo contido nos autos, não se justificando sua passagem para a inatividade.

Reclama ainda o autor ser indenizado por danos morais ante a negativa do "elogio" de que trata o art. 58 da Lei Orgânica da Polícia Civil de São Paulo (lei complementar estadual nº 207/79). Não há como acolher o pedido.

Dizem os artigos 58 e 59 da lei complementar nº 207/79 que:

"Artigo 58 - Entende-se por elogio, para os fins desta lei, a menção nominal ou coletiva que deva constar dos assentamentos funcionais do policial civil por atos meritórios que haja praticado.

Artigo 59 - O elogio destina-se a ressaltar:

I - morte, invalidez ou lesão corporal de natureza grave, no cumprimento do dever;

II - ato que traduza dedicação excepcional no cumprimento do dever, transcendendo ao que e normalmente exigível do policial civil por disposição legal ou regulamentar e que importe ou possa importar risco da própria segurança pessoal;

III - execução de serviços que, pela sua relevância e pelo que representam para a instituição ou para a coletividade, mereçam ser enaltecidos como reconhecimento pela atividade desempenhada.

Certo que no cumprimento de seu oficio o policial civil, ora autor, deveria averiguar eventual rota de fuga do meliante, vez que se tratava de cumprimento de mandado de prisão. A queda durante referida inspeção se mostrou um infortúnio, mas não justifica menção nominal que deva constar dos assentamentos funcionais do policial civil por atos meritórios que haja praticado.

Como bem elucida o art. 60 da referida lei: "*Não constitui motivo para elogio o cumprimento dos deveres impostos ao policial civil*.".

Não há dúvida de que os fatos narrados causaram dissabor ao autor, que teve de se recuperar das lesões sofridas. Contudo, as circunstâncias apresentadas na inicial não configuram ofensa de tamanha importância a caracterizar dano moral.

Com efeito, lembra Sérgio Cavalieri Filho, que:

"(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia, desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos" (Programa de Responsabilidade Civil, 5ª ed. rev., aum. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, p. 98).

Acesso ao Sumário

Essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

"Os danos morais surgem em decorrência de uma conduta ilícita ou injusta, que venha a causar forte sentimento negativo em qualquer pessoa de senso comum, como vexame, constrangimento, humilhação, dor. Isso, entretanto, não se vislumbra no caso dos autos, uma vez que os aborrecimentos ficaram limitados à indignação da pessoa, sem qualquer repercussão no mundo exterior. Recurso especial parcialmente provido" (REsp n° 628.854/ES, rel. Min. Castro Filho, j. em 3.5.2007);

"O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. Recurso especial conhecido e provido" (REsp n° 606.382/MS, rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 4.3.2004. Igualmente: AgRg no Ag n° 550.722/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 16.3.2004; REsp n° 668.443/RJ, rel. Min. Castro Filho, j. em 25.9.2006; REsp n° 993.234/GO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 27.3.2008; AgRg no Ag n° 1.054.587/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 12.5.2009; REsp n° 844.736/DF, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. em 27.10.2009).

No mesmo sentido, é a jurisprudência predominante nesta Corte. Confiram-se, dentre vários, os seguintes julgados, derivados de casos assemelhados:

"Indenização por Danos Morais. Ausência de comprovação dos danos sofridos. Mero dissabor ou aborrecimento decorrente do ato administrativo impugnado não enseja reparação moral. Recurso improvido" (AC n° 978.075-5/7-00, rel. Des. Antonio Rulli, j. em 25.11.2009).

Ante o exposto, nada há para ser reformado na sentença de primeiro grau. Nesse sentido, esta C. Câmara:

Policial Civil – Aposentadoria por invalidez – Acidente ocorrido no período de trabalho – Incapacidade para o trabalho constatada por laudo pericial que estabeleceu o nexo causal – Desconto do ALE no período em que esteve afastada para tratamento de saúde – Impossibilidade – Danos morais indevidos – Sentença mantida – Recurso não provido. (TJSP; Apelação 0008235-26.2012.8.26.0457; Relator (a): Marrey Uint; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Pirassununga - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 26/09/2017; Data de Registro: 29/09/2017).

Dessarte nega-se provimento aos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025496-25.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DANILO LOURENÇO ADÃO SANTOS, é apelado DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO - DER.

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 24.150)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BANDEIRA LINS (Presidente) e LEONEL COSTA.

São Paulo, 5 de dezembro de 2018.

PAULO DIMAS MASCARETTI, Relator

Ementa: EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – Pretensão objetivando o reconhecimento da ilegalidade da autuação – Impetração após transcorrido mais de 120 dias do ato tido como ilegal – Hipótese de decadência bem caracterizada – Sentença denegatória da ordem que merece subsistir – Apelo do impetrante não provido.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Danilo Lourenço Adão Santos contra ato do Superintendente do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo – DER/SP, sustentando, em essência, a ilegalidade da multa de trânsito que lhe foi aplicada (AIT nº 1I019941-3), aos 08/07/2017, por estar supostamente dirigindo embriagado, visto que: a) não há registro no auto de infração de qualquer direção anormal; b) foi "obrigado" a fazer o teste do etilômetro, sob pena de condução coercitiva à delegacia; c) o aparelho não registrou o volume e o tempo de sopro.

A r. sentença de fls. 65/68, proferida pela douta juíza Fernanda Henriques Gonçalves Zoboli, "DENEGOU A SEGURANÇA, julgando extinto o feito, com resolução de mérito, na forma do artigo 487, II, do Código de Processo Civil, por operada a decadência do direito do impetrante".

No prazo legal, sobreveio apelação do impetrante alegando, em suma, que não ocorreu a decadência, uma vez que tomou ciência efetiva do resultado do indeferimento do recurso administrativo interposto junto à CIRETRAN

Acesso ao Sumário

aos 06 de março de 2018 e impetrou o presente *mandamus* aos 23 de maio de 2018, ou seja, dentro do prazo decadencial de 120 dias. No que toca ao mérito propriamente dito, insiste na alegação de ilegalidade da multa aplicada por embriaguez ao volante (art. 165 do CTB), tendo em vista os seguintes aspectos: "a) obrigatoriedade em se fazer o teste do etilômetro, sob pena de condução coercitiva à delegacia; b) falta de indícios de embriaguez, condição essencial para a realização do teste; c) aplicação do teste sem as confirmações de "tempo e volume" de sopro, conforme exige a legislação do INMETRO sobre o tema". Por tais motivos, postula a reforma do *decisum.*

Contrarrazões a fls. 88/99.

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Dispõe o artigo 23 da Lei nº 12.016/2009 que:

"O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado".

Com efeito, emerge dos autos que: em 08 de julho de 2017, às 21h14, o impetrante foi autuado por embriaguez ao volante (art. 165 do CTB), nos termos do AIT nº 1I019941-3, efetuando o teste do bafômetro (v. fl. 52); segundo o documento copiado a fl. 18, ele apresentou defesa da autuação em **15 de agosto de 2017**, a qual foi indeferida aos **27 de setembro do mesmo ano**; interpôs, daí, recurso junto à JARI aos **21 de novembro de 2017**, que igualmente restou indeferido em 06 de dezembro de 2017; posteriormente recorreu perante ao CETRAN em 27 de fevereiro de 2018, mas também não obteve êxito, tenho ciência do resultado aos 06 de março de 2018.

Pois bem.

Ao contrário do sustentado pelo impetrante nas razões do apelo, não há necessidade do exaurimento da via administrativa para viabilizar a presente impetração, razão pela qual a data a ser considerada como o termo inicial para o prazo decadencial de 120 dias não é a do resultado do recurso interposto perante o CETRAN (06/03/2018), ou seja, quando findo os recursos administrativos ou mesmo a data de inserção da penalidade no prontuário do impetrante, mera formalização do comando do ato impugnado.

Acesso ao Sumário

Na verdade, o promovente foi autuado em flagrante por dirigir embriagado aos **08 de julho de 2017** e a decisão administrativa que confirmou a higidez da autuação ocorreu em **27 de setembro de 2017 (data do resultado da defesa da autuação)**, data esta em que tomou ciência inequívoca da subsistência do ato administrativo ora impugnado; destarte; este é o termo inicial do prazo decadencial, o qual é peremptório e extintivo, não se suspendendo, nem interrompendo.

Nesse passo, como a presente impetração se deu apenas aos **23 de maio de 2018**, não há como afastar a decadência no caso vertente, visto que superado o prazo de 120 dias supra referido.

Na lição de Hely Lopes Meirelles acerca da contagem do prazo para impetrar o mandado de segurança e a fluência do prazo decadencial, ficou assentado que:

> "o 'prazo' para impetrar mandado de segurança é de 'cento e vinte dias', a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Este prazo é de 'decadência' do direito à impetração, e como tal, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado. Como a CF de 1988, no art. 5º, LXIX, nada diz a respeito de prazo fatal para a impetração de mandado de segurança, questionou-se nos Tribunais se a fixação de tal prazo decadencial por legislação ordinária seria constitucional. O STF decidiu a matéria editando a Súmula n. 632, reconhecendo a constitucionalidade do prazo decadencial previsto no art. 18 da Lei n. 1.533/51. A fluência do prazo só se inicia na data em que o ato a ser impugnado se torna operante ou exequível, vale dizer, capaz de produzir lesão ao direito do impetrante. (...) Quando a lei diz que o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á 'cento e vinte dias após a ciência do ato impugnado' (art. 18), está pressupondo o 'ato completo, operante e exequível. 'Não é, pois, o conhecimento oficioso do ato que deve marcar o início do prazo para a impetração, mas sim o momento em que se tornou apto a produzir seus efeitos lesivos ao impetrante" (v. "Mandado de Segurança", 30ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2007, p. 30/31).

De outro lado, como bem realçado na r. sentença, "o impetrante alega questão de fato sem que tenha apresentado prova pré-constituída. Sem essa prova, não há como se aceitar a alegação de coação por parte dos agentes. Também, por falta de prova, não é possível aferir se o impetrante estava ou não embriagado e se o resultado do teste do bafômetro pode ser afastado. Ou seja, ausente estaria o direito líquido e certo" (v. fl. 68).

Por, anota a douta magistrada *a quo* que:

> "(...) por conta do que reza o artigo 19 da Lei Federal nº 12.016/2009, a decadência para a propositura da ação mandamental enseja a extinção do processo, com a denegação da segurança, mas não significa que se decretou o afastamento do direito material em si, pois o seu mérito não foi enfrentado aqui, nem significa extinção do direito material buscado pela parte impetrante.
>
> Em outros termos, a decadência do direito de se valer da ação mandamental, que dá azo à extinção do feito, não implica na extinção do direito material da parte, que, entendendo-o violado, pode e deve agora buscar sua proteção e sua tutela em ação própria" (v. fl. 67).

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo do impetrante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 4003472-30.2013.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE AMERICANA, é apelado ENGEMAIA & CIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.571)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 6 de dezembro de 2018.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA – O direito não agasalha a tese do "devo, não nego, pagarei quando puder", não podendo o poder público argumentar com base em decreto que estabelece uma ordem de pagamento, sobretudo quando se observa que o débito em questão é relativo a período distinto daquele objeto de regulamento – Gestão ruinosa que não justifica a imposição, unilateral, da forma de pagamento da dívida pelo poder público – Existência da dívida que não se contesta, considerados os termos da resposta da Municipalidade e da perícia realizada – Sentença que contemplou o abatimento do valor devido de quantias já pagas pelo poder público municipal – Aplicação da LF nº 11.960/09 que haverá de se dar nos termos do julgamento do Tema 810 do STF, observado o que se decidiu nos Embargos de Declaração opostos ao respectivo acórdão – Apelação e reexame necessário parcialmente providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de ação de cobrança movida por Engemaia & Cia Ltda. em face

da Municipalidade de Americana, alegando a autora, em síntese, que prestou serviços relativos a poda e supressão de árvore para o referido Município em cumprimento a contrato firmado com a Administração Pública em maio de 2010. Aduz a requerente que a ré não efetuou o pagamento referente aos meses de dezembro de 2010 a junho de 2011, a despeito de o serviço ter sido realizado. Postulou o julgamento de procedência, com condenação da Prefeitura Municipal ao pagamento do montante devido, R$ 943.138,58, corrigido monetariamente desde o inadimplemento, e incidentes juros de mora, tanto quanto o pagamento de danos materiais, na modalidade de lucros cessantes, e reparação dos danos morais, tudo isto sem prejuízo da condenação em custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

A ação foi julgada parcialmente procedente, por entender o magistrado que incontroversa restou a inadimplência, cabendo apenas a fixação do valor devido, com apuração dos serviços efetivamente prestados, o que se fez na base de laudo produzido em juízo, e integralmente acolhido pela sentença. Na oportunidade, condenou a requerida ao pagamento de R$ 822.895,85, incidentes juros de mora, a contar da citação, e correção monetária, pela Tabela Prática, descontados eventuais pagamentos administrativos. Naquele momento, condenou-se a ré, ainda, nas custas e despesas processuais, fixados os honorários advocatícios em 0,5% sobre o valor da condenação. O pedido de reparação dos danos morais e materiais foi julgado improcedente, à falta de prova.

Em sede de apelação, a Municipalidade de Americana suscita o fato de que efetuou pagamento, em favor da autor, no valor de R$ 250.000,00, o que foi desconsiderado pela r. sentença. No mais, aduz que inexiste mora, pois "a quitação da ordem de pagamento se dará na data em que os recursos públicos disponíveis forem suficientes e contanto que outras ordens de pagamento não sejam mais idosas na fila em questão". E prossegue, "mesmo que haja vencimento do prazo estabelecido nas ordens de pagamento, a efetiva quitação não pode se dar antes da data em que o título em questão atingir o topo da fila cronológica de pagamentos". Diz, ainda, que a Municipalidade, desde 2014, vem expedindo decretos para suspender os pagamentos, em razão de "calamidade financeira". Aduz também que ao Judiciário não é dado interferir na ordem cronológica para pagamento, o que feriria o princípio da separação dos poderes. Pede a aplicação da Teoria da Reserva do Possível, ao tempo em que argumenta com questões orçamentárias. Por fim, subsidiariamente, postula a aplicação da Lei nº 11.960/09, para fins de juros de mora e correção monetária.

Vieram contrarrazões.

É o relatório.

Segundo se apurou, a autora, Engemaia & Cia Ltda., em 03 de maio de 2010, firmou com a Municipalidade contrato administrativo, com prazo de 12

Acesso ao Sumário

meses, para execução de serviços especializados de poda e supressão de árvore de pequeno, médio e grande porte em área urbana, destocamento mecanizado, com remoção e trituração de resíduos vegetais para o reaproveitamento em compostagem. Ressalta que referido contrato fora objeto de prorrogação de prazo, o que se deu por meio de três termos aditivos.

Na vigência do primeiro aditivo, é dizer, no período compreendido entre dezembro de 2010 e junho de 2011, a requerida deixou de efetuar os pagamentos devidos pelos serviços, tendo sido notificada pela requerente, em julho de 2011, acerca da suspensão da execução do contrato (fls. 106).

Incontroversa a existência da dívida, conforme se afigurou ao magistrado de 1º grau. Há documento, emitido pela própria Municipalidade, "Atestado técnico parcial" (fls. 149), no qual se afirma a realização dos serviços por parte da requerente no período relativo a 25 de maio de 2010 a 19 de junho de 2011. Em contrapartida, não há nenhum documento comprovando o respectivo pagamento. Sobre isto, aliás, colhe transcrever, por significativos, trechos do laudo:

> "CONTROVÉRSIA C – A PREFEITURA (FOLHA 129), CONTESTA O PAGAMENTO PORQUE HAVERIA SERVIÇOS PENDENTES.
>
> A prefeitura (folha 129) contesta que o não pagamento seria porque haveria serviços pendentes, se amparando no teor do terceiro aditamento ao contrato (folhas 44 e 45). Salvo melhor juízo, **tal argumento não procede**, haja vista que esse terceiro aditamento é datado de 05 de setembro de 2012, enquanto o atestado técnico de folha 149, **quatro meses antes**, 22 de maio de 2012, atestou **integral cumprimento** (100%) dos serviços aqui cobrados (folha 166).
>
> O perito consultou o especialista do Departamento de Licitações da Prefeitura Municipal de Americana de Monte Alto, Sr. Luiz Eduardo Arruda, que informou:
>
> É norma e praxe que os contratos administrativos (públicos) para execução de serviços continuados (caso em tela) poderão ter a sua prorrogação por até 60 meses, nos termos do art. 67, inciso II, da lei Federal 8666/93. Tais contratos são aditados ano a ano, para que fiquem adstritos a seus respectivos créditos orçamentários (reservas de recursos para pagamento de despesas), ou seja, os contratos (de prestação de serviços continuados) devem **necessariamente** estipular prazo de 1 ano, para ficarem adstritos **dentro do orçamento anual** a serem aditados (prorrogados) até o limite de 60 meses.
>
> Segundo esclarecimentos do Assistente Técnico da Engemaia Eng. Agr. Marcel Fernando Ambrozano, os serviços ditos no terceiro aditamento "não ainda totalmente realizados" se referem a serviços **a serem executados futuramente**, não devendo serem confundidos com **serviços já executados e não pagos cobrados nesta ação.** (grifo no original)

Acesso ao Sumário

Mais não fosse, veja-se que em sede de apelação a Municipalidade sequer contesta a dívida, limitando-se a justificar o inadimplemento.

Argumenta com a existência de uma "fila", quando é certo que não se trata de pagamento de precatório, mas sim de execução de contrato, cuja Cláusula Terceira, estabelece prazo de 30 dias para o pagamento, contados da data da emissão da nota fiscal referente a cada serviço realizado. A Cláusula Quarta, por sua vez, dispõe que a licitante vencedora será remunerada "com os recursos orçamentários que correrão por conta da dotação orçamentária da Secretaria de Obras e Serviços Urbanos" (fls. 41), descabendo argumentar com a existência de uma fila ou mesmo de interesse público, porquanto este nunca poderá ser invocado para justificar conduta que se põe à margem da lei.

Neste contexto, diga-se que o interesse público vê-se observado quando a Administração Pública paga o que deve, e, de outro lado, flagrantemente violado quando o poder público, valendo-se dos mais variados pretextos, nega-se a honrar compromissos assumidos com o particular.

Assim, ainda que bastante expressivo o valor devido, aquilo que foi ajustado não se pode desconsiderar na base de que as finanças públicas sofreriam forte impacto com o pagamento. O administrador público deveria ter pensado nisto antes de contratar, ou mesmo, antes de atrasar os pagamentos. Entendendo que havia alguma dificuldade, caber-lhe-ia ingressar em juízo, e não adotar uma postura de mau pagador, fugindo do compromisso assumido. Afinal, a Municipalidade expedira atestado técnico parcial, relativo à correta execução dos serviços contratados (fls. 149), devendo observância a certos princípios basilares da Administração Pública, como legalidade, moralidade e eficiência, nos termos do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Diga-se ainda que a lei orçamentária não é uma carta de intenções, resultando de um processo de elaboração que haverá de levar em conta a previsão da receita e a fixação da despesa, o que se aplica tanto ao plano plurianual, como à lei de diretrizes orçamentárias e à lei orçamentária anual, as três objeto da norma do artigo 165 da Constituição Federal.

Se a disponibilidade de caixa era insuficiente para que a Municipalidade pudesse honrar seus compromissos, dentre eles o pagamento da autora, este é fato para o qual não concorreu a credora que, sentindo-se prejudicada pela Administração Pública no exercício de seus direitos, recorre agora ao Judiciário, sendo absolutamente descabida a alegação de que a condenação ao pagamento fere o princípio da separação dos poderes, cabendo dizer que a Constituição Federal consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF).

Acesso ao Sumário

A obrigação de contratar somente à vista de previsão orçamentária obriga o administrador, não podendo ser oposta a omissão ao particular, que para ela

não concorreu, agindo de boa-fé. Nesse diapasão, não se trata de invocar o princípio da legalidade, mas, antes, o princípio da moralidade.

De mais a mais a justificativa para a inadimplência, pautada na expedição, pela Municipalidade, a partir de 2014, de decretos que suspenderam os pagamentos devidos pelo poder público, não colhe, haja vista que o descumprimento da obrigação que ora se discute se deu muito antes, nos anos de 2010 e 2011, período não abarcado pelos referidos decretos, portanto.

Com relação à compensação do valor pago administrativamente (R$ 250.000,00), é bem de ver que, ao contrário do que se afigurou à apelante, o magistrado ressalvou, na sentença, que do valor apurado pela perícia haveriam de ser "descontados eventuais pagamentos administrativos", nos exatos termos que postula a parte.

O recurso da Municipalidade comporta provimento no que tange à aplicação da Lei nº 11.960/09.

Sobre o valor devido, 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 nos termos da caderneta de poupança, conforme se decidiu no julgamento do RE 870.947, relativo ao Tema 810, ocorrido em 20/09/2017.

Os juros são os que remuneram as aplicações em caderneta de poupança, da ordem de 0,5% ao mês, enquanto a meta da Taxa SELIC ao ano for superior a 8,5%, ou 70% da meta da Taxa SELIC ao ano, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, nos demais casos, tudo nos termos da Lei Federal n.º 12.703/12.

É bem certo que o Supremo Tribunal Federal, apreciando os Embargos de Declaração opostos no RE 870.947, deferiu pedido de concessão do efeito suspensivo até a análise do aspecto relativo à modulação dos efeitos da orientação estabelecida no paradigma. Frente a isso, sem prejuízo do entendimento acima exposto, por cautela, relego para a oportunidade da execução a discussão da matéria, consignando que se deverá aplicar por ocasião da elaboração do cálculo o que for decidido pelo Pretório Excelso.

Ficam mantidas as disposições relativas à distribuição dos ônus da sucumbência e verba honorária, aplicando-se, aqui, a regra do artigo 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Nestes termos, dou parcial provimento ao recurso, tanto quanto 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.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0600442-74.2008.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ANTONIO ROBERTO RODRIGUES MARTINS (JUSTIÇA GRATUITA), APARECIDA DIAS BOTELHO, ANTONIO CODIGNOLI, ANTONIO DE FREITAS MACEDO, ANTONIO DE PÁDUA NUNÇO STABILLI DE ARRUDA, ANTONIO MANIERI, ANTONIO PALOMBO, ANTONIA CABRAL SCALLI, APPARECIDA DE LOURDES ORLANDI, APPARECIDA GATTI MANIERI, ARIOVALDO FERREIRA, ARLINDO MATADO, ARMANDO BUENO, ARMANDO SILVA e BENEDICTA ROSA MATIAS, é apelado 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: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.325)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 7 de dezembro de 2018.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: Recálculo de vencimentos – Aposentados e pensionistas de ex-funcionários da extinta FEPASA – URV – Lei 8.880/94 – Prescrição de fundo de direito afastada pelo C. Superior Tribunal de Justiça – Obrigação da Fazenda do Estado somente em pagar a complementação salarial – Tal obrigação não transforma os antigos empregados das empresas de ferrovias que deram origem à FEPASA em servidores públicos estaduais – Não há obrigação de fazer qualquer correção ou atualização do valor pago – Não há qualquer responsabilidade da Fazenda do Estado quanto à forma correta de converter salários em URV, por aplicação da Lei nº 8.880/94 para os pensionistas ou aposentados da FEPASA, já que estes recebem complementação de pensão ou proventos – Sentença mantida – Recurso improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação proposta por aposentados e pensionistas da antiga

FEPASA que entendem que a Fazenda Estadual não procedeu da forma determinada pela Lei nº 8.880/94, resultando em diferenças salariais que ferem a equiparação a que tem direito.

A ação foi julgada improcedente pela decisão de fls. 363/368 com o entendimento que os autores não fizeram qualquer prova do alegado prejuízo que teriam suportado, prova que a eles competia, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Os autores apresentaram recurso de apelação a fls. 370/385 dizendo que a hipótese dos autos envolve, também, dissídio coletivo, envolvendo a conversão nominal da moeda, diante da criação de uma nova unidade monetária nacional.

O recurso foi bem respondido (fls. 388/402).

O V. Acórdão de fls. 439/443 reconheceu a ocorrência da prescrição, com a extinção do processo, com resolução do seu mérito, nos termos do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil, prejudicados o recurso apresentado pelos autores.

Os autores interpuseram recurso especial a fls. 460/471 e recurso extraordinário às fls. 473/484.

A Fazenda do Estado apresentou contrarrazões ao recurso especial a fls. 487/503.

Os autos foram devolvidos a esta Colenda Turma diante do julgamento do mérito do Recurso Especial n° 1.101.726/SP pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, processado nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, com o entendimento de que é obrigatória a observância, pelos Estados e Municípios, dos critérios previstos na Lei n° 8.880/94 para a conversão em URV dos vencimentos e proventos de seus servidores, vedada a compensação com reajustes concedidos por lei superveniente (fls. 508/510).

Pelo v. acórdão de fls. 516/520 entendeu-se não ser o caso de retratação do julgado, nos termos do § 7º do art. 543-C do CPC, e devolveram-se os autos à E. Presidência da Seção de Direito Público, que admitiu o recurso especial (fls. 523/524) e inadmitiu o extraordinário (fls. 525).

Os autores interpuseram Agravo de Despacho Denegatório de Recurso Extraordinário (fls. 528/539), devidamente contraminutado (fls. 542/546).

O C. Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Recurso Especial para afastar a prescrição do direito de ação, determinando a remessa dos autos à origem, a fim de que prossiga na análise da demanda (fls. 557/559vº).

Em cumprimento à decisão do C. STJ, a Presidência da Seção de Direito Público considerou prejudicado o Agravo em Recurso Extraordinário e encaminhou os autos para esta C. 11ª Câmara de Direito Público (fls. 564).

É o relatório.

Superada a questão da prescrição do fundo de direito pelo C. Superior Tribunal de Justiça no REsp n° 1.639.304 (fls. 557/559vº), merece ser enfrentado o mérito da pretensão.

Os autores são aposentados e pensionistas de ex-funcionários da antiga FEPASA e recebem complementação de seus proventos ou pensões, complementação esta que é paga pela Fazenda do Estado de São Paulo. Ocorre, entretanto, que isto não os torna servidores públicos estaduais.

A responsabilidade da Fazenda Estadual se restringe ao pagamento de complementação da aposentadoria e/ou pensão, ou seja, é complementado o valor que o aposentado ou pensionista recebe da previdência social, para ser mantida a paridade com o empregado da ativa, na mesma classe e função.

Tal obrigação é decorrente de Lei Estadual nº 4.819/58, mas esta obrigação não transforma os antigos empregados das empresas de ferrovias que deram origem a FEPASA, em *servidores públicos estaduais.*

Os autores pretendem que a complementação de suas aposentadorias e/ou pensões seja convertida em URV da forma prevista na Lei nº 8.880/94, com a alegação de que a conversão feita não atendeu o comando legal, resultando em perda do valor do benefício recebido.

O pedido foge ao conceito de *complementação* de benefício, já que a complementação tem a finalidade de garantir ao aposentado ou pensionista o recebimento do valor da remuneração que receberia se o aposentado ou aquele que gerou o direito ao recebimento da pensão estivesse na ativa.

Como a obrigação da Fazenda do Estado é somente o pagamento da *complementação*, é certo que não tem ela a obrigação de fazer qualquer correção ou atualização do valor pago, mas somente efetuar o pagamento da diferença entre o valor percebido pelo servidor paradigma e o valor que é pagamento pela previdência social geral.

Na hipótese do servidor paradigma ter elevação dos seus vencimentos em razão de dissídio coletivo ou aumento salarial, sem que haja qualquer aumento no valor do benefício pago pela previdência social, deve a Fazenda do Estado efetuar o pagamento da diferença, trazendo aumento no valor do referido benefício.

De outra banda, quando há aumento no valor do benefício, sem elevação do salário do paradigma, é certo que a diferença paga pela Fazenda do Estado sofre diminuição, sem que haja qualquer irregularidade ou conduta em desconformidade com a legislação aplicável.

Os autores alegam que a diferença na forma de converter os vencimentos em URVs foi reconhecida pelo Tribunal Regional do Trabalho, no Dissídio Coletivo da categoria, existindo diferença a ser arcada pelos cofres estaduais.

Todavia, razão não lhes assiste.

Acesso ao Sumário

Ao julgar o Dissídio Coletivo nº 157/94, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região decidiu que os salários dos integrantes de determinadas classes de funcionários da extinta FEPASA foram convertidos erroneamente para URV em 01.03.1994 (fls. 142/148), mas não há indícios de que essa diferença tenha se mantido nos pagamentos ulteriores.

O direito reconhecido por aquela decisão decorre da paridade, sendo indispensável a demonstração de que eventual diferença salarial ainda persistia no momento do ajuizamento da ação, obrigação da qual os autores não se desincumbiram.

A questão foi minuciosamente analisada pelo Eminente Desembargador TORRES DE CARVALHO, por ocasião do julgamento da Apelação nº 0045813-71.2012.8.26.0053:

"COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA E PENSÃO. Ex-ferroviários da FEPASA. Dissídio coletivo TRT/SP nº 157/94. Errônea conversão em URV em 1-3-1994. Prescrição. Diferenças. 1. Prescrição. Prescreve em cinco anos a contar das datas em que realizada o direito à modificação do critério de conversão adotado pelo Estado por ocasião da implantação do Plano Real. Posição rejeitada pelo STJ, no entanto, que vem afirmando repetidas vezes que a prescrição nessa hipótese é parcelar, prevista no art. 3º, e não a prescrição nuclear prevista no art. 1º do DF nº 20.910/32. Prescrição apenas das parcelas anteriores ao quinquênio que antecede a propositura da ação. 2. Natureza do vínculo. O DE nº 35.530/59 configura não mais que o regulamento da atividade; recebeu o nome de Estatuto do Ferroviário, mas não transformou os empregados das estradas de ferro em funcionários públicos, nem a extensão de algumas vantagens próprias destes equiparou o regime jurídico de ambos. Eram e continuaram a ser regidos pela CLT. Aplicação integral da legislação que instituiu o Plano Real, como foi feito pela FEPASA. 3. Diferenças. Os autores não têm direito à extensão da revisão determinada em 1994 pelo TRT, pois não eram empregados e não são por ela atingidos. O direito decorre da paridade, isto é, da demonstração de que o repasse concedido aos paradigmas não lhes foi estendido; e essa demonstração não existe, nem foi mencionada na inicial. Inviabilidade de reconhecer uma diferença verificada em gênero, a partir dos salários-base e sem a consideração da situação pessoal de cada autor. Inexistência de prova do direito. Improcedência. Recurso dos autores provido em parte para afastar a prescrição e, prosseguindo com fundamento no § 3º do art. 515 do CPC, julgar a ação improcedente." (10ª Câmara de Direito Público j. 15.12.2014).

Acesso ao Sumário

Extrai-se do corpo do julgado que:

"A decisão no dissídio coletivo DC nº 157/94 não atinge os

aposentados. O direito decorre da paridade, da demonstração de que os ativos a que se equiparam tiveram o salário revisto, para então cuidar da equiparação com eles. Essa equiparação, à evidência, teve por base o salário básico de cada classe salarial, sem considerar as situações pessoais; (a) os empregados que, na ocasião, ganhavam mais que o salário base não sofreram prejuízo, pois a média quadrimestral pode ter sido outra; (b) ainda que os ativos tenham tido reajuste não repassado à complementação, não cabe discutir diferenças de treze anos antes, pois alterações supervenientes podem ter corrigido a defasagem; cabe aos autores demonstrar que a diferença persistia quando proposta a ação, e nada disso é mencionado na inicial; (c) conforme consta do acórdão, eventuais diferenças em março de 1994 foram absorvidas e compensadas com os reajustes seguintes, não havendo prova de diferença em seu favor."

Isto é o quanto basta para se concluir que não há qualquer responsabilidade da Fazenda do Estado quanto à forma correta de converter salários em URV, por aplicação da Lei nº 8.880/94, para os pensionistas ou aposentados da FEPASA, o que conduz ao desacolhimento do pedido inicial.

Dessa forma, merece ser mantida a sentença recorrida.

Pelo exposto, pelo meu voto, afastada a extinção do feito pela prescrição pelo C. Superior Tribunal de Justiça, nego provimento ao recurso.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1037898-75.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNIFY SOLUÇÕES EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA, é apelado PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U. Sustentou oralmente o dr. Luis Henrique Soares da Silva", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.223)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), GERALDO XAVIER e JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 29 de novembro de 2018.

Acesso ao Sumário

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação anulatória de débito fiscal – São Paulo – ISS – Obrigação do tomador de reter na fonte o ISS incidente sobre serviços de prestadores estabelecidos em outros Municípios e não inscritos no Cadastro de Empresas de Fora do Município (CPOM) – Art. 9º-A, § 2º, da Lei Municipal nº 13.701/03 – Empresa com estabelecimento prestador em Brasília subcontratada para a prestação de serviços ao Governo do Estado do Tocantins – Incompetência do Município de São Paulo – RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal ajuizada por UNIFY SOLUÇÕES EM TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO LTDA. contra o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

A autora foi contratada pelo Governo do Estado do Tocantins para a prestação de "*serviços de infraestrutura de telecomunicações, incluindo fornecimento de todos os insumos necessários (hardwares, softwares, instalações, configurações e treinamentos*" (fl. 17), tendo subcontratado a empresa SERVIMAXX, com estabelecimento prestador localizado em Brasília, para a execução de parte desses serviços.

Em virtude desses serviços, a autora foi autuada pelo Município de São Paulo a reter na fonte o ISS devido pela SERVIMAXX, nos termos do art. 9º-A, § 2º, da Lei Municipal nº 13.701/03, que impõe ao tomador de serviços estabelecido no Município de São Paulo a obrigação acessória de reter na fonte o ISS devido pelos prestadores estabelecidos em outros Municípios e não inscritos no Cadastro de Empresas de Fora do Município (CPOM).

A autora alega que o Município de São Paulo não tem competência para cobrar o ISS incidente sobre serviços prestados em outros Municípios, não se aplicando, ao caso, o disposto no art. 9º-A, § 2º, da Lei Municipal nº 13.701/03.

O Município de São Paulo apresentou contestação às fls. 199/212, defendendo a legalidade da exigência de cadastramento dos prestadores de serviços de outros Municípios no CPOM paulistano, "*De sorte que, em não existindo a devida inscrição no CPOM, obrigatória a retenção do Imposto devido pelo recebedor do serviço*" (fl. 201). Sustenta que o objetivo desta obrigação é "*coibir a prática conhecida como 'simulação', a qual, em geral, consiste no cadastramento de estabelecimentos 'virtuais' em município com reduzidas alíquotas de ISS*" (ibid.), coibindo a evasão fiscal.

Acesso ao Sumário

O feito foi julgado improcedente (fls. 401/405), sob o fundamento de que o cadastro no CPOM "*trata-se de obrigação acessória, pois referido cadastro não obriga todo e qualquer prestador, mas somente aqueles que emitam notas fiscais provenientes de outro Município e que queiram prestar serviços a tomador estabelecido na cidade de São Paulo. Portanto, não importa onde o serviço foi prestado, mas sim onde está sediado o tomador do serviço*" (fls. 403/404).

Foram fixados honorários advocatícios em 5% do valor da causa, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

Inconformada, a autora interpôs o presente recurso de apelação (fls. 430/457), reiterando as suas alegações iniciais.

O Município de São Paulo apresentou contrarrazões ás fls.462/475.

É o relatório.

De rigor o provimento do recurso.

A apelante é empresa prestadora de serviços nas áreas de equipamentos e softwares e telecomunicação e informática, desenvolvendo suas atividades em vários Estados do país, bem como nesta Capital do Estado de São Paulo, onde possui estabelecimento prestador.

Alega que, como parte da consecução de suas atividades, é comum a subcontratação de parte da execução dos serviços com empresas terceirizadas.

Relativamente a estes serviços, alega que, quando prestados em outros Municípios, o Município de São Paulo é incompetente para cobrar o respectivo ISS, não lhe sendo imponível, por conseguinte, a obrigação de reter o imposto na fonte, nos termos do art. 9º-A, §, 2º, da Lei Municipal nº 13.701/03.

Vejamos a questão mais de perto.

A Lei Municipal nº 13.71/03, em seu art. 9º-A (incluído pela Lei Municipal nº 14.042/05), prevê que:

> Art. 9º-A. **O prestador de serviço que emitir nota fiscal autorizada por outro Município, para tomador estabelecido no Município de São Paulo**, referente aos serviços descritos nos itens 1, 2, 3 (exceto o subitem 3.04), 4 a 6, 8 a 10, 13 a 15, 17 (exceto os subitens 17.05 e 17.09), 18, 19 e 21 a 40, bem como nos subitens 7.01, 7.03, 7.06, 7.07, 7.08, 7.13, 7.18, 7.19, 7.20, 11.03 e 12.13, todos constantes da lista do "caput" do art. 1º desta lei, f**ica obrigado a proceder à sua inscrição em cadastro da Secretaria Municipal de Finanças**, conforme dispuser o regulamento.
>
> [...]
>
> § 2º **As pessoas jurídicas estabelecidas no Município de São Paulo, ainda que imunes ou isentas, são responsáveis pelo pagamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, devendo reter**

Acesso ao Sumário

> **na fonte o seu valor, quando tomarem ou intermediarem os serviços a que se refere o "caput" deste artigo executados por prestadores de serviços não inscritos em cadastro da Secretaria Municipal de Finanças e que emitirem nota fiscal autorizada por outro Município**. (grifei).

Ou seja, todas as empresas estabelecidas em outros Municípios, quando forem prestar serviços a empresas estabelecidas no Município de São Paulo, devem se inscrever no Cadastro de Empresas de Fora do Município (CPOM).

Trata-se de dever instrumental, imposto aos prestadores de serviços de outros Municípios, no intuito de ampliar o controle do Município de São Paulo sobre as atividades cuja execução ou efeito útil devam se realizar em sua territorialidade, atraindo, por conseguinte, a sua competência tributária.

Nos casos em que estas empresas de outros Municípios não se inscreverem no CPOM, a lei atribuiu às empresas tomadoras, estabelecidas na cidade de São Paulo, o dever de reter na fonte o ISS devido.

Desta forma, o Município de São Paulo se resguarda de ambos os lados (do lado do prestador e do lado do tomador) contra eventuais evasões fiscais, que seriam muito facilitadas caso inexistisse qualquer forma de fiscalização sobre as atividades de empresas de outros Municípios que prestam serviços a empresas estabelecidas na cidade de São Paulo e que, portanto, devam recolher o ISS ao Fisco paulistano.

Nesse sentido, a legislação é perfeitamente constitucional, tendo sido reconhecida a sua constitucionalidade pelo Órgão Especial deste TJSP, no julgamento da ADI nº 9029095-49.2005.8.26.0000:

> Infere-se, por fim, como supra aludido (item VI - in fine), que o Município de São Paulo pode legislar de forma suplementar, *principaliter*, quanto ao interesse local e, na espécie, ele apenas criou mecanismos mais rigorosos para evitar a evasão fiscal que, em realidade, se constitui, no momento, num dos mais graves problemas dos entes políticos da federação, não se limitando aos territórios inter-municipais, como também inter-estaduais.

Ora, é evidente que o sentido da norma é resguardar o Fisco paulistano contra a evasão fiscal. Consequentemente, é também evidente que o Município de São Paulo só pode se resguardar contra a evasão de tributos que lhe cabe, em princípio, arrecadar.

Ou seja, diferentemente do que assentou o juiz de primeiro grau, o que importa definir aqui é fundamentalmente o local da prestação do serviço. É apenas quando se define o local da prestação do serviço que se torna possível saber qual o ente federado competente para a tributação daquela atividade.

Dito de outra forma, se os serviços não foram prestados em São Paulo, não cabe a São Paulo a arrecadação do respectivo ISS e, por conseguinte, também não lhe cabe fiscalizar qualquer atividade.

Acesso ao Sumário

A Lei Municipal nº 13.701/03 é constitucional, mas é evidente que os seus dispositivos se aplicam apenas no âmbito da competência tributária do Município de São Paulo. Em outras palavras, apenas os prestadores e tomadores cujos serviços ou a percepção de seus efeitos úteis devam se realizar na territorialidade de São Paulo estão adstritos aos termos da lei paulistana.

O caso dos autos é ilustrativo: a apelante possui estabelecimento prestador no Município de São Paulo, mas foi contratada pelo Governo do Estado do Tocantins para prestar serviços no Estado do Tocantins. Nesse intento, a apelante subcontratou os serviços de empresa estabelecida em Brasília para auxiliá-la na execução do contrato.

Nessa hipótese, o Município de São Paulo não pode impor à apelante a obrigação acessória de reter o ISS na fonte tão somente porque ela é empresa estabelecida em São Paulo e porque a subcontratada é empresa de outro Município não inscrita no CPOM paulistano.

Antes de sabermos se o Município é competente para impor à apelante a obrigação acessória (reter na fonte o valor do imposto), devemos questionar se ela é competente para impor à subcontratada a obrigação principal (pagar o tributo). Se a Municipalidade não é competente para tributar, também não é competente para fiscalizar, estipular deveres instrumentais, aplicar multas etc. Não se aplicam, portanto, os dispositivos da lei municipal.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso**, para que seja reformada a sentença apelada e para que seja **JULGADA PROCEDENTE a ação**, anulando-se o auto de infração impugnado.

Ante a reversão do julgado, arbitro os honorários devidos pelo Município de são Paulo ao patrono da apelante, com esteio no art. 85, § 3º, I, do CPC, em 15% do valor atualizado da causa (já contabilizada a majoração decorrente do § 11).

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002235-60.2015.8.26.0471, da Comarca de (...), em que são apelantes L.R.V., A.D.D. e M.A.Z., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.939)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores

ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA e MARREY UINT.

São Paulo, 11 de dezembro de 2018.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Contratação de escolas de samba, blocos de carnaval e trio elétrico para o carnaval de rua, realizado em 2015, no Município de (...), por meio de repasse de subvenções, autorizadas por meio de Lei Municipal – Alegação de cometimento de atos de improbidade administrativa, por não ter sido precedida a contratação, de licitação – Outrossim, declaração de ilegalidade da lei municipal – Descabimento "in casu" – Lei Municipal nº 5.333/14, que trata do repasse das subvenções de caráter social, nos termos do art. 12, inciso I, da lei 4.320/64, para entidades de caráter publico ou privado, sem fins lucrativo – O Carnaval é evento cultural e social, reconhecido pelo Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional (IPHAN), como patrimônio cultural e imaterial – Legalidade da Lei Municipal nº 5.333/14, que dispõe sobre o repasse de subvenções para a realização do carnaval de rua, tradicional na cidade de (...) – Contratação das escolas de samba lastreadas pela referida lei Municipal, dentro da legalidade – Ademais, as demais contratações dos blocos de carnaval e do trio elétrico, foram feitas em valores que autorizam a dispensa de licitação, nos termos da Lei de Licitação – Reconhecimento, ademais, de inexistência de prejuízo ao erário público municipal, bem como, inocorrência de dolo, má-fé, ou de proveito pessoal dos agentes públicos envolvidos – Sentença reformada – Recursos providos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelações (fls.920/960, 1026/1048, 1054/1076, interpostas em face de sentença (fls.897/909), cujo relatório se adota, proferida em ação civil pública, proposta pelo Ministério Público contra L.R.V., A.D.D. e M.A.Z., o primeiro, então Prefeito da Municipalidade de (...), e os dois últimos, ocupando o cargos de Diretor de Esporte, Cultura e Turismo e Secretário de

Desenvolvimento Social e Urbanismo, respectivamente, por haverem contratado, sem procedimento licitatório, escolas de samba, blocos de carnaval e banda (trio elétrico), para a realização do carnaval de rua, com base em Lei Municipal, que segundo alegou o Ministério Público, é de manifesta ilegalidade, pois, não é dotada de generalidade e abstração. Assim requereu, liminarmente, a averbação premonitória da presente ação civil pública nos registros públicos de imóveis, de veículos e na Junta Comercial, pleiteando, quanto ao mérito, a declaração ilegalidade da Lei Municipal nº 5.333 de 19 de novembro de 2014, declaração de nulidade das contratações, devolução dos valores pagos aos contratados para o erário público municipal, e a condenação solidária e pessoal dos envolvidos, nas penas da lei de improbidade administrativa, bem como, o pagamento das despesas processuais. A ação foi julgada procedente.

Opostos embargos de declaração, a fls.914/918, rejeitados a fls. 1011/1012.

Apelam os vencidos, buscando a reforma total do julgado. Apelação de A.D.D., a fls. 920/960, de M.A.Z., a fls. 1026/1048, e a de L.R.V., a fls. 1058/1113.

A fls. 1019/1022, o réu M.A.Z., pleiteou a substituição da constrição consistente na averbação premonitória da ação civil pública efetivada nos cartórios de registros de imóveis, nas matrículas de sua propriedade, por caução em dinheiro, a ser depositado judicialmente, alegando que opera no mercado imobiliário de venda e compra de imóveis e aduz que a maior parte das vendas, somente é efetivada por meio de financiamento bancário, e as instituições financeiras não liberam nenhum financiamento para compra de imóveis que possuam restrições como garantia de obrigação, como no presente caso.

A.D.D., inicialmente, reiterou o pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, que aduz que não foi apreciado. Preliminarmente, levantou as preliminares de cerceamento de defesa, julgamento *extra petita* e ilegitimidade de parte. Quanto ao mérito, alegou que não foi comprovado o prejuízo ao erário público ou aos princípios da Administração Pública, bem como, o dolo ou a má-fé, necessários à configuração do ato de improbidade administrativa. Por fim, afirma que a condenação à perda da função pública é sanção desproporcional à gravidade da conduta apurada.

M.A.Z., em seu apelo, levanta preliminar de cerceamento de defesa, ausência de fundamentação da sentença proferida e julgamento *extra petita*. No mérito, defende que a Lei Municipal nº 5.333/2014, não é ilegal, que inexiste ilegalidade no ato que praticou, e não está demonstrado o dano ao erário. Subsidiariamente, alega excesso nas penas que lhe foram imputadas.

L.R.V. pede, inicialmente, pelo diferimento do pagamento das custas processuais. No mérito, aduz que não há ilegalidade na concessão da subvenção, por meio de lei, e também, que a contratação dos blocos de carnaval, e o aluguel

Acesso ao Sumário

do trio elétrico, observaram as regras previstas na lei de Licitações. Assevera que não houve caracterização de má-fé ou da vontade de fraudar a lei, bem como, de efetivo dano, necessário à configuração do ato de improbidade administrativa.

Contrarrazões a fls. 1078/1113.

Parecer Ministerial, a fls. 1122/1134, pelo reconhecimento de nulidade da sentença, por se tratar de decisão *extra petita* e *citra petita*, e, quanto ao mérito, opina pelo provimento dos recursos.

É o relatório.

Inicialmente, defere-se ao corréu M.A.Z. a substituição da averbação premonitória da ação civil pública, efetuada nas matrículas de seus imóveis, por depósito judicial, no valor apontado, a fim de garantir o pagamento de eventual condenação à devolução de valores ao erário municipal.

Outrossim, concede-se os benefícios da assistência judiciária ao ora apelante A.D.D.

Por fim, defere-se o pagamento de custas e despesas processuais, para o final, ao apelante L.R.V., após o transito em julgado do presente apelo.

Analisam-se as apelações.

A presente ação civil pública, julgada procedente, fundamentou-se na realização indevida de contratação direta por agentes públicos do Município de (...), de escolas de samba, blocos de carnaval e de trio elétrico, para participação nas atividades do carnaval de rua do ano de 2015, que foi efetivada sem o prévio procedimento licitatório, ou outro processo análogo que resguardasse a devida competitividade, a aferição de critérios técnicos, a escolha de melhor preço, bem como, deixou de observar os critérios e formalidades da lei que autoriza a concessão de subvenções.

A r. sentença guerreada não merece prosperar. Foi declarada a ilegalidade da Lei Municipal 5.333/2014, e, por consequência, a irregularidade das despesas fundamentadas na referida lei, atribuindo aos apelantes atos de improbidade administrativa, previsto no art. 10, incisos VIII e IX, da Lei 8.429/92, condenando-os à devolução aos cofres públicos do valor do dano causado e ao pagamento de multa civil.

Analisam-se primeiramente, as preliminares apontadas pelos apelantes.

Não ocorreu o cerceamento de defesa, pelo julgamento antecipado da lide. Os documentos carreados aos autos mostraram-se suficientes para a apreciação dos fatos descritos na inicial da ação civil pública. Assim, desnecessária a produção de provas, pois, as existentes (documentos), são suficientes para o deslinde da causa.

Alegam os apelantes A. e M., que a sentença é *extra petita*, pois os condenou por ato de improbidade diverso daqueles que lhes é imputado na

inicial.

De fato, os fatos que foram atribuídos aos correús, ora apelantes, como ímprobos, referem-se à irregularidade na contratação de blocos de carnaval para do desfile de rua e do trio elétrico.

Porém, a r. sentença limitou-se a reconhecer a ilegalidade da lei municipal e a irregularidade da liberação das verbas dela decorrente. A sentença proferida também é citra petita, pois deixou de apreciar e decidir sobre a contratação direta dos blocos. No entanto, os presentes recurso serão analisados pelo mérito.

Quanto à alegação de ausência de fundamentação da r. sentença, aduzem que a Mm. Juiza de Primeiro Grau, não explicou o motivo para a incidência das regras de licitação à subvenção, e ainda, não apresentou as razões que a levaram a decidir pela não caracterização da dispensa de licitação.

Sem razão, porém, quanto a este tópico.

A Mm. Juiza sentenciante considerou que a entrega de dinheiro público às escolas de samba representava um contrato da Administração Pública, e, portanto, deveria se submeter à lei de Licitações.

No entanto, no que se refere à falta de decisão judicial sobre a dispensa de licitação, esta realmente ocorreu, havendo omissão sobre referida questão, que não foi apreciada, mas será sanada nesta fase recursal.

Primeiramente, consigna-se que é o entendimento consolidado deste Relator, e da Turma Julgadora, que, para se configurar ato de improbidade administrativa, é necessário que esteja comprovado, sem a menor dúvida, o dano patrimonial ao erário público, o dolo, ou a má-fé, consistente no ato do agente público de lesar o erário em proveito próprio.

Verifica-se que, no caso dos presentes autos, não ocorreu nenhuma das circunstâncias aptas a autorizar o reconhecimento de configuração de atos de improbidade administrativa.

Como bem observado pelo douto Procurador de Justiça oficiante, o repasse de verbas para as instituições que fazem o carnaval de rua, é feita por meio de subvenção de caráter social, nos termos do art. 12, inciso I, da lei 4.320/64, não se vislumbrando qualquer impedimento para que as escolas de samba sejam beneficiadas. Isto porque o carnaval é patrimônio cultural imaterial, reconhecido pelo Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional (IPHAN). Desta forma, os elementos que fazem parte desta celebração cooperam para a produção da cultura brasileira. Portanto, a concessão de subvenções à escola de samba é prática comum no Brasil e não comporta reprovação, quando atende os requisitos legais, conforme se verificou no caso dos presentes autos.

No que tange á contratação direta dos blocos de carnaval, a irregularidade que se cogita é a concessão de subvenção sem a edição de lei específica para tanto. Contudo, referida conduta não foi descrita na inicial acionária e não

Acesso ao Sumário

podem os apelantes serem responsabilizados por ela. Ainda que assim não fosse, verifica-se que o valor em que foram contratados os blocos de carnaval e o trio elétrico, é inferior ao valor estipulado para a necessária realização de licitação, sendo caso de dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso II, da lei 8.666/93, que determina ser dispensável a licitação para outros serviços e obras de valor de até 10% do preço previsto na alínea "a", do art. 23, da mesma lei, ou seja, até a R$ 8.000,00 (oito mil reais). E os blocos de carnaval, que desfilaram em dias distintos, foram contratados por R$ 1.850,00 (Hum mil, oitocentos e cinquenta reais), sendo que o bloco de carnaval "Espada de Ouro" que recebeu subvenção maior, no valor de R$ 2.900,00, (dois mil e novecentos reais), na verdade, desfilou com número maior de pessoas, por ser Escola de Samba, mas participou como bloco, por não ter comprovado regularidade técnica e fiscal para a apresentação como escola.

Por fim, no que tange á declaração de ilegalidade da Lei Municipal nº 5.333/14, afasta-se, pois, tal decreto. É que as subvenções não estão regidas pela lei de Licitações, haja vista que se destinam a instituições públicas ou privadas, de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa. Desta forma, os valores repassados constituíram-se de despesas próprias da programação de eventos culturais e artísticos do Município de (...). E a edilidade possui certa discricionariedade em transferir recursos a títulos de subvenções sociais na esfera cultural, como "in casu", ocorreu.

Assim, descaracterizado está, o ato de improbidade administrativa, afastando-se, portanto, as sanções impostas aos ora apelantes.

Isto posto, dá-se provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 8000518-55.2013.8.26.0014, da Comarca de São Paulo, em que é apelante IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A, é apelado FAZENDA 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. Por maioria de voto, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.293)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIS FERNANDO NISHI (Presidente), MIGUEL PETRONI NETO, ROBERTO MAIA, PAULO AYROSA e PAULO ALCIDES.

São Paulo, 21 de janeiro de 2019.
LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: MEIO AMBIENTE – APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – MULTA ADMINISTRATIVA – REVENDA E DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS – CONTAMINAÇÃO DO SOLO – DESÍDIA DA EMBARGANTE EM TOMAR AS PROVIDÊNCIAS IMPOSTAS PARA AMENIZAR O DANO AMBIENTAL, MESMO NOTIFICADA E AUTUADA INÚMERAS VEZES – INTELIGÊNCIA DO ART. 8º DA RESOLUÇÃO CONAMA Nº 237/2000 – APLICAÇÃO CORRETA DA LEGISLAÇÃO VIGENTE – SENTENÇA MANTIDA – O art. 8º da Resolução CONAMA 237/2000 é expresso ao estabelecer a responsabilidade solidária dos proprietários, arrendatários ou responsáveis pelo estabelecimento e pelos equipamentos, bem como dos fornecedores de combustível que abastecem ou abasteceram a unidade pela adoção de medidas, para controle de situação emergencial e saneamento das áreas impactadas – Autuação decorrente da desídia da embargante em tomar as providências impostas para amenizar o dano ambiental, mesmo notificada e autuada inúmeras vezes – Ação que tem por objeto AIIPM lavrado em razão de nova e reiterada desídia da embargante, não havendo se falar, portanto, de "bis in idem" – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por **IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A** contra respeitável sentença de fls. 302/305 que, nos autos dos embargos à execução opostos em face da **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, os rejeitou.

Irresignada, **recorre a embargante** (fls. 312/324), sustentando, em síntese, a ausência de prova do dano ambiental, conforme monitoramento do solo apresentado pelo Posto, não sendo absoluta a afirmação do ente público quanto à sua existência; ausência de prova da sua responsabilidade pelos supostos danos; ausência de apresentação da íntegra do processo administrativo, o que afasta a

regularidade da CDA; na esfera administrativa, a responsabilidade pelos danos ambientais é subjetiva, não sendo, portanto, parte legítima para figurar no polo passivo da execução, já que não há qualquer conduta culposa de sua parte; foi autuada em 2009 e 2010 pelos mesmos motivos que ensejaram a autuação que deu causa à execução; foram aplicadas, portanto, três sanções em razão do mesmo fato, caracterizando "bis in idem", vedado pelo ordenamento jurídico.

Recurso processado, com contrarrazões (fls. 346/358) e Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 366/368).

É o relatório, passo ao voto.

Extrai-se dos autos que a embargante foi autuada por meio do **Auto de Infração e Imposição de Penalidade de Advertência AIIPA 45004341**, lavrado em 30.11.2009, por "***ter concorrido para a contaminação do solo e as águas subterrâneas com combustíveis (...)",*** tornando-os ***"impróprios, nocivos ou ofensivos à saúde e inconvenientes ao bem-estar público***" (fls. 127).

Na oportunidade, o órgão ambiental determinou que a autora atendesse, de imediato, às exigências técnicas ali elencadas. Como a embargante não as atendeu, continuando, portanto, a concorrer para a contaminação do solo e das águas subterrâneas no local, em 08.04.2010, a Cetesb aplicou-lhe nova penalidade de Advertência, agora veiculada no **AIIPA 45004578**, estabelecendo prazo para o atendimento das exigências novamente consignadas no Auto (fls. 188).

A embargante recorreu administrativamente e teve sua impugnação rejeitada, com reiteração das exigências não atendidas (fls. 246/248).

No entanto, ainda assim, permaneceu inerte, levando a Cetesb a aplicar-lhe a penalidade de multa por meio do **Auto de Infração e Imposição de Penalidade de Multa AIIPM 45002515** (fls. 250/251), objeto da presente demanda.

De início, afasta-se a alegada irregularidade da CDA, por não estar acompanhada do processo administrativo que ensejou a inscrição da dívida. A CDA constitui título executivo extrajudicial, portanto, prescinde de qualquer outro documento para comprovar a existência da dívida líquida, certa e exigível, ali documentada. Vale anotar, ademais, que a própria embargante tem acesso ao procedimento administrativo, tendo assegurado, inclusive, o exercício do direito de defesa naquele âmbito.

A atividade fiscalizatória da Cetesb demonstra a existência de contaminação, sendo certo que a embargante não nega ser fornecedora de combustíveis ao Posto instalado no local.

A aplicação de sanção daí decorrente consiste em ato administrativo praticado por profissional técnico, baseado em poder de polícia ambiental e que goza de presunção de legalidade e legitimidade.

Assim, ao alegar a inexistência dos danos e irregularidades apontados, cabia à embargante desconstituir a presunção de veracidade do ato administrativo praticado, o que não fez. Ao contrário, em sua defesa administrativa chega até mesmo a admitir a ocorrência e alega ter auxiliado na adoção das medidas cabíveis (fls. 262/263).

A respeito da responsabilidade da embargante, versa o art. 8ª da **Resolução nº 237/2000 do CONAMA:**

> ***"Em caso de acidentes ou vazamentos que representem situações de perigo ao meio ambiente ou a pessoas, bem como na ocorrência de passivos ambientais, os proprietários, arrendatários ou responsáveis pelo estabelecimento, pelos equipamentos, pelos sistemas e os fornecedores de combustível que abastecem ou abasteceram a unidade, responderão solidariamente, pela adoção de medidas para controle da situação emergencial, e para o saneamento das áreas impactadas, de acordo com as exigências formuladas pelo órgão ambiental licenciador".***

O dispositivo é expresso ao estabelecer a responsabilidade solidária dos responsáveis pelos equipamentos, bem como dos fornecedores de combustível que abastecem ou abasteceram a unidade pela adoção de medidas, para controle de situação emergencial, e para o saneamento das áreas impactadas.

Destarte, a autuação foi corretamente lavrada em desfavor da apelante, que possui responsabilidade solidária pela adequada manutenção dos equipamentos e a conservação das perfeitas condições de funcionamento.

A nova autuação foi decorrente da desídia da autora em tomar as providências impostas pela Cetesb, mesmo notificada e autuada inúmeras vezes. Não há porque se falar, portanto, em "bis in idem", mas, sim, em verdadeira reincidência.

A possibilidade de aplicação de multa em razão da reincidência e do não atendimento das exigências necessárias para a correção de irregularidades está expressamente prevista nos artigos 85 e 86, §1º do DE nº 8.468/76, com redação dada pelo Decreto 39.551/94, *verbis*:

> ***Artigo 85 - A penalidade de multa será imposta quando da constatação da irregularidade ou, quando for o caso, após o decurso do prazo concedido para sua correção, caso não tenha sido sanada a irregularidade.***
>
> ***Artigo 86 - Nos casos de reincidência, a multa será aplicada pelo valor correspondente ao dobro da anteriormente imposta.***
>
> ***§ 1.º - Caracteriza-se a reincidência quando for cometida nova infração da mesma natureza.***

Nesse sentido, trilha a jurisprudência das **1ª e 2ª Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente** do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Acesso ao Sumário

"AÇÃO AMBIENTAL. Álvares Florence. Posto de combustível. Saneamento ambiental. Responsabilidade. LF nº 6.938/81, art. 3º IV e 14 § Iº. A distribuidora de combustível e proprietária dos tanques é responsável indireta pela atividade causadora da degradação ambiental e responde pela reparação dos danos causados ao ambiente, decorrentes de sua atividade. Correta, portanto, a sua inclusão no polo passivo e a condenação da distribuidora e dos proprietários a apresentar à CETESB o estudo de impacto ambiental e a remediar o dano que for constatado, sem prejuízo de eventual regresso com o causador direto. Recursos desprovidos"[1].

"AÇÃO ANULATÓRIA. MULTA CESSAÇÃO DE ATIVIDADES DE POSTO DE COMBUSTÍVEIS. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO, PELA DISTRIBUIDORA, DE ESTUDO DE PASSIVO AMBIENTAL POR SER SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEL. LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. ART. 8º DA RESOLUÇÃO CONAMA Nº 273/2000. APLICAÇÃO CORRETA DA LEGISLAÇÃO VIGENTE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. PENALIDADE APLICADA CONFORME CRITÉRIOS LEGAIS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

I- Tendo sido comprovado que a atividade econômica desenvolvida pela distribuidora de combustíveis esteja diretamente relacionada à eventual passivo ambiental em imóvel em que foi instalado o posto revendedor, de rigor o reconhecimento, à luz do art. 225, § 3º, da CF, do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 e art. 8º da Resolução Conama nº 273/2000, de é responsável solidariamente pela apresentação de estudo de passivo ambiental. Assim, diante da desídia da autora, que implicou em dupla reincidência, era mesmo de se impor a responsabilização da autora e a imposição de multa.

II- Contendo o auto de infração todos os elementos necessários para a identificação da conduta da autora, bem como da penalidade aplicada, encontra-se o instrumento formalmente em ordem, não havendo qualquer nulidade;

III- Cabe ao agente ambiental, quando da aplicação da sanção, observar os parâmetros da lei, o que foi feito, não havendo que se falar em correção por inexistente erro ou abuso" [2].

"MULTAAMBIENTAL. Ação anulatória. Capital. Contaminação do solo e águas subterrâneas. Art. 2º, 3º, V, 51, 80, incisos e §2º, 81, II, 84, III, 85 e 94 do DE nº 8.468/76. LE nº 997/76.

Acesso ao Sumário

1 Apelação nº 0002565-07.2008.8.26.0664, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 06.09.2012.

2 Apelação nº 1010500-27.2015.8.26.0053, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel. Des. Paulo Ayrosa, j. em 17/09/2015.

Aplicação de multa pelo descumprimento de advertências previamente aplicadas. Alegação de 'bis in idem'.

– 1. Autuação. A empresa autora foi reiteradamente alertada e orientada sobre as medidas necessárias à remediação do solo e à reparação ambiental da área; antes que fosse apenada com multa, fora advertida três vezes; descumpridas as advertências e as exigências técnicas delas constantes, foi multada e, persistindo o descumprimento, outra multa foi aplicada. Não há que se falar em 'bis in idem' nas autuações que impuseram multa à autora; a infração cometida pela empresa diz respeito à agressão que, uma vez não sanada, se prolonga no tempo e dá ensejo a novas autuações; a desobediência às exigências técnicas e ao cronograma estabelecido justificam a nova autuação e a multa imposta.

– 2. Multa. Classificação. A classificação da multa como gravíssima está devidamente justificada pela CETESB. A motivação para a autuação se vislumbra do próprio histórico do caso e a alegada boa-fé da empresa não foi desconsiderada; tanto que apenas após três advertências e passados quase três anos é que a primeira multa foi aplicada. A efetiva remediação do dano só foi concluída após a imposição da penalidade mais rigorosa, o que por si só já denota o acerto da administração.

– 3. Multa. Valor. O valor da multa de 5001 UFESP enquadra-se no mínimo estabelecido para as infrações gravíssimas, não havendo qualquer ilegalidade ou abuso que permita a interferência do Poder Judiciário nos atos administrativos. Procedência. Recurso da ré provido. *(TJSP; Apelação/Reexame Necessário 1020293-87.2015.8.26.0053; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 23/03/2017; Data de Registro: 25/03/2017)*

Ausente, portanto, qualquer vício, subsiste o Auto de Infração Ambiental lavrado pela Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, **devendo ser mantida integralmente a r. sentença pelos seus próprios e bem lançados fundamentos.**

Ante o não provimento do recurso, majoro os honorários advocatícios devidos pela embargante para 15% do valor da causa atualizado, em consideração ao trabalho adicional desenvolvido em sede recursal, nos termos do artigo 85, §11 do CPC.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso.**

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 25.293)

Ementa: Execução fiscal – Embargos – Multa que não atribui ao executado a conduta típica da infração – Distribuidora de produtos que responde pela reparação do dano e atendimento emergencial na esfera civil – Responsabilidade administrativa afastada – Embargos acolhidos – Execução extinta – Recurso provido.

1:- Adota-se o relatório da r. sentença.

2:- A execução fiscal tem como objeto a multa imposta à apelante pela Agência Ambiental da Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental (CETESB) em São Paulo/SP, por meio do Auto de Infração nº 45002515, lavrado em 13.07.2010, *por ter concorrido para a contaminação do solo e água subterrânea com combustíveis, tornando-os impróprios, nocivos e ofensivos à saúde e inconvenientes ao bem estar público, e não ter atendido as exigências.*

A capitulação que consta da Certidão é a seguinte: "*Art. 2º combinado com 3º Inciso V e parágrafo único do art. 80 do Regulamento da Lei 997, de 31/05/76, aprovado pelo Decreto 8468, de 08/09/76 e suas alterações. Nos termos do inciso II do art. 81(*), 94, 84(*) inciso I e 85, todos do citado Regulamento. (*) Alterado pelo Decreto 39.551, de 18/11/94*".

Pela capitulação legal tem-se que:

"Art. 2º do Regulamento da Lei 997 de 1976: Fica proibido o lançamento ou a liberação de poluentes nas águas, no ar ou no solo.

Art. 3º: Considera-se poluente toda e qualquer forma de matéria ou energia lançada ou liberada nas águas, no ar ou no solo:

Inciso 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.

Art. 80 - As infrações às disposições da lei n. 997, de 31 de maio de 1976, deste Regulamento, bem como das normas, padrões 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

Acesso ao Sumário

do infrator;

Parágrafo único - Responderá pela infração quem por qualquer modo a cometer, concorrer para sua prática ou dela se beneficiar."

A Certidão de Dívida Ativa que ensejou a execução dispõe que a conduta tipificada através da legislação mencionada diz respeito a proibição de lançamento ou liberação de poluentes nas águas que a tornem impróprias ou nocivas a saúde.

A tipificação descrita na infração não condiz com a conduta que se pretende imputar a apelante. Ela não concorreu para a prática da infração.

Cuida-se de fornecedora de combustíveis. Ela forneceu o combustível armazenado nos tanques do posto de revenda.

Ela não praticou a ação descrita na tipificação do artigo capitulado no Auto de Infração.

Não existem elementos que levam a concluir que a apelante teve a ação de *lançar ou liberar poluentes nas águas, no ar ou no solo*, sobretudo na esfera do elemento subjetivo, que é da natureza da infração administrativa ambiental.

Se a Conduta é a de ter concorrido para a contaminação do solo e águas subterrâneas com combustíveis, tornando-os impróprios, nocivos e ofensivos à saúde e inconvenientes ao bem-estar público, e não ter atendido as exigências legais, caberia ao agente que autuou descrever a conduta culposa ou dolosa.

Realmente, conforme esclarecido pela apelante, a ausência de descrição clara e íntegra da infração com a qual ela teria concorrido, impõe a invalidade do Auto de Infração, com base no artigo 8º, inc. II Lei 10.177 de 1998 que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública.

A Resolução CONAMA 273, de 2000 referida no voto do Relator, também não guarda pertinência com o caso, uma vez que se cuida de conduta tipificada para a responsabilidade civil ambiental. A distribuidora até responde pelo dano causado. Mas na esfera da responsabilização para reparação dos danos porque a referência à responsabilização é quanto ***adoção de medidas para controle da situação emergencial, e para o saneamento das áreas impactadas***. O texto é claro e não comporta interpretação diversa:

> *"Art. 8º - Em caso de acidentes ou vazamentos que representem situações de perigo ao meio ambiente ou a pessoas, bem como na ocorrência de passivos ambientais, os proprietários, arrendatários ou responsáveis pelo estabelecimento, pelos equipamentos, pelos sistemas e os fornecedores de combustível que abastecem ou abasteceram a unidade, responderão solidariamente, pela adoção de medidas para controle da situação emergencial, e para o saneamento das áreas impactadas, de acordo com as exigências formuladas pelo órgão ambiental licenciador."*

Acesso ao Sumário

Pelo meu voto declaro a nulidade do Auto. Acolho os embargos e extingo a execução pela ausência de título executivo.

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

MIGUEL PETRONI NETO, Desembargador, 2º Julgador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000105-68.2008.8.26.0075, da Comarca de Bertioga, em que são apelantes ENIO XAVIER e LAIRTON GOMES GOULART, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO 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 parcial provimento aos recursos para reduzir as penas aplicadas, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.393)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), JARBAS GOMES e MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 22 de janeiro de 2019.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Ação de Improbidade administrativa. Prefeito Municipal e Chefe de seu Gabinete que, às vésperas de pleito eleitoral, procedem à transferência do posto de serviço de funcionário – filiado a coligação político-partidária rival – a dependência de zeladoria. Ato sancionado pela Justiça Eleitoral e marcado por desvio de finalidade. Elementos probatórios constantes dos autos suficientes à manutenção da solução condenatória. Recursos parcialmente providos para mitigação e adaptação das penas.

VOTO

I. Ação Civil Pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO para apuração de atos de improbidade administrativa contra LAIRTON GOMES GOULART e ENIO XAVIER, que, à época dos fatos, eram, respectivamente, Prefeito do Município de Bertioga e Chefe de Gabinete da Prefeitura de Bertioga. A imputação é a de que teriam alterado o posto de

Acesso ao Sumário

trabalho do servidor municipal Jaime Furtado de Mello Junior, ocupante do cargo de Administrador do almoxarifado central da prefeitura, e detentor de formação em Administração de Empresas, para o "quartinho da zeladoria", conhecido informalmente como "quartinho da faxina", logo após saberem que ele era filiado a outro partido político. Afirma que tal conduta afrontou os princípios que regem a Administração Pública, pois, "*por questões eminentemente políticas e como forma baixa e ignóbil de retaliação, os requeridos determinaram a transferência do servidor municipal Jaime Furtado de Mello Junior, a partir do dia 05 de agosto de 2004, ou seja, dentro do período vedado por Lei e, coincidência ou não, um dia após a malfadada reunião ocorrida perante a 272ª Zona Eleitoral*." (textual – fls. 06). Pede a procedência da ação, para serem os corréus condenados às penas previstas no artigo 12, inciso III, da Lei Federal nº 8.429/92.

A r. sentença de fls. 684/694, declarada a fls. 766/767, de relatório adicionalmente adotado, julgou procedente a ação, para "*condenar os requeridos nas seguintes penalidades:* ***Lairton Gomes Goulart*** *a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 03 (três) anos e pagamento de multa civil no valor de 50 vezes o valor da remuneração que percebia no cargo que ocupava e a proibição de contratar com o poder público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoas jurídicas da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 anos;* ***Ênio Xavier*** *a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 03 (três) anos e pagamento de multa civil no valor de 50 vezes o valor da remuneração que percebia no cargo que ocupava e a proibição de contratar com o poder público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoas jurídicas da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 anos. Condeno os requeridos nas custas e honorários da sucumbência que fixo em 15% sobre o valor da causa atualizado. (custas recursais R$ 10.000,00 correspondente a 2% do valor da condenação e porte de retorno R$ 25,00 por volume, num total de R$ 75,00)*".

Sobrevieram recursos de Apelação dos corréus Ênio e Lairton. O primeiro, nas razões de fls. 715/765, afirma ser nula a r. sentença, por não conter fundamentação. Assinala ainda ter sido cerceado seu direito à ampla defesa com a opção pelo julgamento antecipado da lide. Quanto ao mais, assinala que não agiu com dolo, não contemplando nosso direito responsabilidade puramente objetiva na espécie.

O correquerido Lairton argui, preliminarmente, nulidade da r. sentença, por alegado cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide. Quanto ao mérito, busca a improcedência da ação, sustentando: a) ausência de comprovação de dolo na conduta apontada como ímproba, pois, embora fosse à época dos fatos de *"coligação partidária contrária do senhor 'Jaime', isso não*

Acesso ao Sumário

tem o condão de responsabilizá-lo, muito menos a sua condição de Prefeito da época, sob pena de configurarmos responsabilidade objetiva." (textual – fls. 806); b) sem a demonstração efetiva de má-fé, não há caracterização de ato de improbidade administrativa. Em caráter alternativo, requer o afastamento das penas aplicadas, invocando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Pediu a concessão de efeito suspensivo (deferido a fls. 864), prequestionando toda a matéria arguida (fls. 804/818).

O recurso do corréu Lairton foi contrariado a fls. 869/876, subindo os autos. A Procuradoria Geral de Justiça, no parecer de fls. 882/887, opinou pelo improvimento. Nesta instância, observou-se que não foi cumprido o Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 0267861-05.2012.8.26.0000, julgado em 6.08.2013, desta Relatoria, no qual se determinava abertura de prazo para o correquerido Ênio recolher as custas de preparo. Intimado, o referido corréu efetuou o recolhimento do preparo. Manifestando-se sobre seu recurso, a Procuradoria Geral de Justiça opinou por seu improvimento (fls. 898/904). Este, em síntese, o relatório que se agrega ao já constante dos autos.

II. Por primeiro, assinala-se que a r. sentença não padece da apontada nulidade. Há inegavelmente fundamentação bastante a arredar o alegado vício formal do r. julgado, que explicitou as razões pelas quais foi adotada a solução condenatória. A discordância da parte em relação a esses fundamentos em nada se confunde com causa nulificadora da decisão.

Já a arguição relativa a cerceamento do direito a ampla defesa merece mais detida reflexão, mostrando-se forçoso reconhecer que em ação dessa natureza não é em princípio de se sonegar às partes (e não apenas à defesa) a oportunidade para corroborar com provas o quanto alegaram.

Essa eventual deficiência probante, decorrente da errônea opção pelo julgamento antecipado da lide, não é caminho a redundar necessariamente na anulação do processo.

A imputação feita aos réus, o primeiro (Lairton) Prefeito Municipal,e o segundo (Enio) Chefe de Gabinete da Prefeitura, consistiu em que incorreram no tipo previsto no inciso I do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei federal 8.429, de 1992) *("I praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência"*). Isto porque, em agosto de 2004, em período pré-eleitoral, relotaram o servidor municipal Jaime Furtado de Mello Junior (ocupante do cargo de Administrador), transferindo seu posto de serviço para "o quartinho da zeladoria, popularmente conhecido pelos funcionários da Prefeitura como "*quartinho da faxina", em razão de no local ficarem todas as ajudantes gerais do Executivo Municipal, bem como os materiais e produtos de limpeza da Prefeitura*" (fls. 03). Esse comportamento, a par de proibido pela legislação eleitoral (artigo 73, V, da Lei

Acesso ao Sumário

federal nº 9.504/97), revestiu-se de desvio de finalidade e arbitrariedade, porque o aludido servidor pertencia a coligação partidária contrária à da Administração Municipal, e, além disso, foi praticado "*com o nítido propósito de humilhar o funcionário*" (fls. 06, "in fine"). Essas duas premissas (a relotação, ou transferência de posto do funcionário, em si, e a finalidade a que ela se prestou) haverão de ser necessariamente sopesadas de maneira separada, para fins de enquadramento nas figuras da Lei de Improbidade.

Ora, incontroverso é que os dois apelantes realmente transferiram o posto de trabalho do servidor em período no qual isto era vedado pela legislação eleitoral. Isto foi reconhecido em procedimento instaurado no âmbito da Justiça Eleitoral, no qual foi aos dois réus deste processo aplicada multa com apoio naquela legislação especial. A decisão que assim dispôs em primeiro grau foi confirmada por V. Acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, do qual se transcreve o excerto seguinte:

"A declaração do servidor Jaime Furtado de Mello Junior, acostada as fls. 05/06, dá conta de que o mesmo, representante da Coligação adversária da atual Administração do Município, foi removido do almoxarifado central para a sala da zeladoria da Prefeitura Municipal de Bertioga.

Tal ato, noticiado ao servidor no dia 05 de agosto, foi praticado durante os três meses que antecedem as eleições de 2004, sendo expressamente vedado pela legislação eleitoral, conforme dispõe o art. 73, inciso V, da Lei n. 9.504/97, ..."

(...)

"Muito embora os recorrentes aleguem tratar-se de mera redistribuição de afazeres na função que o servidor ocupa, vislumbra-se que ocorreu, como bem descrito pela Procuradoria Regional Eleitoral, uma "(...) realocação do servidor Jaime Furtado de Mello Junior do almoxarifado central para a sala da zeladoria conhecido como 'quartinho' pelos demais funcionários da prefeitura sem motivo ou justificação aparente, a não ser o fato de o referido funcionário ostentar a condição de representante da coligação adversária (...)" (fls. 63).

Neste proceder, descabida a alegação dos recorrentes no sentido de que o ato questionado estaria respaldado na normalidade de que os servidores executem diversos serviços, redistribuindo-lhes afazeres nas funções que exercem" (fls. 155/156) (Recurso Cível nº 22.632, V. Acórdão de 14.10.2004, v.u., Rel. o Des. PAULO SUNAO SHINTATE – fls. 153/157).

Necessário ter presente que, desde o oferecimento de contestações, os dois réus jamais negaram o delineamento objetivo dos fatos. Quer dizer, jamais negaram haver transferido o posto do servidor às vésperas do pleito eleitoral que se avizinhava. Também não questionaram em momento algum de que o

Acesso ao Sumário

referido servidor era recentemente filiado a corrente político-partidária diversa da que eles, réus, perfilhavam, e a ela antagônica. Esse substrato fático assim incontroverso induz a que não seja acolhida a arguição à qual se apegam as razões de apelação, qual seja, a de cerceamento do direito de defesa.

Mais não era necessário para se concluir que se cuidou realmente de ato administrativo praticado com desvio de finalidade, didaticamente definido em excerto de Waldo Fazzio Júnior, referido em precedente da Colenda 9ª Câmara de Direito Público (Embargos Infringentes nº 0005853-66.2009.8.26.0198/50000, j. 24.06.2015, Rel. o Des. CARLOS EDUARDO PACHI).

"Seguindo os ensinamentos de Waldo Fazzio Júnior: "Ato administrativo é ato de agente público, daquele que encarna o Poder Público. Resulta de intenção: é uma atuação deliberadamente dirigida a um fim. Se esse objetivo é o atendimento do interesse público primário ou interesse social, o ato administrativo se insere na linha de regularidade administrativa, da boa administração. Em contrapartida, se a competência administrativa é utilizada para a satisfação de qualquer outro interesse, o ato administrativo se converte em instrumento de uma disfunção, implementada pela vontade do agente público. Ora, todo agir administrativo desviado de seu caminho legal, por desígnio antijurídico do agente público, ainda que vizinho da discricionariedade, não pode ser aceito como exteriorização de boa-fé. Ao contrário, deixa à calva a má-fé e certifica o desprezo pelos deveres que justificam a função pública, como um compromisso com a sociedade, antes que com o Poder Público, e pelo incontroverso confronto com a probidade administrativa. Não há espaço para considerações sobre negligencia, imperícia ou imprudência, quando se cuida de conduta deflagrada pela má-fé, máxime no plano da Administração Pública, em que a conduta ímproba atinge todos os segmentos da sociedade. (Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência São Paulo: Atlas, 2012 pág. 301)."

Não aproveita, pois, aos requeridos alegar que se cuidou de mera transferência rotineira de lotação de funcionário. Tampouco é caso de acolher a alegação do então Prefeito, o correquerido Lairton, de que não praticou o ato imputado e que não pode ser responsabilizado objetivamente. Foi responsabilizado pelo fato na Justiça Eleitoral.

Há subsídios bastantes a se reconhecer a presença do elemento subjetivo que constitui as figuras da Lei de Improbidade Administrativa, não havendo neste caso questionar a propósito da má fé na transferência do subordinado que era adversário político dos dois apelantes.

A própria lei eleitoral acima referida (Lei federal 9.504/97) como que identifica em cada qual dos comportamentos que sanciona atos também configuradores de improbidade administrativa, consoante prescreve o § 7º de

Acesso ao Sumário

seu artigo 73: ***"§ 7º As condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III***."

É caso portanto de se manter a procedência da ação, reputando incursos os apelantes no inciso I do art. 11 da Lei federal 8.429/92.

As sanções, no entanto, comportam adaptação e abrandamento. Assentado na jurisprudência o entendimento de que a cominação de penas constante dos incisos do artigo 12 da Lei 8.429/92 não exclui a observância do princípio da individualização dosimétrica, nem impõe necessária aplicação cumulativa: "***Dentro do mesmo tipo legal, a jurisprudência desta Corte de Justiça está sedimentada no sentido de que a aplicação cumulativa das penalidades é considerada facultativa, observando-se a medida da culpabilidade, a gravidade do ato, a extensão do dano causado e a reprimenda do ato ímprobo, circunstâncias devidamente respeitadas na hipótese dos autos***" (STJ, Primeira Turma, Ag.Int. no REsp 1.563.621-SP, j. 26.06.2018, Rel. o Min. SERGIO KUKINA).

Assim, o estabelecimento da multa civil nos moldes da r. sentença revela solução algo desproporcionada com a extensão e as circunstâncias do episódio. Da mesma forma, a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, não parece guardar pertinência com a natureza do ilícito praticado.

Dessa forma, os recursos são **parcialmente providos** para, em relação a cada qual dos dois apelantes:

a) cancelar a pena concernente à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário;

b) reduzir a pena de multa a duas (2) vezes o valor da remuneração que percebiam no cargo que ocupavam ao tempo dos fatos.

Quanto ao mais, adequada e insusceptível de modificação a pena consistente na suspensão dos direitos políticos, pelo prazo mínimo previsto na norma sancionatória.

III. Por todo o exposto, dão parcial provimento aos recursos para reduzir as penas aplicadas, consoante acima explicitado.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0026880-08.2005.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes ANTONIO PORFÍRIO CARDOSO (ESPÓLIO), JOÃO PORFÍRIO NETO (JUSTIÇA GRATUITA), MARIA APARECIDA DE JESUS (JUSTIÇA GRATUITA), FRANCISCA CÂNDIDA CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA), DONIZETE APARECIDO CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA), LAURA PORFÍRIO CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA), BENEDITO PASQUAL CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA), JOSÉ DOS REIS CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA), LUZIA APARECIDA CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA) e GILMAR VÍTOR CARDOSO (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS, VIRGÍNIA DE OLIVEIRA GALVANI, PRISCILA DE OLIVEIRA GALVANI, RONALDO GALVANI JÚNIOR e FELIPE DE OLIVEIRA GALVANI.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso provido, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.661)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 22 de janeiro de 2019.

CAMARGO PEREIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO – Bem Público – Detenção dos ocupantes que não se sobrepõe juridicamente ao domínio do Município sobre o imóvel – Ocupantes que estão no imóvel desde quando ainda era uma fazenda – Empresa que comprou a fazenda e realizou um loteamento, deixando a área onde os autores residem como sendo praça pública, passando a ser bem público de responsabilidade do Município – Autores que estão no local há muitos anos e a retirada dos mesmos é potencialmente danosa, porque rompe o equilíbrio de uma situação consolidada pelo tempo – Diante dos fatos, tem-se por evidenciada a necessidade da concessão, " ex offício", de uso especial para fins de

Acesso ao Sumário

moradia – Artigo 183 da Constituição Federal e artigo 1º da Medida Provisória nº 2 . 220/2001, com redação alterada pela Lei nº 13.465/2017.

Recurso provido, com observação.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de ação de usucapião ajuizada por Antonio Porfírio Cardoso em face de S. Silva & Cia Ltda., alegando ser possuidor do imóvel rural localizado na Rua Ferdinando Doné, 120 – Parque Lucimar, com aproximadamente 4.000 m², desde o ano de 1965, preenchendo assim os requisitos para a obtenção da propriedade.

O requerido apresentou contestação alegando ilegitimidade de parte, tendo em vista que o imóvel pertence ao Município de Campinas. Sustentou que a empresa requerida implantou em 1977, um loteamento no local denominado Parque Lucimar, cuja planta foi devidamente aprovada pelo Decreto Municipal nº 5.189/1977, sendo todas as áreas institucionais como praças, passagens de pedestres e áreas reservadas à CETESB, recebidas pelo Município. Dentre as referidas áreas encontra-se aquela denominada "Praça 3 – Sistema Recreio" com área de 3.918 m², objeto da presente ação de usucapião (fls. 72/76).

Contestou também o Município de Campinas (fls. 121/125), sustentando que em setembro de 2001 , por meio de uma reclamação de morador do Parque Xangrilá junto ao Município, foi relatado que o Sr. Antonio Porfírio invadiu praça pública na qual edificou uma residência e passou a criar animais. O que gerou o inquérito civil de nº 040/2001-MA da Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente.

Às fls. 181/182 houve notícia do óbito do autor bem como o requerimento para habilitação dos herdeiros no polo ativo da ação, pedido deferido às fls. 193.

A r. sentença de fls. 279/ 282 julgou improcedente o pedido, dando por extinta a ação, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC/73.

Sobreveio recurso de apelação dos autores (fls. 284/288), buscando alteração do julgado.

Recurso regularmente processado, com resposta (fls. 294/296).

Distribuído inicialmente à 7ª Câmara de Direito Privado, o recurso não foi conhecido, vindo os autos conclusos a este Relator.

É o relatório.

Fundamento e voto, examinando a causa de acordo com a legislação processual anterior (L 5.869/73), consoante prescrição do artigo 14 do atual Código de Processo Civil (L 13.105/15), pois vigente aquela à época da prolação

Acesso ao Sumário

da sentença.

Consta dos autos que o autor, Antonio Porfírio Cardoso, propôs ação de usucapião contra a empresa S. Silva & Cia Ltda., alegando que há mais de 20 anos detém a posse mansa e pacífica do imóvel onde reside com sua família. Sustentou que reside no imóvel desde 1965, onde possui plantações de hortas e árvores frutíferas. Juntou cópias de conta energia elétrica datadas do ano de 1990 e 2005.

Intimado a juntar documentos para dar o prosseguimento na ação, verificou, junto ao 1º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca, que a gleba adquirida e loteada pela empresa S. Silva, está registrada sob a matrícula nº 16.427, tendo a requerida loteado a gleba onde hoje é chamada de Parque Luciamar, tendo designado a área onde se encontra o imóvel do autor como sendo uma praça.

O autor alega que mantém no imóvel sua casa onde reside com toda a sua família desde o ano de 1.965, sendo que lá residem três gerações, fato este comprovado pela antiga proprietária da gleba, Sra. Luzia Xavier Coelho onde a mesma informa que: "*O senhor Antonio Porfirio Cardoso foi trabalhador na minha fazenda desde 1965 até os anos de 1979 onde então esta fazenda foi loteada em pequenas chácaras pela Loteadora S. Silva em 03.04.1979 . Ele sempre foi morador nesta parte da fazenda, onde hoje tem o nome de Rua Ferdinando Donê, nº 120, e se encontra inserida no chamado atualmente Parque Luciamar, cedida pelo meu marido Armindo Ferreira Coelho (já falecido) para o uso para horta e pomar e para a moradia onde então ele criou os filhos. A casa em questão, cedida para sua moradia definitiva, é uma construção antiga, datando por volta dos anos 40 e se encontra perto de corpo d'água, usado para manutenção e consumo dos habitantes desta casa na época.]declaro portanto que o senhor Antonio Porfirio Cardoso nunca invadiu esta área ou a usurpou de forma ilegal*" (fls. 169).

Verifica-se nos autos que foi instaurado inquérito civil para apurar irregularidades praticadas pelo Sr. Antonio Porfírio na área por ele ocupada, tendo o mesmo firmado Termo de Ajustamento de Conduta onde se comprometeu a executar o plantio de 85 mudas de árvores nativas diversas, e sua manutenção. Depois de verificado o cumprimento satisfatório, o mesmo foi arquivado (fls. 50/57).

Acesso ao Sumário

Pois bem. O direito à moradia, inegavelmente, figura como garantia constitucional fundamental do indivíduo, conforme disposto no artigo 6 º, *caput*, da Constituição.

Partindo-se da ideia de dignidade da pessoa humana (CF, art. 1 º, III), direito à intimidade e à privacidade (CF, art. 5 º, X) e de ser a casa asilo inviolável (CF, art. 5º, XI), não há dúvida de que o direito à moradia busca

consagrar o direito à habitação digna e adequada, tanto que o artigo 23, inciso X, da Constituição Federal estabelece:

> *"Artigo 23 - É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*
>
> *(...)*
>
> *IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;*
>
> *X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;"*

Cabe aduzir que, considerando que a área em discussão passou a pertencer ao Município, ora apelado, afasta-se o reconhecimento de que referida ocupação incide no conceito de posse, quando, em verdade, trata-se de mera detenção, já que os bens públicos são dotados de inalienabilidade e imprescritibilidade.

Nesse sentido, é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça: REsp 489.732 - 4ª Turma - Min. BARROS MONTEIRO; AgR no REsp 1.129.480 - 3ª Turma - Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA; REsp 841 .905 - 4ª Turma - Min. LUIS FELIPE SALOMÃO; AgR no Ag 1.343.787 - 2ª Turma - Min. HERMAN BENJAMIN; REsp 932.91 - 4ª Turma - Min. LUIS FELIPE SALOMÃO.

Como se vê, não se tratando de posse, mas de detenção, descaberia, de todo modo, a análise a respeito do tempo de posse do detentor, pois, havendo mera detenção, não há de se cogitar de "posse velha", eis que não se sujeita à distinção temporal prevista no artigo 558 do novo Código de Processo Civil, que prevê aplicação do procedimento especial de reintegração de posse.

Porém, algumas questões fáticas foram constatadas no curso da apreciação deste recurso que não podem ser ignoradas. O Sr. Antonio Porfírio residia no imóvel desde 1965 , quando a área ainda era uma fazenda, sendo loteada em pequenas chácaras pela Loteadora S. Silva, em 1979, informação esta relatada pela antiga proprietária. Ali ele criou seus filhos, vindo a óbito em 26.05.2007, quando o processo já estava em curso (fl. 183).

Conforme verificado nos autos, os apelantes estão no local dos fatos há muitos anos, e a retirada dos mesmos é potencialmente danosa, porque o ato rompe o equilíbrio de uma situação consolidada pelo tempo, tendo assim, por evidenciada a necessidade da concessão, *ex officio*, de uso especial para fins de moradia.

Não se desconhece que o direito ao título de concessão de uso especial para fins de moradia de que trata a Medida Provisória nº 2.220, de 2001, adotada com o intuito de regulamentar o § 1º do artigo 183 da constituição federal, deve ser pleiteado pela via administrativa, perante o órgão competente da Administração Pública, ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial (art. 6º), em

ação própria ou sob demanda específica na fase procedimental de conhecimento.

No entanto, considerando que os apelantes já residem no imóvel há várias décadas, e segundo a documentação juntada aos autos, não induzem a crer terem agido de má-fé ou com dolo quando da ocupação da área, sendo inviável a concessão da usucapião pleiteada, deve ser concedido o uso especial para fins de moradia.

Ademais, os apelantes têm direito à moradia digna, direito social, não passível, inclusive, contra qualquer tipo de abolição (art. 60, § 4º, IV).

A concessão de uso especial de imóvel urbano está regulamentado pela Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, com redação dada pela Lei nº 13.465/2017, e assim dispõe:

> Art. 1º Aquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas, e que o utilize para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.
>
> § 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
>
> § 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez.
>
> § 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo contínua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.
>
> Art. 2º Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupados até 22 de dezembro de 2016, por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.
>
> § 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.
>
> § 2º Na concessão de uso especial de que trata este artigo, será atribuída igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os ocupantes, estabelecendo frações ideais diferenciadas.
>
> § 3º A fração ideal atribuída a cada possuidor não poderá ser superior a

Acesso ao Sumário

duzentos e cinqüenta metros quadrados.

Consta dos autos, informação não contestada pela Municipalidade, que a área em questão é ocupada nos seguintes termos: casa 1 , construção com 100m², cujos moradores são Benedito Paschoal Cardoso, Meire Aparecida Gonçalves e Jefferson Cardoso; casa 2, que contempla construção com 110m², na qual reside Gilmar Vitor Cardoso e casa 3, construção com 72 m², ocupada por Marcelo da Silva Porfírio, Miriam da Silva, Mateus da Silvas Porfírio (menor), João Pedro da Silva Porfírio (menor), Luís Antonio da Silva Porfírio (menor) e Miguel da Silva Porfírio (menor).

Assim, verificando que os apelantes se enquadram nos requisitos exigidos para a concessão de uso especial, **concedo " *ex officio*", o uso especial para fins de moradia** , nos termos do artigo 1 º da Medida Provisória nº 2.220/2001 (com redação com redação dada pela Lei nº 13.465/2017), restando invertida a condenação nas verbas sucumbenciais.

Diante do exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao recurso **nos termos acima mencionados.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1006882-59.2017.8.26.0197, da Comarca de Francisco Morato, em que é apelante/apelado ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante CRISTIANO CASTRO COTRIM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso do réu e deram parcial provimento ao recurso do autor. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.277)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VERA ANGRISANI (Presidente) e LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 24 de janeiro de 2019.

CARLOS VON ADAMEK, Relator

Ementa: PROCESSO CIVIL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – NULIDADE – Malgrado compita ao magistrado zelar pelo contraditório substancial, a ausência de prejuízo às partes afasta a decretação de nulidade

Acesso ao Sumário

da r. decisão que acolheu os embargos declaratórios sem a intimação prévia do embargado – Inteligência dos artigos 7º, 9º, 10, 283, § único e 1.023, § 2º, todos do NCPC – Matéria em discussão (juros moratórios e correção monetária) não sujeita à preclusão e que foi reanalisada em sede recursal – Inocorrência de violação ao devido processo legal ou cerceamento de defesa – Consecução da finalidade do ato processual que afasta a nulidade, segundo o princípio da instrumentalidade das formas – Inteligência do art. 277 do NCPC – Preliminar rejeitada.

ADMINISTRATIVO – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – PRISÃO CIVIL INDEVIDA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – 'QUANTUM' INDENIZATÓRIO – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA (TEMA 810 DO STF) – Autor que foi indevidamente preso após o pagamento do valor devido a título de pensão alimentícia – Verificada a falha da Administração em dar baixa no mandado de prisão – Autor que foi surpreendido em seu local de trabalho, padecendo de sofrimento psíquico e humilhação, caracterizando dano moral – Culpa e nexo de causalidade demonstrados – Responsabilidade civil do Estado caracterizada – Majoração do 'quantum' indenizatório para R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a fim de adequá-lo ao entendimento desta C. Corte em situações análogas – Observância do entendimento firmado pelo E. STF no Tema de Repercussão Geral nº 810 a respeito dos juros moratórios e correção monetária – Recurso do réu desprovido e recurso do autor parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelações contra a r. sentença de fls. 97/102, cujo relatório adoto, que julgou procedente o pedido desta ação indenizatória, condenando o réu ao pagamento de R$ 3.000,00 a título de danos morais, "*acrescido de juros de mora, pelo índice de remuneração da caderneta de poupança, contados a partir do evento danoso, ou seja, (data do fato: 22 de Março de 2017), nos termos da Súmula 54 do STJ e o artigo 398 do Código Civil, considerando tratar-se de responsabilidade extracontratual (REsp 1479864 STJ, em*

20/03/2018), mais correção monetária pelo IPCA-E, incidente desde a data do presente arbitramento, nos termos da súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça. Anoto que com relação aos juros e correção monetária, tratando-se de período posterior à vigência da Lei 11.960/2009, utilizo como razões de decidir, os fundamentos do REsp 1.495.146-MG, da 1ª Seção do STJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22/02/2018 (recurso repetitivo) (Info 620)", complementada pela r. decisão de fls. 113/114 que acolheu os embargos de declaração opostos pelo réu às fls. 104/112. Sucumbente, impôs ao réu as custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 12% "*sobre o valor da causa (artigo 85, § 4, III do CPC)*". Foi dispensado o reexame necessário.

Apelou o réu, objetivando a inversão do julgado, alegando, em síntese, que: a) a prisão civil do autor se deu com base em legítima ordem judicial decorrente do não pagamento de pensão alimentícia; b) "*os atos processuais possuem prazo legal para a sua prática, não sendo processados de forma automática e imediata, o que impede a ilação de que o pagamento geraria imediata expedição do mandado de contraprisão, ou ainda atualização 'automática no sistema'* "; c) é indevida a indenização, vez que: c.1) não houve ilegalidade ou abuso de autoridade dos agentes públicos; c.2) o autor não demonstrou que o Judiciário agiu com culpa ou erro; c.3) "*a despeito de o autor ter sido conduzido à delegacia, tão logo verificada a contraordem de prisão, o autor foi liberado, tendo sido posto em liberdade no mesmo dia*"; e d) subsidiariamente, a indenização por danos morais deve ser reduzida para R$ 1.000,00, visto que "*o autor não foi sequer preso, não passou nenhum momento encarcerado, sendo certo que foi conduzido à delegacia e, constatada a ordem de contraprisão, liberado" e "não há notícias de que o autor tenha sido desrespeitado ou maltratado no local*" (fls. 116/126).

Recurso respondido, sem preliminares (fls. 140/147).

Apelou, por sua vez, o autor, arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa decorrente do acolhimento dos embargos de declaração opostos pelo réu relativos aos parâmetros de juros moratórios e correção monetária incidentes sobre a condenação imposta à Fazenda Pública sem a prévia intimação do autor, violando o art. 1.023, § 2º, do NCPC e resultando em "decisão surpresa" vedada pelos artigos 7º, 9º e 10, todos do NCPC. No mérito, objetivando a reforma do julgado, alegou, em síntese, que: a) o autor foi preso indevidamente, "ocorrendo, assim, a falha administrativa"; b) como a responsabilidade civil do Estado é objetiva e o dano moral foi comprovado, é devida a indenização; c) o autor "*foi preso duas vezes no seu local de trabalho, em 22/03/2017, referente a mandado de prisão emitido em 17/02/2017 conforme mail (doc. 11), que havia sido pago em (doc. 10) e em 22/03/2017, novamente em seu local de trabalho na frente de todos os colegas, além que o seu empregador não entendeu o motivo de nova prisão já que este havia informado na primeira vez que fora preso já havia pago os valores devido a sua filha*"; e d) a indenização deve ser

Acesso ao Sumário

majorada para quantia não inferior a 9.972,01 UFESPs (aproximadamente R$ 250.000,00) "*ou ao melhor critério dos nobres julgadores*" (fls. 127/137).

Recurso não respondido, como certificado à fl. 148.

É o relatório.

A r. decisão que acolheu os embargos de declaração foi publicada em **05.09.2018** (fl. 115), tendo sido protocolados os recursos da ré em **05.09.2018** (fl. 116) e do autor em **13.09.2018**, isto é, ambos dentro dos prazos respectivos de 30 (trinta) e 15 (quinze) dias úteis estabelecidos pelos artigos 1.003, § 5º, 219 e 183, todos do NCPC. Está justificada a ausência de preparo do recurso do réu por se tratar da Fazenda Pública[1] e do recurso do autor ante a gratuidade deferida à fl. 36.

Reputo correta a dispensa da remessa necessária, vez que a condenação imposta à Fazenda Pública Estadual envolve quantia inferior a 500 salários mínimos, aplicando-se, por conseguinte, o disposto pelo art. 496, § 3º, II, do NCPC[2].

Afasto a preliminar.

Em que pese o dever do magistrado de promover o contraditório substancial (artigos 7º, 9º e 10, todos do NCPC) e, por conseguinte, intimar a parte contrária previamente ao acolhimento dos aclaratórios (art. 1.023, § 2º, do NCPC), entendo que não houve prejuízo às partes – notadamente, ao autor – que justifique a decretação da nulidade da r. decisão relativa aos embargos declaratórios, consoante previsto pelo art. 283, § único, do NCPC[3].

Isso porque a questão ali tratada refere-se a matéria cognoscível de ofício (juros de mora e correção monetária – art. 322, § 1º, do NCPC[4]), logo, não sujeita à preclusão e que poderia ser apreciada em qualquer grau de jurisdição, até o trânsito em julgado.

Nessa conformidade, não há se falar em violação ao devido processo legal, visto que a questão foi reanalisada em sede recursal, oportunizando-se às partes exercerem plenamente o direito ao contraditório e ampla defesa.

Demais disso, à luz do princípio da instrumentalidade das formas, tendo

Acesso ao Sumário

1 Artigo 6º da Lei Estadual nº 11.608/03: "*A União, o Estado, o Município e respectivas autarquias e fundações, assim como o Ministério Público estão isentos da taxa judiciária*".

2 "*Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público* [...] *§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:* [...] *II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados*"

3 "*Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte*." (g.n.).

4 "*Art. 322. O pedido deve ser certo. § 1º Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios*. [...]"

sido atingida a finalidade do ato processual (correção da r. sentença sem prejuízo às partes), não se cogita da decretação da nulidade, vez que, segundo o art. 277 do NCPC, "*quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade*".

No mérito, o recurso do réu não prospera enquanto o recurso do autor comporta parcial provimento.

Não pairam dúvidas a respeito do ilícito cometido pelo réu contra o autor consubstanciado em prisão civil ilegal, visto que realizada mesmo após o pagamento do valor devido a título de pensão alimentícia, conforme a precisa análise feita pelo r. Juízo *a quo*:

> *"Constata-se que o autor Cristiano Castro Cotrim foi preso em 22 de março de 2017, devido a dívida de pensão alimentícia decorrente dos meses de Junho/2015 até Outubro/2016 (fls. 22/24), sendo que, nesta mesma data houve expedição de alvará de soltura, com a sua consequente liberação (fls. 31). O autor alegou que o pagamento da dívida foi realizado em 02 de Março de 2017 e há nos autos registro que a petição com a guia de depósito judicial foi protocolada no mesmo dia às 16h37min. Há prova suficiente nos autos a amparar a narrativa do autor de que foi vítima de prisão indevida no dia 22 de Março de 2017.* [...] *Assim, estando incontroverso o fato do autor, em 22 de Março de 2017, ter sido surpreendido em seu local de trabalho por policiais que efetivaram o cumprimento do mandado de prisão do dia 16 de Fevereiro do mesmo ano, que já deveria ter sido retirado de circulação, por meio de um contramandado. O constrangimento, vergonha e humilhação ficam claros nessa situação."*

Nesse sentido, o dano moral foi causado por culpa da Administração (responsabilidade por omissão em expedir o competente contramandado), sendo evidente o nexo de causalidade entre a conduta do ente estatal e o dano verificado.

Considerando as circunstâncias do caso concreto, em relação ao qual asseverou a autoridade policial que "*em 22/03/2017, foi dado cumprimento a novo mandado de prisão civil expedido em desfavor de Cristiano Castro Cotrim pela 3ª. Vara Cível de São Caetano do Sul, no Processo 1005918-97.2015.8.26.0565, no dia 16/02/2017, havendo menção de que citado mandado foi expedido em razão e existir 'diferença' de valor atinente ao período compreendido entre junho de 2015 e outubro de 2016. No mesmo dia da prisão foi dado cumprimento ao Alvará de Soltura expedido.* [...]" (fls. 55/56), isto é, o autor ficou indevidamente preso por algumas horas, a indenização por danos morais deve ser majorada para R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a fim de atender à razoabilidade e à proporcionalidade, consoante o entendimento desta Colenda Corte:

"RECURSOS DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM.

Acesso ao Sumário

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO INDEVIDA. 1. PRELIMINAR. PROCESSO CIVIL. TEMPESTIVIDADE RECURSAL. Intimação da Fazenda Pública acerca do teor da r. sentença que ocorreu em 03.07.2018. Razões recursais que foram protocoladas em 09.08.2018, portanto, dentro do prazo recursal. Intempestividade afastada. 2. ERRO JUDICIÁRIO. Sentença que extinguiu a execução, sem a revogação da prisão ocasionando a condução de pessoa à unidade policial. Restrição da liberdade irregular que gera direito à reparação por danos morais. Falha na prestação do serviço público. Indenização fixada em primeiro grau em R$ 5.000,00 que observou os critérios da razoabilidade e proporcionalidade. 3. CORREÇÃO DOS VALORES. Juros de mora e correção monetária nos termos das Súmulas 54 e 362 do E. STJ. 4. Sentença de procedência mantida. Recurso desprovido. [...] *No mérito, compulsando os autos, verifica-se que o particular foi conduzido até unidade de Polícia Civil em cumprimento a Mandado de Prisão Civil, relativo à Ação de Execução de Alimentos, sendo colocado em liberdade apenas depois de constatado o erro. Restou documentado que a condução ocorreu no mesmo dia que foi colocado em liberdade. Portanto, ficou privado de sua liberdade por poucas horas, até o esclarecimento do equívoco.* [...]*"* **(Apelação nº 1005803-30.2017.8.26.0590; rel. Des. MARCELO BERTHE; 5ª Câmara de Direito Público; j. em 03.09.2018 – g.n.);**

"Responsabilidade Civil do Estado por Ato Administrativo – Prisão indevida de pessoa que já havia sido anteriormente recolhida ao cárcere pela mesma decisão proferida em ação de alimentos e cumprido o decreto de prisão – Equívoco constatado – Indenização por danos morais – Falha administrativa que enseja reparação – Nexo causal entre o dano experimentado e a omissão administrativa de expedição de decreto de prisão do autor após este já ter cumprido referida condenação – Verba reparatória arbitrada que merece ser reduzida de quarenta salários mínimos para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a fim de evitar exageros – Danos morais fixados com equidade – Correção monetária e juros moratórios que deverão observar o TEMA 810, DO C. STF – Honorários recursais fixados – Recurso da Fazenda do Estado provido em parte." **(Apelação nº 1025842-78.2015.8.26.0053; rel. Des. REBOUÇAS DE CARVALHO; 9ª Câmara de Direito Público; j. em 13.03.2018 – g.n.);**

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Prisão por dívida de pensão alimentícia. Inadmissibilidade. Débito que havia sido objeto de acordo homologado judicialmente em ação revisional de alimentos. Demora da serventia no traslado da sentença homologatória ao processo de execução. Responsabilidade da Administração configurada. Dever de indenizar caracterizado. Sentença de parcial procedência. Recurso da FESP. Indenização pelos danos morais fixada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor que atende suficientemente aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, não devendo ser diminuído. Danos

Acesso ao Sumário

minimizados, tendo em vista que o autor ter ficado preso indevidamente apenas por um dia. Juros de mora que devem ser contados da data do evento danoso (Súmula 54 do STJ). Recurso improvido." **(Apelação nº 1006209-44.2016.8.26.0248; rel. Des. ANTONIO CELSO FARIA; 8ª Câmara de Direito Público; j. em 29.11.2017 g.n.);**

"APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Detenção e condução à Delegacia de Polícia em razão da ausência de anotação de contramandado de prisão – Autor que constava como procurado pela Justiça – Evidente falha no serviço público – Indenização devida – Valor bem fixado pela r. sentença – Recursos desprovidos, com observação quanto ao índice de correção monetária. [...] *A r. sentença de fls. 187/189, cujo relatório é adotado, julgou procedente o pedido para condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00* [...]*"* **(Apelação nº 1001579-78.2015.8.26.0506; rel. Des. MARIA LAURA TAVARES; 5ª Câmara de Direito Público; j. em 18.09.2017 – g.n.).**

No mais, as alegações do réu não infirmam as conclusões alcançadas, visto que: a) a responsabilidade civil do Estado não decorre de suposto dever de "*atualização 'automática' do sistema*", mas sim de omissão em expedição do competente contramandado a fim de evitar o encarceramento ilegal do autor; b) embora não haja prova de dolo ou abuso de autoridade dos agentes públicos envolvidos, resta clara a ocorrência do dano moral a ser reparado; c) o fato de o autor ter sido liberado no mesmo dia da sua prisão não afasta a ilegalidade do seu indevido encarceramento, influenciando apenas na extensão do dano moral por ele sofrido e, consequentemente, no valor indenizatório, até porque o último é medido pela extensão do primeiro (art. 944, *caput*, do CC); e d) considerando a majoração do *quantum* indenizatório, resta indeferido o pedido subsidiário deduzido pelo réu.

Observo, também, que o r. Juízo sentenciante observou o entendimento do E. STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema de Repercussão Geral nº 810) – e melhor esclarecido pelo E. STJ no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 905, aplicável ao presente caso, visto que não houve expedição de precatório, afastando, pois, a modulação de efeitos pela Corte Suprema[5] - para que incidam sobre a condenação correção monetária com base no IPCA-E e juros de mora com base nos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, visto que o crédito em questão tem natureza não-tributária.

Acesso ao Sumário

5 Naquela oportunidade, entendeu o E. STJ que *"a modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório"* (g.n.).

Ademais, não se olvida que em 24 de setembro de 2018 o Ministro Relator LUIZ FUX concedeu efeito suspensivo aos embargos de declaração interpostos contra o V. Acórdão proferido no RE 870.947/SE, todavia, por decisão desta C. Câmara, por ora, mantém-se a aplicação do Tema 810, devendo por ocasião da liquidação ser observada eventual diretriz definitiva fixada para a matéria pelo Excelso Pretório.

Em observância ao art. 85, §§ 2º, 3º, I e 11, do NCPC, majoro os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Por derradeiro, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional invocada, observando o pacífico entendimento do Colendo STJ de que "*é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida*". Além disso, esclareço também que eventuais recursos de *"embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal*" **(STJ, EDcl no RMS nº 18205/SP, rel. Min. FELIX FISCHER, julgado em 18.04.2006).**

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso do réu e **dou parcial provimento** ao recurso do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001241-79.2017.8.26.0136, da Comarca de Cerqueira César, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CERQUEIRA CÉSAR, é apelado ASSOCIAÇÃO DE PAIS E AMIGOS DOS EXCEPCIONAIS DE CERQUEIRA CESAR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.325)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 28 de janeiro de 2019.

JARBAS GOMES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO MONITÓRIA – Pagamento de quantia em dinheiro. Pretensão que encontra amparo

no convênio firmado pelas partes com fulcro na Lei Municipal nº 2.165/2016. Rejeição dos embargos opostos pela requerida. Manutenção.
RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de embargos opostos pela "*PREFEITURA MUNICIPAL DE CERQUEIRA CÉSAR*" à ação monitória ajuizada pela "*ASSOCIAÇÃO DE PAIS E AMIGOS DOS EXCEPCIONAIS DE CERQUEIRA CÉSAR*" voltada a cobrança de R$ 49.402,00 (quarenta e nove mil, quatrocentos e dois reais).

A r. sentença de fls. 88-90, cujo relatório se adota, desacolheu os embargos e julgou procedente a monitória.

Inconformada, apela a Municipalidade pleiteando a reforma do "*decisum*" (fls. 96-100).

O recurso foi processado, sobrevindo as respectivas contrarrazões (fls. 102-104).

É o breve relato.

O recurso comporta provimento.

Ao que se infere dos autos, a presente ação monitória foi ajuizada para o fim de cobrar parcelas relativas aos meses de julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro/2016, atinente ao repasse de gastos de manutenção, com fulcro na Lei Municipal nº 2.165/2016.

Eis o que dispõe a aludida Norma:

"Art. 1º. Fica o Município de Cerqueira César, através do Poder Executivo, autorizado celebrar convênio com a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais de Cerqueira César – APAE –, para o repasse do valor de R$ 370.000,00, destinados a atendimentos das despesas de manutenção, gastos com pessoal, combustíveis e alimentação, desde exercício de 2.016.

(...)".

De outra parte, verifica-se do termo de convênio celebrado entre as partes:

"Cláusula Primeira – O Primeiro Conveniado [Município de Cerqueira Cesar] *compromete-se a transferir as verbas destinadas ao atendimentos* [sic] *das despesas de manutenção, gastos com pessoal, combustíveis e alimentação, deste exercício de 2.016, à Segunda Conveniada* [APAE] *o valor de R$ 370.000,00.*

Cláusula Terceira – O pagamento dar-se-á mediante solicitação da Segunda Conveniada, no prazo improrrogável de quinze dias, na sede do Primeiro Conveniado, situado na Rua Professora Hilda Cunha, nº 58,

Acesso ao Sumário

nesta cidade.

Cláusula Quarta – A Segunda Conveniada compromete-se a utilizar as importâncias mencionadas, aos fins indicados, sob pena de devolvê-los com acréscimos de juros de 1% ao mês e correção monetária INPC, compromete-se, ainda, prestar conta das quantias recebidas aos órgãos competentes.

(...)"

Diante deste quadro, verifica-se que a pretensão da requerente encontra respaldo na Lei Municipal nº 2.165/2016 e no mencionado convênio firmado com a Municipalidade, cujos valores pretendidos foram devidamente apresentados administrativamente (vide fls. 55-60).

Ademais, como bem asseverado pelo MM. Juízo "a quo" não é necessário o esgotamento da via administrativa para o recebimento dos valores devidos.

Curial, pois, a manutenção da r. sentença apelada.

Por fim, em função da interposição do recurso de apelação, são devidos honorários recursais (artigo 85, §1º e 11 do Código de Processo Civil), os quais, conforme lição de Leonardo Carneiro da Cunha decorrem do princípio da causalidade: "*os honorários de sucumbência consistem em direito do advogado: se este atua no processo, ainda que não tenha praticado algum ato importante ou decisivo, terá direito aos honorários, desde que haja causalidade da parte contrária*" ("A Fazenda Pública em Juízo", 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 125).

Assim, nos termos do artigo 85, §§ 1º, 3º e 11 do Código de Processo Civil/2015, acresce-se à verba honorária o montante de 5% (cinco por cento), em desfavor da apelante.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009559-48.2013.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - PROCON, é apelada/apelante VIAÇÃO COMETA S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.595)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA

SCHMIDT (Presidente), MAGALHÃES COELHO e EDUARDO GOUVÊA.

São Paulo, 1º de fevereiro de 2019.

COIMBRA SCHMIDT, Relator

Ementa: ADMINISTRATIVO. Anulatória de autuação e inexigibilidade de multa imposta pelo PROCON. Violação ao artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor. Infrações configuradas. Motivação adequada e suficiente do auto de infração, garantido o exercício de contraditório e correlata ampla defesa. A pena foi calculada tendo como base a receita do estabelecimento onde ocorreu a infração, nos termos da Portaria nº 26/06. Sentença mantida.

Recursos não providos.

VOTO

Ação ajuizada por Viação Cometa S.A. contra a Fundação de Defesa do Consumidor – PROCON, objetivando declaração de nulidade do Auto de Infração nº 01372-D8 e consequente cancelamento da multa imposta, no valor de R$106.986,67. Alega, em síntese, que foi autuada por comercializar passagens rodoviárias além da capacidade de lugares disponíveis no ônibus de prefixo 00008739 SMO/SÃO, com embarque na Cidade de Pilar do Sul/SP, onde o sistema não é informatizado, razão pela qual os funcionários não tiveram acesso ao mapa de vendas e inadvertidamente venderam bilhetes de poltronas já adquiridas. Aduz que agiu de boa-fé, inclusive tentando solucionar a questão. Que não lhe foi oportunizada a produção de prova oral, havendo nítido cerceamento de defesa. Que, ademais, a multa é excessiva por não ter considerado o faturamento médio da empresa em São Paulo, bem como por ter se baseado em critérios equivocados.

Julgou-a parcialmente procedente a sentença de f. 311/20, cujo relatório adoto, tornando definitiva a liminar (de f. 145/6), para determinar o recálculo da multa, com base na média da receita bruta auferida pela autora no Estado de São Paulo, nos meses de março a maio de 2011, no importe de R$11.941.506,00, e não na importância antes atribuída. Diante da sucumbência recíproca, restaram repartidas as custas, condenando a requerida a pagar ao patrono da autora honorários fixados em 10% sobre a diferença entre o valor que fixara e a multa efetivamente devida, e a autora. A autora, a pagar ao advogado da contraparte honorários arbitrados em 10% sobre o valor da penalidade reduzida.

Apelam as partes. O Procon pretexta o restabelecimento da multa aplicada (f. 324/40). A autora recorre adesivamente, batendo-se pela reforma da sentença,

Acesso ao Sumário

pugna pela procedência integral da pretensão (f. 364/80).

Contrarrazões respectivamente a f. 349/62 e f. 387/99.

É o relatório.

Não se vislumbra a alegada nulidade do processo administrativo. Conquanto a apelante autora afirme ter havido confusão na narrativa ao ponto de incluir fatos e documentos que não guardavam relação com o episódio que ensejou a autuação, o que implicaria em cerceamento de defesa, vê-se que a autuada foi regularmente notificada, defendendo-se – e bem – e recorrendo na esfera administrativa. (f. 53/6 e 62/3).

É dos autos que, em 5 de julho de 2011, a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor Procon lavrou o Auto de Infração nº 01372-D8, no qual foram a ela imputadas práticas abusivas violadoras dos arts. 39*, caput*, da Lei nº 8.078/90 e art. 2º, parágrafo único da Lei Federal nº 11.975/2009 (f. 28).

Sobredito processo administrativo foi instruído com reclamações encaminhadas pelo Procon e o auto de infração (f. 28) descreveu todas as condutas, inexistindo qualquer omissão de formalidades ou não observância de procedimentos essenciais. Ao contrário do que alega o apelante, possui motivação suficiente, tanto que permitiu exposição bem articulada na inicial, observando-se, ainda, que a decisão ratificatória da autuação baseou- se em extenso parecer técnico (68/74), em que foram analisadas as reclamações e tipificadas as infrações, as quais, frise-se, o apelante autor não nega, apenas justifica (tentando eximir-se a pretexto da ocorrência de circunstância "atenuante").

E a conduta da autora tipifica a infração. Não olvidar que, ao contrário do quanto por ela aduzido – no sentido de que o Procon teria exorbitado sua competência –, a Administração Pública, especialmente no exercício do poder de polícia, também interpreta lei e contrato (como é o caso) com o fim de reprimir atividades assentadas em práticas abusivas contra consumidores e, muitas vezes, para proteger o bom fornecedor.

De sua parte, a apelante ré busca a reforma da sentença visando o restabelecimento da multa aplicada, sob pena de negativa de vigência ao art. 57, do CDC, considerando seus três critérios, a saber, gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica, e que foi aferida por sua receita bruta mensal, estimada de acordo com o art. 17, *caput*, da Portaria Normativa nº 26/06. Que não é dado ao Judiciário realizar a revisão dos critérios adotados para apuração da multa.

Sem razão no entanto.

Com efeito, como ponderou a MM.ª Juíza prolatora, *Depreende-se dos autos que ao fixar a pena base com o escopo de aplicar a penalidade consubstanciada no Auto de Infração, a requerida valeu-se de receita bruta estimada em R$ 24.000.000,00, nos três meses anteriores à lavratura da*

autuação em âmbito nacional (fls. 49), ao passo que, tendo sido a infração cometida no Estado de São Paulo, deveria ter sido adotada a receita bruta alcançada pela mesma no Estado **(SIC)** *de São Paulo, conforme preceitua o supracitado § 3º , do art. 17, da Portaria Normativa Procon nº 26/06.*

Portanto, não há a suscitada substituição, pelo Judiciário, dos critérios definidos pela autoridade administrativa (ou da multa aplicada). Embora ao Judiciário não seja dado examinar o mérito do ato administrativo, são ressalvadas as hipóteses de ilegalidade, que é o que se verifica quanto à correspondência entre a pena aplicada e os fatos apurados, em seus aspectos formais.

Não se há negar, nesse plano, que a média da receita bruta a ser considerada para fins de arbitramento da pena base tendente à aplicação da penalidade consubstanciada no Auto de Infração nº 01372-D8, é aquela auferida – relativas aos três meses anteriores à lavratura do Auto de Infração –, **na cidade de São Paulo** (no período de R$11.941.506,00 – **conforme f. 110/5**), como feito pela MM.ª Juíza (pese fazer, claramente, equivocada menção ao Estado, os cálculos contidos na sentença a f. 320 a tanto não deixam pairar dúvida). Assim dispõe a Portaria Procon nº 26/06:

> Art. 32. A condição econômica do infrator será aferida pela média de sua receita bruta, apurada preferencialmente com base nos 3 (três) meses anteriores à data da lavratura do auto de infração, podendo a mesma ser estimada pelo órgão.
>
> § 1º A média da receita mensal bruta estimada pela Fundação PROCON-SP poderá ser impugnada até o trânsito em julgado no processo administrativo, mediante a apresentação de ao menos um dos seguintes documentos:
>
> I - Guia de informação e apuração de ICMS - GIA, com certificação da Receita Estadual;
>
> II - Declaração de arrecadação do ISS, desde que comprovado o recolhimento;
>
> (...)
>
> § 3º. A receita considerada será referente à do estabelecimento onde ocorrer a infração, salvo nos casos de infrações que atinjam outros estabelecimentos do mesmo titular, caso em que suas receitas também deverão ser computadas.

Daí a razão de se constatar o descompasso da adoção, pela Fundação Procon, do critério do faturamento global, uma vez que a receita a ser considerada é à do estabelecimento onde ocorrer a infração, considerados os critérios objetivos constantes da Portaria nº 26/06, claros para aplicação da pena; A cidade de São Paulo, pois, observando-se inclusive os termos do Auto de Infração que não deixam pairar qualquer dúvida a respeito da delimitação territorial.

Acesso ao Sumário

A multa, como arbitrada administrativamente, afasta-se dos parâmetros do art. 57 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor por dar peso muito superior à condição econômica do fornecedor em detrimento das demais circunstâncias – gravidade da infração e vantagem auferida.

O Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado e aplicado de forma a atingir seu efetivo objetivo de atender os interesses do comprador de bens e serviços sem inviabilizar a atividade econômica.[1]

3. Tocantemente aos honorários sucumbenciais, pese a apelante ré sustentar que *ainda que se considere equivocada a estimativa da receita para fins de estipulação da multa, deve prevalecer o entendimento de que a apelante autora foi vencida em maior parte, vez que as infrações ocorreram,* não há qualquer reparo a ser feito à sentença.

Porquanto houve reconhecimento do excesso na imposição da multa, uma vez que desconectada da regra constante da Portaria nº 26/06 (à época vigente) resulta a distribuição dos ônus sucumbencial respectivo; Não havendo que suceder, ao contrário do propugnado (a f. 337), uma exata proporcionalidade com a quantidade de pedidos providos e não providos, inexiste qualquer razão para a sua alteração.

4. Agregados os fundamentos da bem lançada sentença, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1038962-86.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARISA DE FÁTIMA VIGARANI DE CAMARGO, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.066)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), REBOUÇAS DE CARVALHO e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2019.

CARLOS EDUARDO PACHI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão

Acesso ao Sumário

1 Voto vencedor proferido pelo Des. Laerte Sampaio na Apelação Cível nº 252.567-5/9.

de isenção do IPVA incidente sobre automóvel adquirido por portador de deficiência física, cujo valor exceda R$ 70.000,00 – Inadmissibilidade – Lei Estadual nº 13.296/2008 alterada pela Lei Estadual nº 16.498/17, que é perfeitamente aplicável à hipótese dos autos – Isenção que não deve ser concedida ilimitadamente – Precedentes desta C. Corte – R. Sentença mantida.

Recurso improvido.

VOTO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pela Impetrante contra a r. sentença de fls. 71/77, que denegou a segurança.

Assevera ser inadmissível a distinção teratológica. Alega fazer jus à isenção ante a deficiência física que ostenta. Aponta a inconstitucionalidade da Lei nº 16.498/17 (fls. 80/90).

Contrarrazões a fls. 96/111.

Processado o recurso, subiram os autos.

Desnecessária a remessa à Procuradoria Geral de Justiça que tem declinado de atuar em casos que tais.

É o Relatório.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por portadora de monoparesia, que pretende a isenção do IPVA de 2018, incidente sobre veículo de sua propriedade (fls. 01/26).

A segurança foi denegada em Primeiro Grau, tendo em vista o advento da Lei Estadual nº 16.498/17 que alterou a Lei Estadual nº 13.296/08 e impôs limite ao valor do automóvel adquirido para fins de obtenção da isenção do Imposto Sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA.

Em que pesem as alegações da impetrante em seu recurso de apelação, é caso de manutenção da r. sentença.

A controvérsia travada nos autos gira em torno da aplicabilidade da Lei Estadual nº 16.498/2017, que alterou a Lei Estadual nº 13.296/2008, especialmente em relação ao artigo 13, com a inclusão do parágrafo 1º-A:

"Artigo 13 - É isenta do IPVA a propriedade:

(...)

III - de um único veículo, de propriedade de pessoa com deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autista; (NR)

Acesso ao Sumário

(...)

§ 1º-A - Relativamente à hipótese prevista no inciso III: (NR)

1. a isenção aplica-se a veículo: (NR)

a) novo, cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes, não seja superior ao previsto em convênio para a isenção do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS nas saídas destinadas a pessoas com deficiência; (NR)

b) usado, cujo valor de mercado constante da tabela de que trata o § 1º do artigo 7º desta lei não seja superior ao previsto no convênio mencionado na alínea "a" deste item; (NR)

2. deverão ser adotados os conceitos de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autista, previstos no convênio mencionado na alínea "a" do item 1; (NR)

3. a comprovação da condição de pessoa com deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autista dar-se-á na forma e condições estabelecidas pela Secretaria da Fazenda; (NR)

4. tratando-se de interdito, o veículo deverá ser adquirido pelo curador; (NR)

5. deverão ser observadas as demais condições estabelecidas pela Secretaria da Fazenda. (NR)"

Tal norma foi regulamentada pelo Decreto nº 62.874 de 09.10.2017, o qual determina em seu artigo 2º que a isenção é aplicável a veículo "*novo, cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes, não seja superior ao previsto em convênio para a isenção do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS nas saídas destinadas a pessoas com deficiência*".

E no caso se trata do Convênio ICMS 38, de 30.03.2012, do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, que dispõe em sua cláusula primeira:

"Cláusula primeira – Ficam isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais de veículo automotor novo quando adquirido por pessoas portadoras de deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.

§ 1º. O benefício correspondente deverá ser transferido ao adquirente do veículo, mediante redução no seu preço.

§ 2º. O benefício previsto nesta cláusula somente se aplica a veículo

automotor novo cujo preço de venda ao consumidor sugerido pelo fabricante, incluídos os tributos incidentes, não seja superior a R$ 70.000,00 (setenta mil reais).

§ 3º. O benefício previsto nesta cláusula somente se aplica se o adquirente não tiver débitos para com a Fazenda Pública Estadual ou Distrital.

§ 4º. o veículo automotor deverá ser adquirido e registrado no Departamento de Trânsito do Estado - DETRAN em nome do deficiente.

§ 5º. o representante legal ou o assistente do deficiente responde solidariamente pelo imposto que deixar de ser pago em razão da isenção de que trata este convênio."

Vale dizer, a partir da edição da Lei Estadual nº 16.498/17 e enquanto vigorar a redação do Convênio nº 38/12, a isenção de IPVA é aplicável a veículo cujo preço de venda não exceda a R$ 70.000,00.

Conforme mencionado, o preço do bem superou setenta mil reais, sendo descabido o pedido de isenção do tributo para os exercícios de 2018 e seguintes.

Isto porque o limite imposto pela legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção deve ser interpretado literalmente, nos termos do artigo 111, II, do CTN, não comportando interpretação extensiva para sua ilimitada concessão.

Além disso, não se trata de isenção onerosa, podendo ser revogada ou modificada por lei a qualquer tempo. A isenção concedida para o exercício de 2017 não exigiu qualquer contraprestação onerosa do beneficiário, não se cogitando violação ao artigo 178, do CTN ou à Súmula nº 544, do C. STF.

Note-se ainda, que a isenção do IPVA foi obtida mediante despacho da autoridade administrativa, situação que não gera o direito adquirido, nos termos do artigo 179, do CTN.

Por fim, cumpre esclarecer que o IPVA é devido anualmente, considerando-se ocorrido seu fato gerador em 1º de janeiro de cada exercício. E a partir de 2018, não houve nova concessão da isenção, dada a alteração legislativa.

E no sentido dos autos, julgou-se nesta C. Corte:

"APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – Isenção de IPVA – Deficiente – Veículo em valor superior a R$70.000,00 – Lei Estadual n° 16.498/17 passou a prever limite de preço para a concessão de isenção de IPVA aos veículos de deficientes físicos – Impossibilidade de isenção de IPVA – Sentença que denegou a segurança mantida – Recurso desprovido" (Apelação nº 1000418-92.2018.8.26.0032, Relª. Desª. Maria Laura Tavares, j. 11.07.2018).

"Apelação. Mandado de segurança. Isenção. IPVA. Pessoa com deficiência. Veículo cujo valor deve se limitar ao limite previsto no art. 13, §

Acesso ao Sumário

1º-A, da Lei Estadual nº 13.296/08. Isenção que não pode ser interpretada e concedida ilimitadamente. Condicionante legal, eis que estabelecida estritamente por lei cujo critério quantitativo foi estabelecido por norma diversa. Sentença mantida. Recurso desprovido" (Apelação nº 1006398-54.2018.8.26.0053, Rel. Des. Fernão Borba Franco, j. 25.06.2018).

"MANDADO DE SEGURANÇA – IPVA – Isenção na aquisição de veículo automotor destinado ao transporte de deficiente – Benefício limitado a veículos automotores cujo valor não exceda R$ 70.000,00 – Ausência de ilegalidade ou violação a princípios constitucionais na imposição de referida limitação – Sentença mantida – Recurso de apelação não provido" (Apelação nº 1000077-03.2018.8.26.0053, Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, j. 20.06.2018).

"AÇÃO DECLARATÓRIA. Isenção de IPVA. Portador de deficiência física, que adquiriu seu automóvel com isenção de IPVA. Superveniência da Lei Estadual nº 16.498/17, que alterou o art. 13, § 1º-A, 1, "a" e "b" da lei do IPVA, limitando a isenção de veículos até o valor de R$ 70.000,00. Hipótese, cujo valor supera o limite permitido para isenção do ICMS. Aplicação analógica ao IPVA. Consonância com os Convênios CONFAZ nºs 127/17 e 38/2012. Precedentes. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido" (Apelação nº 1000531-08.2018.8.26.0562, Rel. Des. Claudio Augusto Pedrassi, j. 14.06.2018).

"IPVA – ISENÇÃO – Pretensão dos impetrantes de que não seja exigido IPVA de veículos adquiridos anteriormente à alteração legislativa – Valor dos veículos adquiridos que ultrapassa o limite previsto no art. 13, § 1º-A, 1-b da Lei Estadual nº 13.296/08 c/c a Cláusula primeira, § 2º, do Convênio CONFAZ nº 38 – Isenção que não deve ser concedida de forma ilimitada – Ausência de violação à anterioridade tributária, pois o fato gerador ocorreu depois da modificação da lei – Sentença denegatória da segurança mantida – Precedentes deste Egrégio Tribunal. Recurso desprovido" (Apelação nº 1001149-08.2018.8.26.0576, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, j. 07.06.2018).

É o que basta para a manutenção do *decisum.*

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023671-62.2015.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante PREFEITURA

MUNICIPAL DE CAMPINAS, é apelado ARQUIDIOCESE DE CAMPINAS - PAROQUIA SANTO ANTONIO DE SANT'ANA GALVÃO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.587)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA – IPTU – Entidade religiosa com finalidade filantrópica e de assistência social – Presunção legal de imunidade tributária – Art. 150, VI, b, da CF – Sentença mantida – Honorários advocatícios majorados em grau recursal para 15% sobre o valor da causa – art. 85, § 11, do CPC/2015 – Recurso desprovido.

VOTO

Apelação em face da sentença de fls. 148/149 que julgou procedente a ação anulatória relativa ao IPTU incidente sobre imóvel destinado à edificação de templo religioso, sob o fundamento de que beneficiado pela imunidade prevista no art. 150, VI, b, da CF, condenando a ré no pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa atualizado[1].

A apelante alega, em síntese, que o imóvel da entidade não está acobertado pela imunidade, já que o templo ainda está em construção e que uma obra inacabada não pode ser considerada afetada às finalidades essenciais da apelada, daí porque propugna pela reforma da sentença.

Recurso regularmente recebido, processado e respondido.

Relatado.

Questiona-se a respeito da incidência do IPTU sobre imóvel adquirido para a edificação de templo religioso, sustentando a apelante ser possível a tributação porque a obra inacabada não pode ser considerada como destinada as finalidades essenciais da autora.

Contudo, o recurso da Municipalidade não merece provimento, porquanto

1 Valor da causa em 23/07/2015: R$ 6.327,32.

a apelada é entidade religiosa, com finalidade filantrópica e de assistência social, como conta do seu estatuto social, atendendo os requisitos próprios da imunidade tributária, como dispõe o artigo 14, do Código Tributário Nacional, o que sequer foi contestado nos autos. A propósito, merece ser mencionada parte do voto proferido pelo Ministro MARCO AURÉLIO, do STF, extraído do RE 562.351/RS:

> *Com a substituição da soberania do rei pela soberania do povo, as imunidades assumiram a posição de trincheiras em favor de certas liberdades públicas e valores políticos importantes à comunidade. Tais exclusões do poder de tributar conferido ao Estado somente podem ser entendidas como manifestações de um propósito maior. Do contrário, apresentar-se-iam como privilégios odiosos, incompatíveis com o próprio Estado republicano. Sobre o ponto, assim se manifesta Regina Helena Costa:*
>
> *Constituindo tributo interferência constitucionalmente consentida aos direitos de liberdade e da propriedade, explicável que o legislador constituinte tenha decidido afastar a possibilidade do exercício da competência tributária em certas hipóteses, visando a garantir a eficácia de muitos princípios que aponta. Entendeu-se, assim, que a exigência de tributos nessas situações poderia consistir em embaraço ao exercício de determinados direitos, ou, então, ao desempenho de atividades consideradas socialmente relevantes. Por tal razão, as imunidades tributárias exsurgem como normas voltadas ao asseguramento da plena produção de efeitos das normas que contemplam a liberdade de expressão, o direito de acesso à cultura e à liberdade de culto, por exemp0lo. E, ainda, para que as atividades de instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, entidades sindicais dos trabalhadores, partidos políticos e suas fundações, possam ser desenvolvidas sem empeços de ordem tributária.*[2]

Ademais, formalizada a transação, o imóvel passa a integrar o patrimônio do adquirente, cabendo a Municipalidade o ônus de afastar a presunção legal de imunidade que vincula o imóvel à realização das finalidades essenciais entidade, como já se pronunciou o STF na decisão monocrática proferida pelo Min. LUIZ FUX, no RE 658.080, proferida em 28/10/2011:

> *(...) Destarte, configura-se razoável desumir que a partir do momento da aquisição do bem imóvel pela entidade assistencial ou religiosa, esse estará coberto pelo manto da imunidade tributária, sendo certo ainda que somente após a comprovação posterior da utilização diversa do imóvel, para fins não essenciais à atividade assistencial, educacional e/ou religiosa, autorizará a revogação da referida imunidade*

Acesso ao Sumário

2 Imunidades Tributárias, 2006, p. 70/71.

tributária. À guisa exemplificativa da interpretação conferida por esta Corte ao § 4ºdo art. 150, da CF, cito os seguintes precedentes: "(...) a imunidade prevista no art. 150, VI, 'b', da CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços 'relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas'." (RE 325.822/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.05.2004). (...)".

Sobre o tema já se manifestou o STJ, no sentido de que *sendo a recorrida entidade religiosa, há presunção relativa de que o terreno adquirido para construção do templo gerador do débito é revertido para suas finalidades essenciais. Assim é que caberia à Fazenda Pública, nos termos do artigo 333, inciso II, do CPC, apresentar prova de que o terreno em comento estaria desvinculado da destinação institucional* (AgRg no AREsp 417.964/ES, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 11/03/2014 e AgRg no REsp 799.713/DF, Rel Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 04.02.2010).

Assim, como afirma a autora na inicial o imóvel adquirido será utilizado em suas finalidades essenciais, com a edificação de templo destinado a abrigar a *Comunidade Nossa Senhora das Graças*, e tal circunstância já é suficiente para afastar a incidência do IPTU, porque não desconstituída a presunção legal de imunidade, consagrada no artigo 150, inciso VI, letra "b", da Constituição Federal, cujo ônus processual competia à ré se desincumbir. Daí porque, **nega-se provimento ao recurso**, com majoração da verba honorária para 15% sobre o valor da causa, por incidência do disposto no §11, do art. 85, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1038816-50.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante EDNA MORAES VITORIANO NUNES, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.707)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), FRANCISCO BIANCO e NOGUEIRA DIEFENTHALER.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2019.

FERMINO MAGNANI FILHO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PROFESSORA ESTADUAL – Indeferimento de licença para tratamento de saúde – Moléstia não comprovada – Autora que não se desincumbiu do ônus de provar por meio documental o direito alegado – Ação julgada improcedente – Sentença mantida – Apelação da autora não provida.

VOTO

Vistos.

Apelação tempestiva interposta por Edna Moraes Vitoriano Nunes contra r. sentença do digno Juízo da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls 107/109), que julgou improcedente ação cujo objeto consistia no reconhecimento de direito a licença-saúde pelo período de 08/11/2013 a 08/01/2014, regularização da sua frequência e pagamento dos valores descontados.

Recurso fundado, em síntese, nestas teses: a) laudo judicial é inconclusivo e contraditório em relação aos demais laudos médicos particulares acostados aos autos; e b) laudo judicial, embora inconclusivo, aponta incapacidade no período discutido, apenas não conseguindo mensurar o seu grau (fls 128/132).

Apelo respondido (fls 135/140).

É o relatório.

A moléstia da autora não foi pericialmente comprovada. Ela não apresentou documentos de seu histórico médico ao exame pericial realizado no dia 10/05/2017, assim impossibilitando o perito de avaliar se no período discutido estava de fato incapacitada para o trabalho (fls 78). Ainda assim objetou o laudo, por seu suposto caráter inconclusivo, e formulou quesito suplementar para que fossem analisados os pareceres médicos particulares que instruíam a exordial (fls 17/27).

Acesso ao Sumário

Quanto a esse quesito, o laudo do IMESC concluiu que Edna Moraes Vitoriano Nunes apresentava, por ocasião da perícia, *exame psiquiátrico dentro da normalidade e que de acordo com exame e documentação não é possível determinar se o afastamento no período citado é justificado* (fls 95).

Em manifestação acerca do laudo suplementar, a apelante insistiu novamente a inconclusividade da perícia do IMESC, aduzindo que em momento imediatamente posterior ao indeferimento de licença- saúde ora questionado, isto é, em 28/01/2014, houve concessão de nova licença-saúde por parte do Departamento de Perícias Médicas do Estado, sob o mesmo fundamento (fls 104/105).

Todavia, argumento que não subsiste, uma vez que era sua obrigação levar ao conhecimento do perito todos os documentos de que dispusesse com a finalidade de comprovar seu estado de saúde no período controvertido, o que não foi feito, seja diretamente por Edna no momento do exame pericial junto ao IMESC, seja por sua patrona acostando novos documentos aos autos.

Nesse contexto, percebe-se que a conclusão pericial de que os documentos trazidos aos autos por ocasião do ajuizamento da ação (fls 17/27) não têm o condão de, por si só, comprovar a incapacidade laborativa da autora no período pleiteado foi bem fundamentada.

Ressalto as palavras do perito: *com relação aos atestados citados, notamos o CID F33 que é depressão recorrente, ou seja, existe uma cronicidade segundo estes atestados. De fato, no período, poderia existir a sintomatologia depressiva, conforme o descrito, o que seria mais próximo do CID F32.2. Porém, falta documentação indicando a cronicidade da doença. Não temos a continuidade, desde então, por se tratar de doença crônica e não apenas um episódio isolado. Ao exame pericial, não constatamos a presença da patologia que poderia significar que a periciada apresentou remissão. Porém, não está de acordo com o diagnóstico CID F33* (fls 96/97).

Ou seja, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, a apelante não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar, por meio de documentos médicos referentes ao intervalo temporal questionado, que não só apresentava *sintomatologia depressiva*, como também que esta era crônica.

O perito deixou claro em seu laudo que, pela avaliação atual (10/05/2017), a autora não apresentava quaisquer sintomas depressivos, de modo que não poderia nem sequer afirmar pelo exame direto que Edna apresentou remissão da doença. Vale dizer, a prova médica documental era a única forma de demonstrar o direito alegado e esta não foi feita de maneira suficiente.

Observa-se, por oportuno, que a circunstância de o Departamento de Perícias Médicas do Estado lhe ter deferido licença- saúde em seguida ao período ora controvertido, supostamente pelo mesmo motivo (fls 104/105), nada comprova quanto ao direito alegado, sendo, no máximo, indicativo de probabilidade de direito. Retorna-se, assim, à mesma questão suscitada pelo Senhor Perito, isto é, a da insuficiência probatória.

Por meu voto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007256-

Acesso ao Sumário

89.2016.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE TATUÍ, é apelado ADEMIR TEIXEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.659)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente), REINALDO MILUZZI e MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2019.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Responsabilidade Civil – Indenização por danos morais – Erro médico – Conduta culposa no atendimento médico que teria acarretado no falecimento da esposa do autor – Sentença de procedência parcial – Recurso voluntário do município de Tatuí – Parcial provimento de rigor – Provas dos autos suficientes a ensejar a responsabilização – Caracterizada a responsabilidade subjetiva pela falta do serviço, eis que devem os agentes públicos da área da saúde tomar todas as precauções necessárias no atendimento de pacientes – Inequívoca a negligência e a imperícia médica havida no atendimento à paciente, que, por evidente, ministrou atendimento desproporcional à gravidade da situação – Indenização por danos morais devida – Precedentes desta C. Corte e do E. STJ – *Quantum* indenizatório – De rigor a redução do valor, conforme a razoabilidade – Observância do binômio pelo qual a indenização não pode ser excessiva, sob pena de configurar enriquecimento sem causa do lesado, nem ínfima, sob pena de desmerecer o lesado e servir de estímulo a outras condutas indevidas – Redução do valor indenizatório arbitrado em Primeiro Grau – Alteração da sentença no tocante a este ponto – Sentença parcialmente reformada – Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Tatuí contra a r. sentença de fls. 187/192, por meio da qual o MM. Juízo *a que* julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos morais que alega ter sofrido o autor em razão do falecimento de sua esposa, supostamente causado por erro em atendimento médico. O Município foi condenado a pagar ao autor R$ 200.000,00 a título de indenização por danos morais e R$ 1.932,65 a título de lucros emergentes.

Alega o Município, em razões de fls. 194/206, que a obrigação de indenizar exige o comportamento culposo ou doloso do agente, não havendo nexo causal entre a conduta municipal e o dano experimentado. Afirma ser excessivo o valor fixado a título de indenização por danos morais, pleiteando sua redução.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente processado, com apresentação das contrarrazões às fls. 209/218.

É o relatório.

2. Comporta reforma parcial a r. sentença recorrida.

Em que pese a argumentação trazida pelo Município em suas razões recursais, da compulsa dos autos, entendo ter havido responsabilidade do réu no desfecho trágico experimentado pelos autores.

Em se tratando de responsabilidade do Estado, pode este responder objetivamente ou subjetivamente pelos danos causados. A primeira hipótese trata da modalidade risco administrativo, que não exige a comprovação de dolo ou culpa no resultado danoso, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Já, a segunda hipótese se aplica quando o serviço não funciona, funciona mal ou atrasado.

Assim, no presente caso, caracterizada está a hipótese de responsabilidade subjetiva pela falta do serviço, eis que devem os agentes públicos da área da saúde tomar todas as precauções necessárias no atendimento de pacientes, em especial quando portadoras de dores com causa não esclarecida, como era o caso da vítima, observando todas as cautelas a fim de se evitar riscos.

Restou comprovado nos autos que o atendimento médico prestado desobedeceu às condutas protocolares para o caso, conforme conclusão pericial.

Acerca da responsabilidade subjetiva do Estado, Celso Antonio Bandeira de Melo afirma: *Ocorre a culpa do serviço ou "falta do serviço" quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva.*

(...)

Em suma: a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento,

Acesso ao Sumário

inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados.

Do que se observa dos documentos acostados aos autos, a esposa do autor foi atendida no hospital do réu com quadro de dor progressiva nos braços, irradiado para as costas e peito, tendo sido medicada e dispensada com diagnóstico de problemas gastrointestinais.

Ao sair do hospital, sofreu uma parada cardíaca no carro, vindo a falecer de infarto agudo do miocárdio.

Todavia, os médicos que atenderam a paciente não procederam nos termos do protocolo para a hipótese diagnóstica registrada no atendimento, conforme constatou a prova pericial produzida nos autos:

"Baseados na análise da documentação médico legal anexada aos autos enviada ao IMESC trata-se de pericianda 'de cujus' que aos 60 anos iniciou quadro de dor torácica súbita e náusea durante a noite do dia 09/08/2016, atendida no dia 10/08/2016 a partir das 4h31m com anotação de parâmetros hemodinâmicos estáveis, medicada às 5h20m com analgésico, anti-inflamatório e antiemético, liberada e desfecho para Parada Cardio Respiratória e óbito em cerca de uma hora, com atestado de óbito de Causa Morte – IAM (infarto agudo de miocárdio) e hipertensão arterial, sem encaminhamento para Serviço de Verificação de Óbito – SVO.

Não há elementos médico-legais para este perito afirmar a causa do óbito, entretanto considerando a faixa etária, a queixa registrada no atendimento e a evolução, a principal causa de óbito com curso para desfecho rápido de morte é decorrente de patologias de causa cardíaca.

Não consta nos autos enviados ao IMESC registro de enfermagem de ficha de acolhimento e evolução após a medicação e solicitação de exames complementares para definição diagnóstica.

(...)

No atendimento aos indivíduos com queixa de dor torácica devemos levar em conta a faixa etária, a presença de fatores de risco para Doença Arterial Coronária (presença de Hipertensão Arterial, histórico familiar positivo para Doença Coronariana, Diabetes Mellitus, tabagismo, Dislipemia) que associado à idade, promove aumento da acurácia diagnóstica e em indivíduos com mais de 40 anos de idade, a incidência de doença cardíaca excede 50%.

(...)

De modo geral, indivíduos com dor torácica devem ser submetidos a realização de eletrocardiograma, seguindo as diretrizes nacionais e internacionais de cardiologia para atendimento de dor torácica, além de coleta de enzimas cardíacas, e outros exames disponíveis em unidade de emergência como radiografia de tórax, a partir do estabelecimento da hipótese diagnóstica

Acesso ao Sumário

mais provável a situação clínica do indivíduo.

O eletrocardiograma – ECG é o exame complementar mais importante na avaliação da queixa de dor torácica e deve ser realizado em até 10 minutos da chegada dos indivíduos ao serviço de emergência. Os casos caracterizados como de dor definitivamente ou provavelmente anginosa e os de risco elevado devem permanecer em ambiente de emergência até que exames complementares sejam realizados.

De acordo com dados de diretrizes publicados 2015 no Brasil, as doenças cardiovasculares são a principal causa de mortalidade, sendo responsáveis por cerca de 30% dos óbitos. Nos países da Europa Ocidental e nos Estados Unidos, a morte por doença arterial coronariana (DAC) é cerca de três vezes mais frequente do que por doenças cerebrovasculares (DCV).”

Confiram-se, ainda, as respostas dadas pelo Perito aos seguintes quesitos, elaborados pelas partes:

“5- Do prontuário médico juntado ao processo, pode-se concluir que, se ao invés de receber atendimento para problemas gastrointestinais, no lapso temporal entre o primeiro atendimento (às 04h30min) e o segundo (às 06h20min), fosse atendida como paciente em vias de infarto, teria mais chances de evitar o óbito?

R- Não há como este perito afirmar o diagnóstico de infarto agudo do miocárdio, mas havia indicação de ser investigado esse diagnóstico no primeiro atendimento.

(...)

6- De acordo com o protocolo médico a ser cumprido pelo profissional que se encontra atuando em Pronto Socorro, aonde chegam casos emergenciais e de urgência com necessidade de atendimento imediato, como o caso em tela, é possível concluir que o médico plantonista dispensou todos os procedimentos e atendimento coerente ao quadro apresentado pela paciente, quando adentrou o nosocômio municipal pela primeira vez, ou seja, às 4h30min?

R- Há indicação para realizar o protocolo de dor torácica.

(...)

8- Devem ser procedimentos de praxe de um Pronto Socorro Municipal, a realização de exames laboratoriais, de imagem ou eletrocardiograma quando um paciente apresenta sintomas de infarto?

R- Sim.

(...)

1- No pronto socorro Municipal, o atendimento da Sra. Shirlene de Almeida Teixeira se deu dentro do protocolo?

R- Considerando a hipótese diagnóstica registrada no atendimento – Dor

Acesso ao Sumário

torácica a esclarecer, tempo de permanência neste serviço e ausência de registros de exames complementares, não."

Diante das conclusões a que chegou o expert judicial, inequívoca a negligência e a imperícia médica havida no atendimento à paciente que, por evidente, ministrou atendimento desproporcional à gravidade da situação.

Por um lado, não há como saber se o resultado fatal adviria mesmo com a tempestiva internação e acompanhamento da paciente. Contudo, é indisputável tratar-se de falha do serviço a recusa persistente dos médicos que a atenderam em proceder aos exames indicados para diagnóstico em casos de dor torácica, especialmente em se considerando a faixa etária da paciente.

Não há justificativa plausível para a negligência estatal que se evidencia nos autos, não caracterizadas quaisquer das excludentes da responsabilidade civil, tais como caso fortuito ou força maior, culpa de terceiros ou da própria vítima.

De todo o exposto decorre de forma cristalina o nexo de causalidade entre a conduta do agente público, ou seja, entre a conduta médica (dever de cuidado e a falha na prestação do serviço público) e o acontecimento de um evento danoso (morte da esposa do autor).

A meu ver, é o suficiente para acolher o pedido indenizatório.

No mesmo sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Trabalho de parto acompanhado em hospital público. Constatação, a princípio, de que a evolução estava normal. Segunda avaliação efetuada somente horas depois, quando se verificou a presença de mecônio no líquido amniótico e sofrimento fetal agudo. Realização de parto cesárea de emergência. Aspiração da substância pelo feto, o que desencadeou a sua morte algumas horas após o nascimento. O desenrolar negativo dos acontecimentos deu-se nas dependências de unidade hospitalar da ré, cujos agentes não foram capazes de identificar a anormalidade a tempo de evitar o dano. Responsabilidade objetiva do Estado, mesmo em se tratando de ato omissivo. Precedentes da doutrina e da jurisprudência. Teoria do risco administrativo. Ausência de causas excludentes de responsabilidade. DANOS MORAIS. Dever de indenizar os danos suportados pelos autores, pais do recém-nascido que faleceu algumas horas após o parto. Confirmação do quantum debeatur fixado pelo juízo a quo (...) Reforma da sentença tão somente no que tange aos juros de mora. Reexame necessário e recurso de apelação interposto pela ré não providos; recurso dos autores provido. (TJSP, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Osvaldo de Oliveira, Apelação nº 0023500-86.2009.8.26.0000, j. 17/08/2011).

Acesso ao Sumário

APELAÇÃO – Ação de Indenização. Danos materiais e morais – Alegação de negligência e imprudência médica em atendimento no Hospital Municipal. Vítima esposa e mãe dos autores que, após parto por cesariana, apresentou complicações no pós- operatório, evoluindo com dores abdominais. No terceiro dia após o parto foi diagnosticada com íleo paralítico pós cirúrgico – Laudo pericial conclusivo no sentido de que houve descaso e falta de atenção, além de omissão implícita e conduta médica por demais expectante no atendimento prestado à vítima – Intervenção cirúrgica tardia (Laparotomia exploradora), que deveria ter sido realizada três ou quatro dias antes. Demora que contribuiu para o óbito da paciente – Nexo de causalidade configurado. – Responsabilidade da Administração – Pública pela atuação de seus agentes – Indenização por danos materiais e morais devida. Sentença de procedência parcialmente reformada (...) Havendo prova pericial de que o Poder Público não dispensou tratamento médico adequado, decorrente de descaso, falta de atenção e conduta médica por demais expectante, culminando na morte da paciente, existe o nexo causal entre a conduta negligente dos prepostos da Municipalidade-ré e os danos materiais e morais suportados pelos autores, configurando-se a responsabilidade civil da Administração Pública. (TJSP, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, Apelação nº 0353767-65.2009.8.26.0000, j. 07/08/2012).

Uma vez estabelecido o liame causal entre a conduta médica adotada e o evento danoso, era mesmo de rigor a condenação do Município ao pagamento de indenização pelos danos morais experimentados pelo autor.

Cumpre, portanto, examinar a adequação do quantum fixado em primeira instância.

A angústia, o sofrimento pelo falecimento da vítima, está naturalmente caracterizado no caso em pauta. Desnecessário qualquer tipo de prova a ser produzida nos autos.

Novamente, a lição de Carlos R. Gonçalves:

"O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe 'in re ipsa'. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho, ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão, ou o autor provar que ficou vexado pela não-inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante".

O problema, por certo, está na quantificação do dano moral, pois se

Acesso ao Sumário

objetiva, tão somente, uma compensação pelos males sofridos, em não havendo meios de mensurar a dor dos autores.

Em nosso sistema vige o critério do arbitramento pelo juiz para a fixação do quantum devido a título de dano moral, sendo certo que o Magistrado tem de agir com prudência ante as peculiaridades e à repercussão econômica da indenização, a fim de que esta não se converta em fonte de enriquecimento e tampouco em valor inexpressivo.

Neste diapasão, orienta Maria Helena Diniz:

> **"... na reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial. O dano moral resulta, na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade: vida, integridade física, honra, liberdade etc. Por conseguinte, não basta estipular que a reparação mede-se pela extensão do dano. Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante, inibindo comportamentos lesivos. (...) Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a 'inibir comportamentos antissociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade', traduzindo-se em 'montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo"** (Curso de Direito Civil Brasileiro, 18ª ed. Ed. Saraiva, 2004. p. 105).

Nesse sentido, deve ser asseverado que, na questão atinente ao valor da indenização, as palavras de Sérgio Cavalieri Filho elucidam a questão no sentido de que "*na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de dano novo*".

Adiante, continua o autor com os critérios atinentes à fixação do valor no sentido de 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*".

Vale ressaltar, ainda, a posição jurisprudencial acerca da reparação por danos morais: "A indenização, em caso de danos morais, não visa reparar, no

sentido literal, a dor, a alegria, a honra, a tristeza ou a humilhação; são valores inestimáveis, mas isso não impede que seja precisado um valor compensatório, que amenize o respectivo dano, com base em alguns elementos como a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima, sua situação familiar e social, a gravidade da falta, ou mesmo a condição econômica das partes. 5. Arbitrado sem moderação, em valor muito superior ao razoável, imperiosa a redução do valor devido à título de danos morais, dentro dos critérios seguidos pela jurisprudência desta Corte" (REsp. nº 239.973 – RN, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, v. un., Rel. Min. Edson Vidigal, em 16/5/00, DJU de 12/6/00, pág.129).

Desta forma, considerando, de um lado, a razoabilidade e a proporção como critérios de mensuração da reparação e, de outro, a extensão dos danos sofridos e seus consequentes transtornos, de rigor a redução do valor arbitrado em Primeiro Grau.

No caso, ponderando-se todos aqueles fatores e aplicando-os ao caso concreto, entendo como adequado o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), suficiente a reparar o dano moral, bem como servir de desestímulo à prática de iguais causas, com juros de mora da data do evento e correção monetária do arbitramento.

Embora de bom alvitre a punição ao causador do dano, o valor elevado, objetivando desestimular novas agressões, é critério presente apenas noutros países (Estados Unidos, v.g.), onde a realidade econômica suporta indenizações de grande porte. São os chamados danos morais punitivos, ainda não tão desenvolvidos entre nós.

Em continuação, o caráter punitivo da reparação pecuniária é puramente reflexo, indireto, sendo que a finalidade precípua da indenização por dano moral é servir de compensação.

Portanto, de rigor a reforma parcial da r. Sentença, no que tange ao valor fixado a título de indenização pelos danos morais causados ao autor.

Por fim, ante o resultado do presente julgamento, de rigor a condenação do autor ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono do Município, que fixo em 10% do proveito econômico obtido por meio do presente recurso (R$ 100.000,00), observando-se que a execução do valor fica condicionada à extinção da hipossuficiência que motivou a concessão do benefício da assistência judiciária.

3. Posto isto, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso do Município.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005816-02.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante TEREZINHA XAVIER LEITE SOUZA e Apelante/Apelado ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados/apelantes NATHALIA FERNANDA LOPES SIMONI e GABRIELLA SIMONI GONÇALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Recurso das autoras improvido - Recurso fazendário parcialmente provido - Ilegitimidade passiva do agente público (professora) reconhecida. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.559)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), FERMINO MAGNANI FILHO e FRANCISCO BIANCO.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2019.

MARIA LAURA TAVARES, Relatora

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Realização de oração em sala de aula em escola pública e anotação de versículos nos cadernos dos alunos – O ensino religioso confessional nas escolas públicas é permitido, desde que seja de matrícula facultativa – Precedente do C. STF no julgamento da ADI 4.439/DF – Respeito ao binômio da laicidade do estado e liberdade religiosa – Instituição de ensino pública que não pode adotar vertente religiosa de forma institucional e obrigatória, ainda que não oficialmente, especialmente em aulas sem conteúdo religioso – Criança que não deve se ver obrigada a permanecer em ambiente religioso com o qual não se identifica ou compactua – Responsabilidade civil caracterizada – Direção e coordenação da escola que tinham conhecimento da prática – Omissão quanto ao dever de orientação dos professores e fiscalização – Art. 37, §6º, da Constituição Federal – Danos morais demonstrados – Ilegitimidade passiva do agente público para responder diretamente perante o particular lesado – Dupla garantia decorrente

Acesso ao Sumário

do princípio da impessoalidade – Precedentes do C. Supremo Tribunal Federal – Redução do valor fixado a título de danos morais para R$ 8.000,00 – Agressão verbal e ofensas alegadamente proferidas por professora de escola estadual à aluna do ensino fundamental não comprovadas – Correção monetária – IPCA – Juros moratórios – Lei 11.960/09 – Danos materiais decorrentes de honorários advocatícios contratuais – Impossibilidade de ressarcimento pela parte contrária – Relação pessoal e voluntária entre advogado e cliente que não pode ser custeada pela parte adversa – Normas processuais que impõem apenas o pagamento de honorários sucumbenciais – Precedentes – Sentença parcialmente reformada – Recurso das autoras improvido – Recurso fazendário parcialmente provido – Ilegitimidade passiva do agente público (professora) reconhecida.

VOTO

Trata-se de ação de indenização movida por GABRIELLA SIMONI GONÇALVES, menor de idade, e por sua genitora e representante NATHALIA FERNANDA LOPES SIMONI, em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e de TEREZINHA XAVIER LEITE SOUZA, objetivando a condenação de cada uma das rés ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00, bem como ao ressarcimento das despesas decorrentes do contrato de honorários advocatícios.

Narram as autoras que a co-requerida Terezinha Xavier Leite Souza, professora da autora Gabriella Simoni Gonçalves no ensino fundamental, proferiu ofensas em sala de aula com relação à orientação religiosa das requeridas, caracterizando o preconceito e a discriminação religiosa, que inclusive instigou os colegas da menor à prática de 'bullying' (assédio escolar).

A gratuidade da justiça foi deferida à fl. 24.

O representante do Ministério Público em primeira instância se manifestou preliminarmente pela legitimidade passiva da corré Terezinha Xavier Leite Souza e pela legitimidade ativa da autora Nathalia Fernanda Lopes Simoni. No mérito, opinou pelo parcial provimento do pedido, para condenar as rés *solidariamente* ao pagamento do valor de R$20.000,00 a título de danos morais, além dos custos relativos aos honorários advocatícios (fls. 89/100).

A r. sentença de fls. 190/192, cujo relatório é adotado, julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar as rés ao pagamento de indenização por danos

Acesso ao Sumário

morais no valor de R$20.000,00, solidariamente, corrigido monetariamente pela tabela prática de atualização dos débitos das Fazendas Públicas, desde a data da sentença (Súmula 362 do STJ) e acrescido de juros moratórios nos termos da Lei nº 12.703/12 a partir da data do fato (Súmula 54 do STJ). Ante a sucumbência, condenou a Fazenda Estadual ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Inconformada, a Fazenda Estadual apresentou recurso de apelação às fls. 199/2012 alegando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* de Nathalia Fernanda Lopes Simoni. No mérito, objetiva a inversão do resultado do julgamento, alegando que as autoras não demonstraram a ocorrência de qualquer atitude discriminatória, especialmente considerando que uma simples oração não poderia ser tomada como ofensiva a ponto de ensejar em reparação por dano moral. Alternativamente, requer a redução do valor fixado a título de danos morais.

Por sua vez, a professora requerida Terezinha Xavier Leite Souza interpôs recurso de apelação às fls. 213/223, alegando a ausência de nexo de causalidade e a insuficiência probatória, bem como que o único intuito das autoras é auferir lucro, com a banalização dos danos morais. Por fim, requer a redução do valor indenizatório, com o argumento de que não guarda proporção com a sua capacidade financeira.

As autoras interpuseram recurso adesivo às fls. 226/236 reiterando os argumentos aduzidos na inicial e requerem a majoração da indenização a título de danos morais para que seja fixada em R$ 20.000,00 para cada uma das requeridas, bem como dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor atualizado da causa.

Os recursos preencheram os requisitos de tempestividade e regularidade (fl. 82) e foram instruídos com as razões das partes adversas (fls. 248/255 e 266/271).

É o relatório.

As autoras pretendem ser indenizadas pelos danos morais suportados em razão de agressão verbal e ofensas proferidas pela professora do ensino fundamental no curso de uma aula na escola estadual.

Segundo narram na inicial, em 04 de agosto de 2016, a autora e menor Gabriella Simoni Gonçalves estava frequentando o 3º ano do ensino fundamental na escola público E.E. Major Adolpho Rossin, quando a sua então professora Terezinha Xavier Leite Souza interrompeu as atividades dos alunos para uma oração. A menor Gabriella se recusou a orar junto com os demais alunos, ao que a professora teria então questionado a sua religião e, ao tomar conhecimento de que a menor era candomblecista, teria dito que "*DEUS não gostava de Gabriela e que ela iria para o inferno quando morresse*". Relatam as autoras

que o comportamento da professora ainda induziu outros alunos a praticarem 'bullying' (assédio escolar) com a menor autora, à qual foi atribuído o apelido de "macumbeira".

Alegam, ademais, que a professora requerida obrigava a autora Gabriella a passar as lições da aula na lousa, o que a impedia de copiar o conteúdo no seu próprio caderno, prática que seria pedagogicamente reprovável por comprometer o aprendizado.

Assim, sustentam que os danos morais causados decorreram de comportamentos e atitudes da professora da escola estadual, razão pela qual deve o Estado ser responsabilizado objetivamente, com amparo no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa da autora Nathalia Fernanda Lopes Simoni, mãe da também autora e menor Gabriella Simoni Gonçalves. Isto porque, é cabível à mãe pleitear a reparação por danos morais em razão de agressão verbal e ofensas sofridas pela filha menor de idade, especialmente quando, em tese, decorre da orientação religiosa da própria família.

No entanto, deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva da professora requerida, a qual, segundo o entendimento ainda prevalecente no Supremo Tribunal Federal, apenas pode ser responsabilizado regressivamente em face do ente público ao qual se vincula, mas não diretamente perante o particular lesado.

A responsabilidade civil do Estado tem seu fundamento principal no artigo 37, §6º, da Constituição Federal:

> ***Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:***
>
> ***(...)***
>
> ***§ 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.***

A interpretação mais adequada do referido dispositivo é a de que o Estado responde *objetivamente* perante os lesados pelos danos causados por seus agentes e que estes respondem *subjetivamente* perante o ente público, mas em regresso.

O C. Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, confere uma *dupla garantia*: (i) primeira, em favor do *particular*, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, sem que tenha de demonstrar a culpa desta;

Acesso ao Sumário

(ii) segunda, em prol do *servidor estatal*, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Esse entendimento nada mais é que um corolário do princípio da *impessoalidade*, que, no seu aspecto protetivo, atinge tanto o particular quanto o agente público.

É o que se constata dos seguintes julgados, ilustrativos da posição adotada pelas duas turmas do C. Supremo Tribunal Federal:

> ***"RESPONSABILIDADE - SEARA PÚBLICA - ATO DE SERVIÇO - LEGITIMAÇÃO PASSIVA. Consoante dispõe o § 6º do artigo 37 da Carta Federal, respondem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, descabendo concluir pela legitimação passiva concorrente do agente, inconfundível e incompatível com a previsão constitucional de ressarcimento - direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."*** **(RE 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 09/09/2008).**
>
> ***"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento."*** **(RE 327.904/SP, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 15/08/2006, Primeira Turma).**
>
> ***"CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO DO AGENTE PÚBLICO: GOVERNADOR. C.F., art. 37, § 6º. I. - No caso, o ato causador de danos patrimoniais e morais foi praticado pelo Governador do Estado, no exercício do cargo: deve o Estado responder pelos danos. C.F., art. 37, § 6º. II. - Se o agente público, nessa qualidade, agiu com dolo ou culpa, tem o Estado ação regressiva contra***

Acesso ao Sumário

***ele (C.F., art. 37, § 6º). III. - R. E. inadmitido. Agravo não provido."* (AI 167.659 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 18/06/1996).**

No mesmo sentido também já decidiu este E. Tribunal de Justiça:

***"AGRAVO DE INSTRUMENTO - Responsabilidade Civil - Dano moral - Preliminar de ilegitimidade passiva do agente público - Decisão agravada que rejeitou a referida preliminar - Impossibilidade - Ação fundada na responsabilidade objetiva do Estado, com base no art. 37, § 6, da Constituição Federal - Servidor que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular - Decisão reformada - Recurso provido."* (Agravo de Instrumento n° 2053112-59.2014.8.26.0000, Rel. Des. Moreira de Carvalho, 9ª Câmara de Direito Público, j. 30/07/2014).**

É certo que o C. Superior Tribunal de Justiça e parte da doutrina administrativista divergem da posição do E. Supremo Tribunal Federal e reconhecem a legitimidade passiva dos agentes públicos nas ações indenizatórias movidas pelo particular.

Também é certo que a possibilidade de responsabilização civil de agente público se tornou objeto de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal e ainda se encontra pendente de julgamento (Tema 940, RE 1.027.633).

Todavia, deve-se, aqui, prestigiar o posicionamento ainda prevalecente do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que é desse órgão jurisdicional a competência para dar a interpretação definitiva das normas constitucionais, sendo descabida a inversão de posicionamento até que haja nova decisão daquela Corte em sentido oposto.

Anote-se, ainda, que reconhecer a ilegitimidade passiva da professora no presente feito não implica o reconhecimento de que ela não possa ser responsabilizada. O que se afirma, apenas, é que cabe à Administração Municipal apurar eventual culpa ou dolo do referido agente público pelos danos causados ao particular e, se o caso, cobrar em regresso o devido ressarcimento, sem prejuízo de eventuais sanções administrativas e penais eventualmente cabíveis.

Assim, conclui-se que a corré TEREZINHA XAVIER LEITE SOUZA é parte ilegítima para figurar no polo passivo desta demanda, porque, perante as autoras lesadas, não podem responder diretamente.

Anote-se que a legitimidade de parte é matéria processual de ordem pública, cognoscível de ofício em qualquer grau de jurisdição, além do que foi oportunizada às partes a possibilidade de manifestação prévia. Nada há de irregular, pois, no reconhecimento da ilegitimidade passiva nesse grau de jurisdição.

O processo deve, pois, ser extinto sem resolução do mérito com relação à

Acesso ao Sumário

corré TEREZINHA XAVIER LEITE SOUZA, nos termos do artigo 485, VI, do Código de Processo Civil.

De outro lado, deve ser mantida a responsabilização do Estado de São Paulo no caso em exame, não comportando acolhimento seu recurso.

A responsabilidade extracontratual do Estado se traduz na obrigação de reparar, economicamente, os danos causados a terceiros por atos comissivos ou omissivos praticados por agentes públicos no exercício de suas atribuições.

Para que haja o dever de o Estado indenizar, o lesado deve sempre comprovar o dano, a conduta ou omissão do Estado e o nexo de causalidade entre eles, sendo tais elementos bastantes para as hipóteses que envolvam ação dos agentes estatais ou omissão específica da Administração Pública, em que se aplica a teoria do risco administrativo (como ocorre no presente caso). Em havendo omissão genérica do Estado, prevalece o entendimento de que a responsabilidade é subjetiva, devendo ser demonstrada também a culpa do ente público.

Neste sentido, vale citar o ensinamento de Hely Lopes Meirelles sobre a teoria do risco administrativo:

> ***"A teoria do risco administrativo faz surgir à obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. (...) Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz a mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF de 1946."*** **(Direito Administrativo Brasileiro, 30ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 631/632).**

No caso dos autos, as autoras requerem a reparação dos danos causados tanto por atos especificamente praticados pela professora, na qualidade de agente público, quanto por omissão dos agentes da escola estadual, que não adotaram as medidas necessárias para evitar os fatos ocorridos.

Acesso ao Sumário

É certo que a Constituição Brasileira prevê o ensino religioso (artigo 210, § 1º) e assegura a liberdade religiosa (artigo 5º, inciso VI), ao mesmo tempo em que consagra o princípio da laicidade (artigo 19, inciso I).

Com base em tais dispositivos, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439, decidiu que o ensino religioso, de natureza *facultativa* nas escolas púbicas brasileiras, pode ter natureza confessional, ou seja, pode estar vinculado a determinada religião ou vertente religiosa.

Entretanto, o julgamento se pauta justamente no caráter facultativo do ensino religioso e na própria tolerância e liberdade de religião. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal construiu o entendimento de que o oferecimento de aulas de caráter religioso contribui para a concretização da liberdade de religião e a tolerância religiosa, desde que seja facultativo, de forma que aqueles que não tiverem interesse em frequentar aulas de ensino religioso podem assim optar, sem constrangimentos.

No caso dos autos, entretanto, é incontroverso que a professora requerida Terezinha Xavier Leite Souza (assim como outros professores da escola) habitualmente realizava orações em sala de aula, demandando que seus alunos orassem simultaneamente, bem como exigia que os alunos anotassem versículos da Bíblia em seus cadernos.

A própria professora, em seu depoimento pessoal e em sua contestação de fls. 49/59, confessa ter ensinado aos seus alunos a rezar e ter feito orações no início de todas as aulas, da qual destaca-se o seguinte excerto:

> ***"Os valores humanistas, sempre foram pregados pela educadora, e estes as valores eram transmitidos no início da aula com uma oração destinada ao Deus dos céus, solicitando suas bençõe sobre aquela escola e seus alunos, aliás proteção eficiente, já que infelizmente a corrupção generalizada na nação, fez por deteriorar o sistema de ensino, sangrando de morte a educação neste país, onde além das más condições de uso das estruturas destinadas a educação, a escola sofre com a violência que toma as salas de aula. Orar, e ensinar seus alunos a orar foi o pecado, desta educadora, que agora se vê diante das acusações infundadas da autora."***

Embora seja permitido o ensino *facultativo* religioso, a exigência de que os alunos orassem em conjunto na sala de aula não está abarcada pela decisão da Suprema Corte.

O Estado, especialmente a instituição de ensino pública, não deve promover uma determinada religião ou vertente religiosa de forma institucional e não facultativa, ainda que não oficialmente, notadamente quando aqueles que optam por não rezar ou não se sentem representados tenham que se submeter à

Acesso ao Sumário

prática da oração, o que pode ocasionar em segregações religiosas, separatismos, discórdias e preconceitos.

Agrava a situação, ainda, que a imposição de determinada vertente religiosa em aulas sem cunho religioso, ocorre em salas do ensino fundamental, com crianças tem entre 6 e 14 anos de idade. A escola pública não deve obrigar que crianças permaneçam em ambientes religiosos com os quais não se identificam ou compactuam.

No caso dos autos, portanto, o dano moral é evidente e decorre da violação aos direitos da personalidade das autoras. Os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física, a sua integridade intelectual e a sua integridade moral.

A inviolabilidade da pessoa decorre do artigo 5º, *caput* e inciso X, da Constituição Federal:

> **Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:**
>
> **(...)**
>
> **X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;**

Assim é que o desrespeito à liberdade religiosa e a imposição de prática de cunho religioso de forma institucional e obrigatória em instituição de ensino pública, violam o direito da personalidade das autoras, notadamente quanto à liberdade de pensamento, identidade pessoal e familiar.

Ademais, conforme depoimentos das testemunhas Simone Rezende Malachias, Maria Candelária Barbarini e Marcilene Maria de Oliveira Santos, a prática da oração na sala de aula era fato de conhecimento da diretoria e da coordenação da escola, os quais, embora tenham orientado os professores a realizar reflexões com os alunos sem cunho religioso, não implantaram medidas efetivas para evitar que atividades de caráter religioso e confessional fossem realizadas em salas de aula.

Acesso ao Sumário

Neste sentido, sobre a responsabilização do ente estatal por conduta omissiva, podemos destacar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, 23ª ed., Atlas, p. 655):

> ***"No dizer de José Cretella Júnior (1970, v.8:210), a omissão configura a culpa* in omittendo *ou* in vigilando*. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o***

bônus pater familiae, nem como bonus administrator. Foi negligente. Às vezes imprudente ou até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia de inação, física ou mental. No caso de omissão do Poder Público os danos em regra não são causados por agentes públicos. São causados por fatos da natureza ou fatos de terceiros. Mas poderiam ter sido evitados ou minorados se o Estado, tendo o dever de agir, se omitiu. Isto significa dizer que, para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. A lição supratranscrita, de José Cretella Júnior, é incontestável. A culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável. A dificuldade da teoria diz respeito à possibilidade de agir; tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade, o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano."

Assim, a responsabilidade civil da Administração Pública que decorre da omissão será configurada se decorrer de má atuação ou falhas no serviço, caso em que responde subjetivamente por dolo ou culpa.

Especificamente com relação aos danos suportados por alunos em escolas públicas, Rui Stoco, na obra *Tratado de Responsabilidade Civil*, analisa cuidadosamente:

"Em verdade, a escola pública, representada pela Administração Pública, é responsável por qualquer dano que o aluno venha a sofrer, seja qual for a sua natureza, ainda que causado por terceiro, seja ele professor, aluno, visitante ou invasor.

O que pertine à escola pública, a responsabilidade se filia ao princípio consagrado no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, configurando-se pela simples falha na garantia da incolumidade, independentemente da verificação de culpa específica de qualquer servidor.

A nós parece que não só o menor absoluta ou relativamente incapaz recebe esse resguardo, como também, o maior de idade, considerando que o que se põe em relevo e discussão é o dever de guarda e incolumidade que o Estado, por força da teoria do risco, deve assegurar a todos que se coloquem sob seu manto protetor, na consideração de que o caput do art. 5º da Constituição Federal afirma ser dever indeclinável do estado

Acesso ao Sumário

***garantir a todos, sem distinção, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".* (Editora Revista dos Tribunais – 6ª edição).**

A entidade de ensino, ao receber os estudantes menores, confiados ao estabelecimento da rede oficial para as atividades curriculares, de recreação, aprendizado e formação escolar, fica investida no dever de guarda e preservação da integridade física e moral do aluno, com a obrigação de empregar a mais diligente vigilância, para prevenir e evitar qualquer ofensa ou dano aos seus pupilos, que possam resultar do convívio escolar.

Quando a administração pública se abstém de praticar atos ou de tomar providências que a lei lhe impõe, e de sua inércia resulta dano, a culpa se configura e a sua consequente reparação surge como imperativo indeclinável de justiça.

Assim, os danos suportados pelas autoras em decorrência da exigência de que fosse feita uma oração dentro da sala de aula e de que fossem anotados versículos nos cadernos dos alunos, poderiam ter sido evitados caso houvesse adequada orientação e fiscalização da conduta dos professores durante a ministração das aulas.

É certa, portanto, a responsabilidade do Estado pelo evento, o que torna imperioso o pagamento da respectiva indenização.

Resta apreciar o valor da indenização a que as autoras têm direito, para reparar os danos suportados.

Nesse ponto, merece reparo o montante arbitrado, uma vez que o dano moral não teve a intensidade e a extensão pretendidas.

O valor da indenização por dano moral deve se mostrar adequado e suficiente ao atendimento do binômio que deve nortear a fixação da indenização por danos morais. Deve ter conteúdo repressivo para que as rés se abstenham de condutas congêneres e de caráter retributivo da dor suportada pelas autoras.

É certo que a fixação do valor devido como indenização por danos morais sempre se mostrou tormentosa.

Acesso ao Sumário

De todo modo, mantendo-se proporcionalidade com outros casos envolvendo pretensões indenizatórias apreciados por esta Magistrada, tem-se como razoável a redução do valor total da indenização, por danos morais, para R$ 8.000,00 (oito mil reais), adequado para compensar a dor suportada, além de reprimir condutas similares por parte da ré, sem que seja fonte de enriquecimento sem causa por parte das autoras.

Além disso, conquanto não seja causa excludente da responsabilidade do Estado, o fato de a diretoria e coordenação da escola estadual terem adotado as medidas necessárias para a mudança de sala da autora menor é elemento que deve ser levado em consideração para redução do *quantum* indenizatório.

Ademais, no caso dos autos, embora tenha sido devidamente demonstrada a prática de realizar orações durante as aulas e dentro das salas de aula, bem como de anotar versículos nos cadernos dos alunos, não restaram suficientemente comprovadas as alegadas ofensas proferidas à autora em razão da sua orientação religiosa por parte de agente público.

Por fim, com relação à correção monetária, a fim de evitar incidentes desnecessários em sede de execução do julgado, a sentença comporta adequação, de ofício, anotando que se trata de matéria de ordem pública, cognoscível de ofício, e que não é o caso de aplicação do artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que a r. sentença fixou expressamente a taxa de correção monetária e juros incidentes no caso, de forma que a matéria foi tratada nos autos e as partes tiveram oportunidade de se manifestar sobre ela.

Em razão da declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei n° 11.960/09, quando do julgamento das ADIs n° 4.357 e 4.425 pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, não mais se admite a correção monetária pelos índices da caderneta de poupança, por não representarem a verdadeira depreciação do valor da moeda e inflação do período.

Dessa forma, o valor devido deverá ser corrigido pelo IPCA, consoante o entendimento desta 5ª Câmara de Direito Público.

Quanto aos juros moratórios, são aplicáveis as disposições da Lei n° 11.960/09, uma vez que não invalidadas nesse ponto para as condenações comuns (não tributárias), devendo ser computados desde a citação.

Anote-se, por fim, que a questão atinente à correção monetária do débito fazendário deverá observar, ainda, o que vier a ser definitivamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal quando do trânsito em julgado do RE 870.947 (Tema 810), caso haja eventual conflito com a posição ora adotada.

No que tange ao termo inicial da correção monetária e dos juros de mora, a sentença não comporta adequação, devendo o montante indenizatório ser corrigido monetariamente a partir do arbitramento, nos termos da Súmula n° 362 do C. Superior Tribunal de Justiça: "*A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento*" e acrescido de juros de mora, contados da data do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do C. Superior Tribunal de Justiça: "*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*".

Assim, o valor da indenização por danos morais deverá ser acrescido de juros moratórios, desde o evento danoso (Súmula n° 54 do C. STJ), na forma do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, e correção monetária, desde a data deste arbitramento (Súmula n° 362 do C. Superior Tribunal de Justiça), pelo IPCA.

Com relação à condenação das rés ao pagamento de danos materiais, com

Acesso ao Sumário

a finalidade de compensar os honorários advocatícios contratuais pactuados pelas autoras e seu patrono, não merece provimento o recurso das requerentes.

Conforme narra Yussef Said Cahali (*Honorários Advocatícios*, 4ª ed., RT, 2012, p. 352), os honorários sucumbenciais, em sua origem, destinavam-se à própria parte, e não ao seu patrono. Isso porque foram concebidos como uma forma de aliviar o litigante vencedor dos custos em que este incorreu na contratação de advogado.

Contudo, ao longo do tempo, consolidou-se o entendimento diverso de que a verba sucumbencial é autônoma e devida ao próprio advogado, o que é amplamente reconhecido, hoje, por doutrina e jurisprudência, além de ter sido pacificado pelo Código de Processo Civil de 2015 (artigo 85, *caput*).

De todo modo, o que não se pode admitir é que a parte vencida tenha de remunerar duplamente o advogado da parte contrária, arcando tanto com os honorários sucumbenciais quanto com os contratuais, ainda que eles tenham natureza diversa.

Os honorários contratuais são pactuados livremente em avença de natureza particular, pautada na confiança e pessoalidade. Justamente pelo fato de essa contratação decorrer da pessoalidade e da voluntariedade é que os valores envolvidos não podem ser repassados à parte adversa.

Nos termos da legislação processual, cabe ao perdedor da ação arcar apenas com os honorários de advogado fixados pelo juízo em decorrência da *sucumbência* (artigo 85, CPC), e não com os honorários decorrentes de contratos firmados pela parte contrária e seu advogado em circunstâncias particulares, totalmente desconhecidas.

Além disso, recentemente, a Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça, em sede de embargos de divergência, pacificou o entendimento de que os honorários advocatícios contratuais não podem ser incluídos no valor da indenização devida:

> ***"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,***

Acesso ao Sumário

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 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.

(EREsp 1.507.864/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, j. 20/04/2016).”

Dessa maneira, não há fundamentos válidos para que se transfira à Fazenda ré o ônus de arcar com os honorários advocatícios contratuais pactuados pela parte contrária.

Pelo exposto, pelo meu voto, (i) dou parcial provimento ao recurso da Fazenda Estadual para reduzir o valor da indenização para R$ 8.000,00 (oito mil reais), (ii) nego provimento ao recurso das autoras e (iii) julgo extinto o processo de ofício, sem resolução de mérito, em relação à corré Terezinha Xavier Leite Souza, restando prejudicado o seu recurso. Sobre o valor da indenização deve ser aplicado como índice de correção monetária o IPCA, computada a partir do arbitramento, e de juros moratórios nos termos da Lei 11.960/09, contados da data do evento danoso, com observação quanto ao julgamento do RE 870.947 (Tema 810), caso haja eventual conflito com a posição ora adotada.

Em razão da sucumbência das autoras em relação à professora requerida, condeno-as ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, observada a gratuidade judiciária.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0508113-42.2013.8.26.0126, da Comarca de Caraguatatuba, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA, é apelado CONSTRUTORA ALARCON LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.933)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente sem voto), EUTÁLIO PORTO e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2019.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Execução Fiscal – Taxa Mobiliária, exercício de 2008 – Município de Caraguatatuba – Pretendida substituição do título e prosseguimento da execução contra outro devedor em razão de equivoco na CDA – Não cabimento – Sentença mantida – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Apelação do exequente MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA (fls. 29/ss), contra r. sentença (fls. 26/ss) proferida em Execução Fiscal movida contra CONSTRUTORA ALARCON LTDA., referente a Taxa Mobiliária, exercício de 2008 (cf. CDA de fls. 03/ss).

2. A r. sentença julgou extinta a execução, sob o fundamento de que restou evidenciado nos autos que a executada encerrou suas atividades no ano de 2008, de forma que, não há fundamento para o ajuizamento da execução em face de ente inexistente.

3. Em seu apelo sustenta o exequente, em síntese, que a baixa da empresa ocorreu na data de 31 de dezembro de 2008, de maneira que deve arcar com o tributo cobrado referente aos meses de julho a outubro de 2008. Requer, por fim, a reforma da r. sentença.

4. Recurso tempestivo, dispensado de preparo e não respondido.

5. As partes não se opuseram ao julgamento virtual desse recurso.

É o relatório.

6. Pretende o exequente a reforma da r. sentença.

Acesso ao Sumário

Sem razão.

Inicialmente, a execução foi proposta contra CONSTRUTORA ALARCON LTDA. (fls. 02), sendo que, após erro na CDAS o Município pretendeu o redirecionamento da execução para os representantes legais da empresa (fls. 21).

Ora, em casos tais, inviável a regularização da ação apenas com a substituição da CDA, já que o próprio lançamento se deu de modo equivocado.

Com efeito, só é possível a substituição da Certidão de Dívida Ativa para correção de vício formal ou material.

Nestes casos, há necessidade de novo lançamento, não ocorrente no caso, o que possibilitaria ao contribuinte indicado no novo título exercer o seu direito de defesa na via administrativa.

Nesse sentido:

Apelação cível em exceção de pré-executividade – Execução Fiscal – Município de Santos – IPTU e Taxa de Lixo do exercício de 2012 – Executado falecido anteriormente à propositura da ação Ilegitimidade passiva reconhecida – Impossibilidade de alteração do polo passivo da demanda – Inteligência da Súmula nº 392 do STJ – Exceção de pré-executividade acolhida – Condenação da Fazenda ao pagamento dos honorários advocatícios – Cabimento – Aplicação do princípio da causalidade – Recurso da Municipalidade não provido e recurso adesivo do contribuinte parcialmente provido. (0501809-77.2013.8.26.0562 Relator(a): Raul De Felice; Comarca: Santos; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 22/07/2016; Data de registro: 22/07/2016).

Neste sentido também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"AgRg no Ag 732402 / BA, Ministro JOSÉ DELGADO, 1ª Turma, DJ 28/04/2006, D. da Publicação 22.05.2006, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. IPTU. SUBSTITUIÇÃO DE CDA. NÃO-OCORRÊNCIA DE ERRO FORMAL OU MATERIAL. MODIFICAÇÃO DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão negou provimento a agravo de instrumento.

2. O acórdão a quo extinguiu execução fiscal, com base no art. 267, VI, do CPC, ao entendimento de que a emenda ou substituição de certidão de dívida ativa facultada ao credor, nos termos dos arts. 203 do CTN e 2º, § 8º, da LEF, só é possível na hipótese de erro material ou formal.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que é possível substituição da CDA, em face da ocorrência de erro material ou formal, antes da prolação da sentença.

4. No entanto, in casu, não se trata de mero erro material, mas de pedido

Acesso ao Sumário

de alteração do sujeito passivo da obrigação tributária após o exeqüente reconhecer a ilegitimidade passiva acionada para figurar na lide.

5. Impossibilidade de substituição de título executivo quando não se tratar de mera correção de erro material ou formal e, sim, de modificação do próprio sujeito passivo, o que não possui tutela na Lei nº 6.830/80 e no CTN.

6. Agravo regimental não-provido.".

A respeito do tema, apreende-se da lição de Humberto Theodoro Júnior, na sua obra "Lei de Execução Fiscal", 11ª Edição, 2009, Editora Saraiva, págs. 9 e 36, que: "*Antes, portanto, de ingressar em juízo, tem a Fazenda Pública de promover o acertamento de seu crédito, tanto objetiva, como subjetivamente, mediante o procedimento da inscrição, para atribuir-lhe liquidez e certeza, ou seja, para determinar, de forma válida, a existência do crédito tributário, a quantia dele e a responsabilidade principal e subsidiária por seu resgate. Em outros termos, há de apurar-se antes da execução a existência da dívida, o que se deve e quem deve. Somente depois da inscrição, que resolve todos esses problemas, e da extração da competente Certidão de Dívida Ativa que é o título executivo judicial é que estará a Fazenda habilitada a promover a execução em juízo (p. 9).*

(...)

Para definir-se a legitimação passiva do executivo, portanto, não basta pesquisar quem, em tese, pode responder pela dívida. É indispensável identificar quem, concretamente, se acha vinculado ao título." (p. 36).

Em vista disso, aplicável ao caso o verbete da Súmula nº. 392 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: *"A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução*."

Por fim, ficam as partes notificadas que, em caso de oposição de embargos declaratórios, seu processamento e julgamento se realizarão virtualmente.

Pelas razões acima expostas e mais seus judiciosos fundamentos, fica mantida a r. sentença.

Pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0537711-03.2004.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, são apelados

WRJ ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA S/C LTDA. (E OUTROS(AS)), LUIS CARLOS DOS REIS e SANDRA MARIA DOMINGUES DA COSTA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.292)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVA RUSSO (Presidente sem voto), RAUL DE FELICE e ERBETTA FILHO.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2019.

EUTÁLIO PORTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Execução fiscal – Taxa de Fiscalização e/ou ISS Fixo, Taxa de Fiscalização de Publicidade e Multas dos exercícios de 2003 e 2004 – Ausência do fundamento legal da cobrança – Reconhecimento de ofício da nulidade das CDAs – Inexistência de alegação de eventual prejuízo de defesa – Possibilidade de substituição das CDAs – Súmula 392 do STJ – Ausência de oportunidade à exequente para substituição dos títulos – Sentença reformada – Recurso provido.

VOTO

RELATÓRIO

Trata-se de execução fiscal proposta pela PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO em face de WRJ ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA S/C LTDA. E LUIS CARLOS DOS REIS E SANDRA MARIA DOMINGUES DA COSTA, objetivando a cobrança de Taxa de Fiscalização e/ou ISS Fixo, Taxa de Fiscalização de Publicidade e Multas dos exercícios de 2003 e 2004.

A sentença de fls. 51/56, proferida pela MM. Juíza Ida Inês Del Cid, cujo relatório se adota, julgou extinto o processo, nos termos do art. 485, IV, do CPC, reconhecendo de ofício a nulidade das CDAs, por ausência de fundamentação legal.

Inconformada, a Municipalidade de São Bernardo do Campo apelou às fls. 59/65, requerendo a reforma da sentença. Sustentou que as CDAs preenchem os requisitos do art. 2º da Lei nº 6.830/80. Alegou que deveria ter sido intimada para providenciar as alterações cabíveis.

Acesso ao Sumário

Recurso tempestivo e isento de preparo, sem contrarrazões.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

A sentença deve ser reformada.

Sem embargo dos fundamentos constantes da decisão e a despeito da MM. Juíza ter vislumbrado a nulidade das CDAs, a r. sentença deve ser reformada, por não ter possibilitado à exequente a substituição ou emenda dos títulos para supressão do defeito neles constante.

Diga-se ainda que houve o reconhecimento da nulidade das CDAs de ofício, sem que a parte tenha alegado eventual prejuízo de defesa.

Com efeito, as CDAs não indicam o número dos processos administrativos que ensejaram a cobrança das dívidas, nem sua fundamentação legal, obstando a defesa da executada.

No entanto, o STJ tem firme entendimento de que não é possível, mesmo em face de nulidade da CDA, a extinção do processo executivo sem que antes a exequente tenha a possibilidade de emendar ou substituir o título. Nesse sentido, os seguintes julgados:

> "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA. POSSIBILIDADE ATÉ A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. OFENSA AO ART. 2º, § 8º, DA LEF RECONHECIDA.
>
> 1. Conforme a jurisprudência do STJ, incabível extinguir a Execução Fiscal com base na nulidade da CDA sem a anterior intimação da Fazenda Pública para emenda ou substituição do título executivo, quando se tratar de erro material ou formal. Precedentes do STJ.
>
> 2. Agravo Regimental não provido."
>
> (AgRg no REsp 1.268.359/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 07/02/2013, DJe 08/03/2013).
>
> "TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CDA. AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO DOS VALORES POR EXERCÍCIO. MERO ERRO FORMAL. DEVER DO MAGISTRADO DE CONCEDER AO EXEQUENTE A OPORTUNIDADE DE EMENDAR OU SUBSTITUIR A CERTIDÃO DE DÍVIDA, ANTES DE EXTINGUIR O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO".
>
> (AgRg nos EDcl no Ag 911.736/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, j. 04/03/2008).

Ademais, a jurisprudência encontra-se pacificada, nos termos da Súmula 392 do STJ:

Acesso ao Sumário

"A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução" (Súmula 392, 1ª Seção, j. 23/09/2009, DJe 07/10/2009).

De sorte que a sentença deve ser reformada para determinar o retorno dos autos à origem a fim de que a Municipalidade tenha a oportunidade de substituir as CDAs.

Face ao exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007807-78.2018.8.26.0566, da Comarca de São Carlos, em que é apelante NEUSA MARIA FONSECA PEDRASSANI (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitada a preliminar, deram provimento parcial, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.007)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MAGALHÃES COELHO.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. RECONSIDERAÇÃO DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LICENÇA MÉDICA. Perícia médica, realizada pelo Departamento de Perícias Médicas do Estado, que concluiu pela existência de moléstia e pela incapacidade laborativa. Autora que faz jus a 45 dias de licença-médica, conforme parecer médico. Licença Médica que deve ser deferida. Sucumbência recíproca. Preliminar afastada. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Neusa Maria Fonseca Pedrassani, inconformada com a r. sentença que julgou improcedente a ação (fls. 116/119), interpôs recurso de apelação.

Argui, preliminarmente, nulidade da r. sentença por cerceamento de defesa. Diz que é necessária prova pericial para comprovar os problemas de saúde da autora. Afirma que foi submetida a vários tratamentos e exames, e obteve anteriormente o deferimento de outras licenças. Assere que está comprovada a gravidade do seu estado de saúde. Ressalta que, enquanto estiver em licença-saúde, não pode sofrer prejuízos em seus vencimentos. Assere que qualquer médico especialista pode atestar as condições físicas do servidor, competindo ao DPME somente a avaliação/formalização para a concessão do afastamento. Cita julgado favorável. Sustenta que a Constituição Federal garante o direito à saúde. Argumenta que os atos administrativos devem ser motivados, o que não ocorreu no caso. Invoca o princípio da dignidade humana. Afirma que inocorreu a invasão de competência ou violação ao princípio da independência e harmonia dos poderes. Daí, pretender a reforma da r. sentença (fls. 127/139).

Com as contrarrazões (fls. 142/145), subiram os autos.

É o relatório.

Pretende a demandante, por meio da presente ação, seja reconhecido o "direito da Autora que todos os períodos de afastamento de 03/05/2017 a 01/07/2017 deram-se como afastamentos por motivo de doença, regularizando o registro de frequência da Autora dos períodos mencionados, sem prejuízos dos vencimentos e vantagens, e determinando-se o cancelamento do processamento do OFICIO Nº. 00027/CDPe-11-Araraquara, e o cancelamento do COMUNICADO CADIN Nº 65490/2018, bem como de qualquer tipo de estorno dos vencimentos percebidos pela Autora determinado o apostilamento do direito para que surta seus jurídicos efeitos" (fls. 9, grifos no original).

A r. sentença julgou improcedente a ação (fls. 11/119).

Afasta-se a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa. A prova documental trazida aos autos tornou prescindível o pedido da prova pericial formulado pela autora, valendo-se o juiz do livre convencimento motivado para apreciar o conjunto probatório.

Desponta dos autos que a autora, servidora pública estadual, apresentou problemas de saúde, e requereu licença-saúde, por 90 dias, a partir de 3.4.2017 a 01.07.2017, que foi indeferida (fls. 20/21). Requereu a reconsideração da decisão (fls. 23/5), que foi parcialmente deferida, para conceder 30 dias de licença para tratamento de saúde (fls. 28). Pretende seja reconsiderada a decisão, concedendo-lhe os 90 dias de licença, conforme relatório médico.

Conforme relatório médico juntado aos autos, a autora é portadora de insuficiência cardíaca e, em 2015, foi submetida à cirurgia para troca valvar

aórtica por prótese metálica (fls. 17/18). Evoluiu "com dispnéia aos esforços e edema pernas" (fls. 19), por isso, recomendou 90 dias de afastamento (fls. 19). A princípio, teve o pedido de licença médica negado (fls. 22). Após, apresentou pedido de reconsideração, e o pedido foi parcialmente deferido, para conceder 30 dias de licença para tratamento de saúde, a contar de 3.4.2017 (fls. 28).

Dispõe o Estatuto dos funcionários Públicos de São Paulo:

Artigo 191- Ao funcionário que, por motivo de saúde, estiver impossibilitado para o exercício do cargo, será concedida licença, mediante inspeção em órgão médico oficial, até o máximo de 4 (quatro) anos, com vencimento ou remuneração.

Segundo consta, a autora apresentou relatório e atestado médico e solicitou a guia de perícia médica na Secretaria de Estado da Saúde. Obteve da perícia médica parecer favorável à licença por 45 dias (fls. 90). Entretanto, o Departamento de Perícias Médicas do Estado indeferiu a sua concessão. Depois, reconsiderou a decisão, deferindo apenas 30 dias.

No caso dos autos, realizada a perícia, o médico concluiu que a autora "não apresenta condições laborativas em razão da doença que limita o desempenho em suas atividades. Necessita ficar afastada conforme atestado médico" (fls. 90).

À evidência, esta perícia deve ser considerada para avaliar as condições da demandante, pois elaborada pelo órgão médico oficial. Ademais, tratando-se de documento emanado de agente público, é dotado de presunção de legitimidade e de veracidade.

Assim, é caso de dar parcial provimento ao recurso, pois entende-se que a autora não possuía plena capacidade laborativa, e que, portanto, faz jus à licença saúde por 45 dias, a partir de 3.5.2017, conforme parecer da perícia médica realizada, devendo ser regularizado o registro de frequência, bem como a devolução dos valores descontados indevidamente.

Verifica-se que a hipótese dos autos é de sucumbência recíproca, razão pela qual deve ser aplicado o art. 86 do Código de Processo Civil, mantendo-se os honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, cabendo a cada parte suportar metade deste valor, bem como metade das custas processuais, sendo vedada a compensação (art. 85, §14 do CPC).

Ante o exposto, afasta-se a preliminar e dá-se parcial provimento ao recurso, para julgar parcialmente procedente a ação, nos termos supracitados, reconhecida a sucumbência recíproca e observada a gratuidade de justiça.

Acesso ao Sumário

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1040081-86.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante/apelado EURIPEDES DONIZETI CASSEMIRO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado/apelante DAERP DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTOS DE RIBEIRÃO PRETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em julgamento estendido, por maioria de votos, deram provimento ao recurso da parte autora e deram parcial provimento à apelação do requerido e ao reexame necessário. Acórdão com o 3º Juiz, Des. Souza Meirelles. Declarará voto o 2º Juiz, Des. Edson Ferreira.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.623)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SOUZA MEIRELLES, vencedor, J. M. RIBEIRO DE PAULA, vencido, SOUZA NERY (Presidente), EDSON FERREIRA e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 2 de outubro de 2018.

SOUZA MEIRELLES, Relator designado

Ementa: Funcionalismo – Ribeirão Preto – Percepção de horas extraordinárias calculadas sobre a Gratificação LC 2.588, Adiantamento de Prêmio de Incentivo e adicional de insalubridade – Parcial procedência na origem – Art. 203, §2º, do Estatuto dos Servidores Públicos Municipais que deve ser compreendido consoante o enunciado pelos arts. 7º, XVI, e 39, § 3º, da CRFB – Interpretação do texto legal realizado pela Administração quanto à Gratificação LC 2588 que se denota inadequada – Adicional de insalubridade que deve integrar a base de calculo – Prêmio de Incentivo declarado inconstitucional pelo C. Órgão Especial nos autos da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2095312-76.2017.8.26.0000 – Prêmio de Incentivo que não pode ser incluído na base de cálculo do trabalho extraordinário – Adequação dos consectários legais – Apelo da parte autora

Acesso ao Sumário

provido e recurso do requerido e reexame necessário parcialmente providos.

VOTO

Apelação cível manejada pela **Euripedes Donizeti Cassemiro** nos autos de processo pelo rito ordinário ajuizado em face de **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**, os quais tramitaram na 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ribeirão Preto, cujos pedidos foram julgados **parcialmente procedentes** para declarar o direito do autor à percepção de horas extras calculadas sobre a totalidade de seus vencimentos ou remuneração, considerada o salario base, URP 02/89 – ordem judicial, adicionais de tempo de serviço, sexta- parte, adiantamento premio incentivo e gratificação (LC 2588/13 – art. 4º), mais as gratificações que a ela se incorporarem de forma geral, sem a exigência do cumprimento de qualquer condição, condenando a requerida ao pagamento das respectivas diferenças apuradas, respeitadas a prescrição quinquenal, com correção monetária desde quando devidas, com base na Tabela Prática – IPCA-E e juros de mora de 0,5% ao mês a contar da citação. Diante da sucumbência parcial, cada parte arcará com a verba honorária do patrono da parte adversa, cuja fixação do percentual ocorrerá quando da liquidação do julgado, nos termos do **art. 85, §4º, II, do CPC/15**, observada a gratuidade concedida ao autor. Reexame necessário determinado.

Vindica o autor a desconstituição parcial da r. sentença, a fim de que incluído o adicional de insalubridade na base de cálculo das horas extras.

Por sua vez, apela o DAERP visando à exclusão da gratificação da **Lei Complementar nº 2.588/2013** e do premio incentivo da base de calculo das horas extras. Ainda, pleiteia a aplicação da Lei Federal nº 11.960/09 modulada.

Recursos tempestivos, bem processados e contrariados (fls. 155/159 e 160/164).

Tal, em abreviado, o relatório.

A sentença comporta reforma.

Primeiramente, analisa-se o pedido concernente à inclusão da **Gratificação LC 2588** na base de cálculo das horas extraordinários.

Com efeito, o **Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Ribeirão Preto (Lei Municipal nº 3.181/76)**, que se aplica aos servidores autárquicos que conservem vinculação estatutária (art. 1º, §1º, II), dispõe acerca da matéria:

> **Art. 203 – Terá direito à gratificação por serviço extraordinário o funcionário que for convocado para prestação de trabalhos fora do horário normal de expediente a que estiver sujeito.**
>
> **§1º A prestação de serviço extraordinário será determinada pelo direito do departamento a que estiver subordinado o funcionário**

Acesso ao Sumário

convocado.

§2º A gratificação será paga por hora de trabalho prorrogado ou antecipado, na mesma razão percebida pelo funcionário em cada hora de período normal.

Como se vê, o **art. 203, §2º**, da referida **Lei estabelece que** "*A gratificação será paga por hora de trabalho prorrogado ou antecipado, na mesma razão percebida pelo funcionário em cada hora de período normal*".

Em vista de tal regramento, a Fazenda Pública Municipal entende que o pagamento da hora extraordinária não poderia incidir sobre a Gratificação da **Lei 2.588/13.**

No entanto, tal interpretação do texto legal procedida pela Administração não se mostra compatível aos preceitos contidos nos **arts. 7º**, **XVI,** e **39**, **§ 3º**, da **CRFB**[1], visto que deveria ser adotada como parâmetro a remuneração do servidor.

Nessa linha entendeu o **C. Órgão Especial** deste **E. Tribunal** ao declarar inconstitucional dispositivo de lei municipal de Santos que estabelecia expressamente que a base de cálculo das horas-extras seria o vencimento padrão, exarando-se o entendimento de que "*o dispositivo em questão representa incompatibilidade com a Constituição Federal, ao limitar ao salário base o cálculo das horas extras, excluindo as vantagens que integram o total da remuneração, razão pela qual, procedente o incidente*" (TJSP, Arguição de Inconstitucionalidade nº 0091659-13.2011.8.26.0000, Rel. Des. REIS KUNTZ, j. 3.8.2011).

Dessa maneira, consoante se verifica do posicionamento traçado pelo **C. Órgão Especial**, a hora extraordinária incide sobre a remuneração normal, que, nos dizeres de **HELY LOPES MEIRELLES**, **equivale aos "*vencimentos*,** *que corresponde ao vencimento (no singular, como está claro no art. 39, § 1º, da CF, quando fala em 'fixação dos padrões de vencimento') e às vantagens pessoais (que, como diz o mesmo art. 39, § 1º, são os demais componentes do sistema remuneratório do servidor público titular de cargo público na Administração direta, autárquica e fundacional)*" (Direito administrativo brasileiro, 33ª ed., Malheiros, São Paulo, 2007, pp. 477/478 – o grifo o foi por nós).

Ainda, não se pode olvidar que a **Gratificação LC 2.588** constitui

Acesso ao Sumário

1 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...)
XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal; Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.
(...)
§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

benefício de caráter geral, ou seja, não se exige o atendimento de requisitos para o recebimento de tal vantagem.

Assim sendo, resta claro que a parte autora faz jus ao **cálculo das horas-extras sobre Gratificação LC 2.588**, vantagem integrante da remuneração que não se trata de verba eventual (como auxílio-alimentação, auxílio-transporte, reembolso de despesas de viagem, restituição de imposto de renda, etc.), nos termos dos dispositivos pertinentes do **Estatuto dos Servidores**, com o devido pagamento das parcelas pretéritas, respeitado o lustro prescricional.

Acerca da temática ora debatida, a jurisprudência deste **E. Tribunal**:

SERVIDOR PÚBLICO AUTÁRQUICO. DAERP. Ribeirão Preto. 1. Horas extraordinárias. Base de cálculo. Legislação municipal que estabelece a incidência da hora extra sobre a hora normal de trabalho, ou seja, a remuneração do servidor, que corresponde ao padrão mais vantagens pessoais. Incidência sobre vantagens de caráter geral. Não incidência sobre vantagens pro labore faciendo. 2. Sucumbência recíproca, mas desigual. Aplicabilidade do art. 21 do CPC. 3. Remessa necessária e recurso do réu improvidos. Provido parcialmente o apelo do autor. (Apelação nº 1014032-08.2015.8.26.0506. Relator(a): Coimbra Schmidt; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 11/04/2016; Data de registro: 12/04/2016).

Servidor público autárquico – Horas extraordinárias – Base de cálculo – Horas extraordinárias que deverão incidir sobre a remuneração integral do servidor, que deve compreender o salário base acrescido das vantagens pecuniárias de caráter geral, excluindo-se as de caráter pro labore faciendo – Sucumbência parcial e proporcional – Readequação dos ônus sucumbenciais, nos termos do art. 21, do Código de Processo Civil de 1973 e Súmula n.º 306 do C. Superior Tribunal de Justiça – Precedentes desta C. Corte – 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, atentando o que vier a ser decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal – Recurso de apelação do autor e reexame necessário parcialmente providos, desprovido o apelo da ré. (Apelação nº 1015685-45.2015.8.26.0506. Relator(a): Renato Delbianco; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/06/2016; Data de registro: 08/06/2016).

Servidor público. Ribeirão Preto. Pretensão de revisar a base de cálculo das horas extras, a fim de que estas incidam sobre toda a remuneração. Admissibilidade. Artigos 182 e 203, § 2º, da Lei nº 3.181/76. Artigos 7º e 39 da CF. O termo "remuneração" abrange os vencimentos e as demais vantagens. Ação ora julgada procedente.

Acesso ao Sumário

Recurso do DAERP improvido. Recurso do autor provido. Recurso oficial parcialmente provido a fim de adequar as taxas de correção monetária e de juros de mora a serem aplicadas. (Apelação nº 1017083-27.2015.8.26.0506. Relator(a): Luis Fernando Camargo de Barros Vidal; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 09/05/2016; Data de registro: 12/05/2016).

Da mesma forma, o adicional de insalubridade deve integrar a base de cálculo das horas extras percebidas pelo autor no período em que cumpria a jornada extraordinária.

Como já dito, a exclusão do adicional de insalubridade da base de cálculo das horas extras não se mostra compatível aos preceitos contidos nos **arts. 7º, XVI,** e **39, § 3º, da CRFB**, visto que deveria ser adotada como parâmetro a remuneração do servidor.

Neste sentido: Apelação nº 1030371-08.2016.8.26.0506. Relator(a): Vicente de Abreu Amadei; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 07/03/2017; Data de registro: 08/03/2017 e Apelação nº 0055048-27.2013.8.26.0506. Relator(a): Cristina Cotrofe; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 11/02/2015; Data de registro: 12/02/2015.

Tal conclusão, no entanto, não pode ser a mesma com relação ao prêmio de incentivo.

Isso porque foi publicada em **29.09.17** o acórdão proferido pelo **C. Órgão Especial** deste Tribunal de Justiça nos autos da **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2095312-76.2017.8.26.0000**, declarando a inconstitucionalidade da **LC nº 406/94** que instituiu o Prêmio-Incentivo no âmbito da Municipalidade de Ribeirão Preto, cuja ementa transcreve-se a seguir:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR Nº 361/1994 REVOGADA PELO ARTIGO 55 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 2.515/2012, AMBAS DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO - AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR QUANTO À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR ARRASTAMENTO, DO ARTIGO 15 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 361/1994 - PRELIMINAR ACOLHIDA - PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, INCISO VI, DO CPC". "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR Nº 406/1994, E ULTERIORES MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELAS LEIS COMPLEMENTARES Nos 408/1994 E 1.439/2003, TODAS DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO - INSTITUIÇÃO DE 'PRÊMIO- INCENTIVO' - VANTAGEM PECUNIÁRIA CONCEDIDA AO FUNCIONALISMO DE RIBEIRÃO PRETO VISANDO PREMIAR ASSIDUIDADE, PONTUALIDADE, DEDICAÇÃO, EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE - DEVERES FUNCIONAIS INERENTES AO EXERCÍCIO DE QUALQUER FUNÇÃO PÚBLICA

Acesso ao Sumário

- AUSÊNCIA DE CAUSA RAZOÁVEL PARA SUA INSTITUIÇÃO - NORMAS GENÉRICAS QUE NÃO DESCREVEM SITUAÇÕES QUE ENSEJARIAM O RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO E TAMPOUCO PREVEEM REQUISITOS QUE LEGITIMEM A SUA PERCEPÇÃO - AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO - DESRESPEITO AOS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL". "As vantagens pecuniárias devem estar sempre associadas ao interesse público e às exigências do serviço, nos termos do artigo 128 da Constituição Estadual, não podendo ser utilizadas como forma de aumento dissimulado da remuneração dos servidores, sob pena de violação aos princípios da moralidade e da razoabilidade consagrados pelo artigo 111 da mesma Carta". "Se não há uma razão peculiar, além do simples exercício da própria função inerente ao cargo, não se justifica a instituição, mediante lei, de vantagem pessoal na forma de adicional ou gratificação". "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - FIXAÇÃO DO VALOR DO 'PRÊMIO-INCENTIVO' POR ATOS DO CHEFE DO EXECUTIVO (DECRETOS) - INADMISSIBILIDADE - DELEGAÇÃO INDEVIDA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA - PREVISÕES NORMATIVAS, ADEMAIS, ESTABELECENDO HIPÓTESE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA E EXTENSÃO AUTOMÁTICA AOS INATIVOS - IMPOSSIBILIDADE - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA LEGAL, DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA RAZOABILIDADE E DA MORALIDADE - OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 24, § 2º, ITEM 1, 111 E 128, TODOS DA CARTA BANDEIRANTE - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA - DESNECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS - AÇÃO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO". "É inconstitucional o dispositivo de Lei Municipal que autoriza o Chefe do Executivo a fixar percentual de vantagem remuneratória". "A remuneração dos servidores não pode ser regulamentada mediante ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, sob pena de ofensa aos princípios da reserva legal e da separação dos poderes, sendo indispensável a participação do Poder Legislativo no processo de elaboração da norma". "Não é possível à Administração Pública transigir no que diz respeito aos vencimentos dos funcionários, sendo o regime remuneratório dos servidores inconciliável com o direito à negociação coletiva. Inteligência da Súmula nº 679 do E. Supremo Tribunal Federal". (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2095312-76.2017.8.26.0000; Relator (a): Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 13/09/2017; Data de Registro: 14/09/2017)

Tendo sido o Adiantamento do Prêmio Incentivo declarado inconstitucional desde sua instituição, com efeitos *ex tunc*, inviável que tais valores recebidos

Acesso ao Sumário

sejam incluído na base de cálculo do trabalho extraordinário.

De fato, o **C. Órgão Especial** modulou os efeitos da inconstitucionalidade ora em tela, determinando a proibição de devolução dos valores recebidos pelos servidores de boa-fé. Este fato, entretanto, não possui o condão de afastar os efeitos próprios da declaração retroativa da inconstitucionalidade.

Assim, deixando o benefício em comento de ser pago e, o mais importante, tendo sido o pagamento pretérito das parcelas considerado irregular pelo órgão máximo deste E. Tribunal, não subsiste mais o direito da parte autora a incluir o prêmio de incentivo na base de cálculo das horas extraordinárias.

Este, aliás, tem sido o posicionamento deste **E. Tribunal** em casos análogos:

> **RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSOS DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. DAERP. RECEBIMENTO DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS SOBRE A INTEGRALIDADE DOS VENCIMENTOS. V. Acórdão que determinou a inclusão do adicional de incentivo no cálculo das horas extraordinárias. Superveniente declaração de inconstitucionalidade, pelo C. Órgão Especial, nos autos da ADI nº 2095312-76.2017.8.26.0000, do pagamento da referida verba, o que afasta o direito à inclusão na base de cálculo. Demanda julgada parcialmente procedente. Embargos acolhidos.** (TJSP; Embargos de Declaração 1013996-63.2015.8.26.0506; Relator (a): Marcelo Berthe; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/11/2017; Data de Registro: 06/11/2017).
>
> **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Ação declaratória c.c. ação de cobrança Servidor público municipal Adicionais por tempo de serviço (quinquênios) e sexta-parte Pedido de recálculo com base nos vencimentos integrais (salário base acrescido do Adiantamento de Prêmio Incentivo e do Adicional de Insalubridade) Erro material verificado LCM nº 406/94 e respectivos decretos regulamentadores declarados inconstitucionais, com efeitos ex tunc, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095312-76.2017.8.26.0000 julgada pelo Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça Exclusão do Adiantamento de Prêmio de Incentivo da base de cálculo Embargos declaratórios acolhidos, com efeito modificativo.** (TJSP; Embargos de Declaração 1010673-16.2016.8.26.0506; Relator (a): Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 04/12/2017; Data de Registro: 04/12/2017).

Acesso ao Sumário

Insta pontuar ser desnecessário o trânsito em julgado da decisão proferida pelo **C. Órgão Especial**, a um porque os efeitos da modulação não atingem

a parte autora, e, a dois, porque os precedentes vinculantes produzem efeitos independentemente da publicação do referido acórdão, conforme iterativa jurisprudência do **E. STF** (AgR 612.375/DF, Min. Dias Toffoli, DJe 04.09.2017; AgR-ED 1027677/RS, Min. Dias Toffoli, DJe 29.08.20117 e ARE 930.647/PR, Min. Roberto Barroso, DJe 11.04.2016).

Portanto, em razão da inconstitucionalidade da **LC nº 406/94,** do **Decreto nº 249/96** e respectivas modificações posteriores, declarada no âmbito da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2095312-76.2017.8.26.0000**, imperativa a reforma da sentença impugnada **para afastar a inclusão do Prêmio Incentivo da base de cálculo das horas extras,** acolhendo-se o pleito recursal do requerido nesse tocante bem como para **determinar a inclusão do adicional de insalubridade na base de calculo das horas extras**, acolhendo o recurso da parte autora.

Por oportuno, a sentença merece singelo reparo também no que concerne aos critérios de juros de mora e correção monetária.

Em atenção à tese fixada no julgamento do **Tema nº 905** do **A. STJ**, forçoso observar a incidência de correção monetária e juros moratórios nos seguintes termos: *"1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.*

1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária.

No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão.

A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra- se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda

Acesso ao Sumário

Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral.

As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos.

As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.".

Consigna-se ainda que a aplicação dos parâmetros supratranscritos encontra-se em consonância com o recente julgamento proferido pelo **E. STF**, em sede de repercussão geral, nos autos do **RE nº 870.947/SE** (Tema nº 810), com a fixação da seguinte tese: "*O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão*, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.".

No mais, quanto à atualização monetária, assentou o seguinte entendimento: "*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".*

Nesse tocante, cabe salientar que não se cogita de *reformatio in pejus*,

Acesso ao Sumário

pois a revisão dos critérios de juros e atualização monetária constitui matéria de **ordem pública**, cognoscível de ofício (nesse sentido: STJ, AgRg no REsp nº 1.144.272/RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 4ª Turma, j. 22.6.2010; REsp nº 578.504/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5ª

Turma, j. 3.10.2006; AgRg no REsp 1459006/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016; AgRg no AREsp 576.125/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014).

Por derradeiro, cumpre observar que os juros de mora deverão incidir a partir da citação, e o índice de correção monetária desde quando devida cada parcela, observados os critérios acima expostos.

Como consectário lógico do julgamento, caracterizada a sucumbência parcial, cabe a cada parte remunerar o patrono da parte adversa, nos termos definidos na sentença, sem majoração dos honorários em virtude da reforma do julgado.

Ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, o processamento e o julgamento se realizarão por meio virtual.

Postas tais premissas, por meu voto, **dou provimento** ao recurso da parte autora e **dou parcial provimento** à apelação do requerido e ao reexame necessário.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 26.015)

Ação proposta por servidor do Departamento de Água e Esgoto de Ribeirão Preto, objetivando o recálculo das horas extraordinárias a fim de que incidam sobre a remuneração, acrescidas da Gratificação LC 2.588, art. 4º, adiantamento de Prêmio-Incentivo e adicional de Insalubridade.

A r. sentença, de relatório adotado, julgou a ação parcialmente procedente para "*declarar o direito do autor aos recebimento pelas horas extras como o* ***salário base, adiantamento prêmio incentivo e gratificação (LC 2588/13 - art. 4º)****, mais as gratificações que a ela se incorporarem de forma geral, sem a exigência do cumprimento de qualquer condição, bem como CONDENO o requerido ao pagamento das respectivas diferenças apuradas, respeitada a prescrição quinquenal, com correção monetária desde quando devidas, com base na Tabela Prática do Tribunal de Justiça de São Paulo – IPCA-E e juros de mora de 0,5% ao mês a contar da citação*".

Recorreram ambas as partes: i) o DAERP pela improcedência da ação; ii) e os autores quanto ao adicional de insalubridade e a sucumbência recíproca;

recursos contra-arrazoados.[2]

Votos vencedores dos eminentes Desembargadores Souza Meirelles, Souza Nery, Edson Ferreira e Osvaldo de Oliveira, que deram provimento ao recurso da parte autora, para integrar o adicional de insalubridade à base de cálculo das horas extras, e parcial provimento à apelação do réu e ao reexame necessário, quanto aos juros de mora e correção monetária.

Fundamentação

Pesem os fundamentos do voto do eminente Relator designado, meu voto dava provimento parcial do recurso da DAERP, para afastar o adiantamento do prêmio incentivo da base de cálculo, e desprovimento do recurso da autora.

O art. 203 do Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais de Ribeirão Preto estabelece que:

> Art. 203 - Terá direito a gratificação por serviço extraordinário o funcionário que for convocado para prestação de trabalhos fora do horário normal de expediente a que estiver sujeito.
>
> (...) § 2º - A gratificação será paga por hora de trabalho prorrogado ou antecipado, na mesma razão percebida pelo funcionário em cada hora de período normal.
>
> Verifica-se que a base de cálculo da gratificação por serviço extraordinário será determinada pelo valor de cada hora de período normal.

A Lei Municipal 3.181/76 conceitua vencimento e remuneração, no seguinte sentido:

> Art. 181 - VENCIMENTO é a retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, correspondente ao padrão, ou nível, fixado em lei.
>
> Art. 182 - REMUNERAÇÃO é a retribuição paga ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo ou função, correspondente ao padrão ou nível, fixado em lei, acrescido das vantagens pessoais de que o funcionário seja titular, bem como percentagens atribuídas em lei.

Assim, as horas extraordinárias devem incidir sobre a remuneração dos servidores, ou seja, a retribuição correspondente ao padrão mais vantagens pessoais de sua titularidade.

A gratificação prevista no art. 4º da LC 2.588/13,[3] instituída aos servidores titulares de cargos efetivos do DAERP, tem caráter genérico, visto que é paga

Acesso ao Sumário

2 Recurso de apelação, fls. 136/141 – 142/152; contrarrazões, fls. 155/159 – 160/164.

3 Art. 4º Fica criada a gratificação extraordinária aos funcionários, titulares de cargos efetivos, do Departamento de Água e Esgoto de Ribeirão Preto - DAERP a ser calculada na base de 20% (vinte por cento) sobre o nível de vencimento 17.1.10.

§ 1º Para pagamento da gratificação prevista no "caput" deverá ser elaborada resolução específica, a ser homologada mediante decreto do Executivo.

§ 2º A gratificação, ora criada, servirá de base de cálculo para incidência de contribuição previdenciária, incorporando aos vencimentos dos servidores beneficiados após 60 (sessenta) meses de contribuição, e não servirá de base de cálculo para incidência de contribuição do SASSOM. (Redação dada pela Lei Complementar nº 2712/2015).

indistintamente a todos os titulares de cargos efetivos, sem discriminação, ou condição específica, de modo que deve ser incluída no cálculo das horas extras.

Já o adiantamento do Prêmio de Incentivo não deve integrar a base de cálculo, porque o C. Órgão Especial, em recente julgamento da ADI 2095312-76.2017.8.26.0000, declarou inconstitucional a Lei Complementar nº 406/94 com as modificações posteriores introduzidas pelas Leis Complemen- tares 408/94 e 1.439/03, assim como os decretos regulamentares:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR Nº 361/1994 REVOGADA PELO ARTIGO 55 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 2.515/2012, AMBAS DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO - AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR QUANTO À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR ARRASTAMENTO, DO ARTIGO 15 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 361/1994 - PRELIMINAR ACOLHIDA - PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, INCISO VI, DO CPC".
>
> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR Nº 406/1994, E ULTERIORES MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELAS LEIS COMPLEMENTARES Nºs 408/1994 E 1.439/2003, TODAS DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO - INSTITUIÇÃO DE 'PRÊMIO-INCENTIVO' - VANTAGEM PECUNIÁRIA CONCEDIDA AO FUNCIONALISMO DE RIBEIRÃO PRETO VISANDO PREMIAR ASSIDUIDADE, PONTUALIDADE, DEDICAÇÃO, EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE - DEVERES FUNCIONAIS INERENTES AO EXERCÍCIO DE QUALQUER FUNÇÃO PÚBLICA - AUSÊNCIA DE CAUSA RAZOÁVEL PARA SUA INSTITUIÇÃO - NORMAS GENÉRICAS QUE NÃO DESCREVEM SITUAÇÕES QUE ENSEJARIAM O RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO E TAMPOUCO PREVEEM REQUISITOS QUE LEGITIMEM A SUA PERCEPÇÃO - AUMENTO INDIRETO E DISSIMULADO DE REMUNERAÇÃO - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO - DESRESPEITO AOS ARTIGOS 111 E 128 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL".
>
> "As vantagens pecuniárias devem estar sempre associadas ao interesse público e às exigências do serviço, nos termos do artigo 128 da Constituição Estadual, não podendo ser utilizadas como forma de aumento dissimulado da remuneração dos servidores, sob pena de violação aos princípios da moralidade e da razoabilidade consagrados pelo artigo 111 da mesma Carta".
>
> "Se não há uma razão peculiar, além do simples exercício da própria função inerente ao cargo, não se justifica a instituição, mediante lei, de vantagem pessoal na forma de adicional ou gratificação".
>
> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - FIXAÇÃO DO VALOR DO 'PRÊMIO-INCENTIVO' POR ATOS DO CHEFE DO EXECUTIVO (DECRETOS) - INADMISSIBILIDADE - DELEGAÇÃO INDEVIDA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA - PREVISÕES NORMATIVAS, ADEMAIS,

Acesso ao Sumário

ESTABELECENDO HIPÓTESE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA E EXTENSÃO AUTOMÁTICA AOS INATIVOS - IMPOSSIBILIDADE - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RESERVA LEGAL, DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA RAZOABILIDADE E DA MORALIDADE - OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 24, § 2º, ITEM 1, 111 E 128, TODOS DA CARTA BANDEIRANTE - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA - DESNECESSIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS - AÇÃO PROCEDENTE, COM OBSERVAÇÃO".

"É inconstitucional o dispositivo de Lei Municipal que autoriza o Chefe do Executivo a fixar percentual de vantagem remuneratória".

"A remuneração dos servidores não pode ser regulamentada mediante ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, sob pena de ofensa aos princípios da reserva legal e da separação dos poderes, sendo indispensável a participação do Poder Legislativo no processo de elaboração da norma".

"Não é possível à Administração Pública transigir no que diz respeito aos vencimentos dos funcionários, sendo o regime remuneratório dos servidores inconciliável com o direito à negociação coletiva. Inteligência da Súmula nº 679 do E. Supremo Tribunal Federal" **(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2095312-76.2017.8.26.0000; Relator: Renato Sartorelli; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 13/09/2017).**

Não há informação de trânsito em julgado, mas a decisão unânime do órgão máximo da Corte deve ser cumprida de imediato. Portanto, reconhecida inconstitucionalidade da Lei nº 406/94 e de outras adjacentes, legislação que instituiu o prêmio-incentivo, não há que falar em direito gerado a partir de norma inconstitucional. Nesse sentido as decisões dos órgãos fracionários do Tribunal:

Servidores Públicos Municipais – Departamento de Água e Esgoto de Ribeirão Preto – Horas extras – Base de cálculo – Art. 203, § 2º da Lei Municipal nº 3.181/1976 – Determinação de cômputo sobre o valor da hora normal de trabalho – Procedência parcial da ação que se impõe, para determinar a incidência sobre todas as verbas que representam retribuição ao serviço regularmente prestado – Dentre as verbas mencionadas na inicial, exclui-se apenas o adiantamento de prêmio incentivo da base de cálculo das horas extras, ante a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo C. Órgão Especial na ADI n.º 2095312-76.2017.8.26.0000 – Julgamento ultra petita – Redução aos limites do pedido – Reconhecida a sucumbência recíproca, nos termos do artigo 86, caput do CPC – Critérios para correção monetária – Estrita observância à orientação fixada pelo C. STF no julgamento do RE n.º 870.947/SE, com repercussão geral reconhecida (tema 810) – Recursos oficial e voluntários do réu e dos autores parcialmente providos. **(TJSP; Apelação/Reexame Necessário 1021072-07.2016.8.26.0506; Relatora: Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito**

Acesso ao Sumário

Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/04/2018).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO. Ação de rito ordinário de cobrança de horas extras. Base de PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO cálculo para a hora extra. Pretensão voltada ao recálculo do serviço extraordinário, de modo a integrar em sua base de cálculo o valor integral dos seus vencimentos, inclusive sob a gratificação prêmio-incentivo. Fato Superveniente. Ocorrência. Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 2095312-76.2017.8.26.0000 proferido em 13/09/2017, que declarou inconstitucional a Lei do Prêmio Incentivo (LCM 408/94) e todos os Decretos regulamentadores, inclusive o Decreto que criou o "Adiantamento Prêmio Incentivo" (Decreto 249/96). Acórdão embargado publicado no 1º dia útil subsequente a 14/02/2018. Necessidade de adequação do decisum. Entendimento jurisprudencial deste E. TJSP. EMBARGOS ACOLHIDOS **(TJSP; Embargos de Declaração 1004511-05.2016.8.26.0506; Relator: Antonio Celso Faria; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 27/03/2018).**

Embargos de Declaração. Alegação de erro material no Aresto acerca das implicações do julgado proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2095312-76.2017.8.26.0000 pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Acolhimento. Diplomas legais que previam o aludido Prêmio-Incentivo declarados inconstitucionais. Desaparecimento do suporte normativo do pedido de inclusão do "Adiantamento Prêmio de Incentivo" na base de cálculo de horas extraordinárias. Embargos acolhidos com efeito modificativo para sanar o erro material e dar parcial provimento ao reexame necessário, julgando a ação parcialmente procedente **(TJSP; Embargos de Declaração 1004514-57.2016.8.26.0506; Relator: Aroldo Viotti; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Preto - 2ª Varada Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/03/2018).**

O acórdão do C. Órgão Especial conferiu efeito *ex tunc* ao julgamento de inconstitucionalidade, portanto, quem não recebeu o benefício não o receberá; e quem recebeu não está sujeito à repetição ao erário.

Destarte, meu voto dava provimento do recurso do DAERP para afastar o adiantamento do prêmio incentivo da base de cálculo das horas extras.

Quanto ao adicional de insalubridade, correto o entendimento exarado na r. sentença, pois trata-se de verba de natureza transitória percebida pelo servidor apenas enquanto exercer a atividade insalubre.

Embora o art. 3º da Lei Complementar 1.956/06 preveja a que o adicional de insalubridade "*será incorporado aos proventos de aposentadoria, desde que esteja sendo percebido por prazo não inferior a 5 (cinco) anos até a época da*

Acesso ao Sumário

mesma", não há como concluir por sua incorporação na base de cálculo das horas extras realizadas por servidor ativo.

Por fim, pretende a autora a condenação do Município no pagamento de verba honorária, mas a pretensão não pode ser acolhida porque a sucumbência foi mesmo reciproca, o pedido de inclusão de diversas verbas na base de cálculo do adicional temporal foi rejeitado, de forma que se impõe a divisão dos ônus sucumbenciais como estabelecido na sentença.

Prevaleceram os votos do relator designado e demais desembargadores.

RIBEIRO DE PAULA, Desembargador, Relator Sorteado vencido

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 33356)

Servidor público municipal postulou o pagamento de horas extraordinárias com base na remuneração do servidor, Constituição Federal, artigo 7º, XVI, incluindo o adicional de insalubridade de quarenta por cento, a gratificação prevista pela Lei Complementar Municipal 2588/2013, artigo 4º, e o adiantamento de prêmio incentivo, além de outras vantagens pecuniárias que venham a ser incluídas na sua remuneração, fls. 9/10.

A sentença, proferida em 09 de março de 2017, acolheu parcialmente os pedidos, excluindo da base de cálculo o adicional de insalubridade, por entender que teria natureza transitória, a ser pago apenas enquanto permanecesse a atividade insalubre que o justificasse, por isso não integrando a remuneração regular do autor.

Cumpre ressaltar que enquanto o servidor percebe adicional de insalubridade, esta vantagem integra a sua remuneração para efeito de cálculo de horas extras, pois representam tempo maior de exercício de atividades insalubres, por isso não se justificando que a vantagem alcance somente a jornada normal de trabalho, deixando de fora as horas extras.

Acesso ao Sumário

E não há dúvida de que as horas extras, a gratificação por força da Lei Complementar Municipal, bem como gratificações e vantagens que são incorporadas aos vencimentos do servidor, compõem o conceito de remuneração, que abrange o conjunto de todas as vantagens pecuniárias e é condizente com o trabalho efetivamente prestado.

Neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

Incidência do adicional de insalubridade apenas sobre as horas extras, 13º salário, férias acrescidas de 1/3 e adicional noturno. *(Apelação 1004262-46.2015.8.26.0132, 13ª Câmara; Rel. Flora Maria Nesi Tossi Silva; Data do Julgamento 22-08-2018; Data de Registro 23-08-2018).*

*REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DE APELAÇÃO – MUNICÍPIO DE LIMEIRA – **Autor que pretender incluir o adicional de insalubridade e o adicional noturno na base de cálculo das horas-extras. Possibilidade** – Horas extraordinárias que compreendem direito constitucional social do trabalhador (artigo 7º, inciso IX, da CF), estendido aos servidores públicos mercê do artigo 39, § 3º, CF, a serem calculadas com base na remuneração integral, por expressa previsão do inciso XVI do referido artigo 7º da CF ("remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal"), o que inclui o salário-base, acrescido das vantagens pecuniárias, com exclusão daquelas que tenham índole indenizatória, observada a prescrição quinquenal Precedentes desta Corte de Justiça - Recurso de apelação e remessa necessária não providos. (Apelação nº 1009729-53.2017.8.26.0320, 1ª Câmara de Direito Público; Rel. Marcos Pimentel Tamassia; Data do julgamento: 22/08/2018; Data de Registro: 22/08/2018).*

*Apelação Cível - Servidor público municipal ocupante do cargo de Motorista Socorrista. **Pretensão à inclusão do adicional de insalubridade e do adicional noturno na base de cálculo das horas extraordinárias. Possibilidade.** Inteligência dos artigos 47 e 76 da LCM nº 41/1991. Precedentes Jurisprudenciais. Prescrição quinquenal, conforme Súmula STJ nº 85. Sentença mantida. Recurso não provido. Apelação nº 1006879-26.2017.8.26.0320, 3ª Câmara de Direito Público; rel. Des. Marrey Uint; Data de Julgamento: 20/03/2018; Data de Registro: 21/03/2018.*

Pelo exposto, com todas as vênias ao entendimento em contrário, voto por incluir o adicional de insalubridade na base de cálculo das horas extraordinárias.

EDSON FERREIRA, Desembargador, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 0062479-66.2005.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARULHOS e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado ANTONIO JOSÉ DE ARAUJO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.688)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 3 de dezembro de 2018.

BURZA NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Execução Fiscal – ISS AUTÔNOMO – Exercícios 1995 a 2004 – Ajuizamento da ação posterior à LC 118/2005 – Hipótese em que foi requerido pela Municipalidade expedição de carta de citação, porém, não atendido pela zelosa serventia – Dever do Ofício Judicial desatendido – Art. 141, II, do CPC – Desídia da exequente não configurada – Vulneração do art. 262 do CPC – Aplicação da Súmula 106 do C. STJ – Prescrição afastada – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de apelação voltada contra a sentença de fls. 23, de relatório adotado que julgou extinto o processo, pela prescrição intercorrente, com fundamento no artigo 496, III do Código de Processo Civil.

Inconformada, apela a Municipalidade, requerendo o provimento do recurso, para afastar a prescrição intercorrente, determinando-se o prosseguimento do executivo fiscal.

Recurso recebido, sem as contrarrazões, estando em termos para julgamento.

É o Relatório.

Primeiramente, cabe registrar que a r. sentença foi proferida em 04/07/2016, **posterior** à entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (18/03/2016), motivo pelo qual o presente recurso será julgado à luz do CPC/2015.

O recurso comporta provimento.

Trata-se de execução fiscal ajuizado pela ***Municipalidade de Guarulhos*** em face de *ANTONIO JOSÉ DE ARAUJO*, objetivando receber o crédito tributário oriundo da falta de pagamento de ISS Autônomo, dos exercícios de 1995 a 2004, no valor de R$2.090,55, como fazem certo a inicial e CDA (fls. 02/06).

Acesso ao Sumário

A ação foi manejada em 27.12.2005, com despacho ordinatório de citação proferido em 18 de maio de 2006.

Expedido carta de citação, a mesma restou infrutífera conforme fls. 10.

Em 01 de outubro de 2007 foi deferido o sobrestamento do feito, por 60 dias, (fls. 13).

Em 21 de fevereiro de 2008, foi deferido a expedição de ofício à D.R.F. (fls. 17), para localização do endereço do executado, que restou respondido às fls. 19.

Em 21 de julho de 2008, a exequente requereu a expedição de nova carta

citatória no endereço fornecido pela D.R.F. (fls. 21).

A R. sentença extinguiu o feito, por reconhecer, de ofício, a prescrição intercorrente, (fls. 23).

Respeitando o entendimento adotado pelo Nobre Magistrado de primeiro grau, a r. sentença merece reforma.

Veja-se que no presente caso, não houve qualquer providência cartorária no que tange a expedição de carta de citação, requerido pela Municipalidade (fls. 21).

Destarte, é evidente que não houve desídia ou demora imputável à exequente, mas, ao contrário, demora exclusiva do serviço judiciário, incidindo a Súmula 106 do STJ: "*proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da argüição de prescrição ou decadência*".

Isto porque após o tempestivo manejo da execução fiscal, o processo ficou paralisado "*em lugar incerto e não sabido*" por mais de cinco anos sem qualquer movimentação ou providência cartorária, em clara ofensa ao dever de ofício, nos termos do art. 141, do CPC.

Embora o princípio do impulso oficial não seja absoluto (REsp nº 502.732-PR, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 16/12/2003, v.u. e REsp nº 978.415-RJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 01/04/2008, v.u.), tal fato não exime o Judiciário de dar regular andamento ao feito após adequado e tempestivo ajuizamento da ação.

Na verdade, a movimentação do processo não estava a depender de providência da exequente, de sorte que também ocorreu vulneração ao art. 262, do Código de Processo Civil, incidindo na espécie a Súmula 106 do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, restou demonstrado que no curso do processo não obrou com desídia da Fazenda Municipal, razão porque sem sustentáculo o decreto de prescrição (REsp 1069883/PR, 2ª Turma, Rel. Ministra ELIANA CALMON, j. 09/12/2008, DJe 27/02/2009). Confira-se, ainda: REsp 882496/RN, 2ª Turma, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 07/08/2008, DJe 26/08/2008).

Assim, é o caso de dar provimento ao recurso, prosseguindo-se a execução fiscal.

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.

Acesso ao Sumário

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006 p.240).

Ante o exposto, DÁ-SE provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1005984-61.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado OOG-TKP PRODUÇÃO DE PETRÓLEO LTDA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento aos recursos, com observação. V.U. Sustentou oralmente a Dra. Fernanda Rizzo Paes de Almeida", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.214)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 30 de janeiro de 2019.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Ementa: DIREITO PÚBLICO – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – I.C.M.S. – CONTRATO DE AFRETAMENTO DE EMBARCAÇÃO – REGIME ADUANEIRO ESPECIAL DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA – PRETENSÃO À DECLARAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DE I.C.M.S. NAS IMPORTAÇÕES DE BENS ORIUNDOS DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, SOB REGIME ESPECIAL DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA, NO QUAL NÃO OCORRE A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE, BEM COMO RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO SOBRE A IMPORTAÇÃO DA EMBARCAÇÃO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO DA RÉ – MÉRITO –

Acesso ao Sumário

DESPROVIMENTO – Inexistência de circulação de mercadorias e de transferência de titularidade do bem, razão pela qual não há a incidência do fato gerador do I.C.M.S. – Entendimento firmado em sede de repercussão geral pelo STF e também consolidado no âmbito do STJ, sob o regime dos recursos repetitivos.

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS – De rigor a observância do que for decidido, oportunamente, em sede do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE (Tema de Repercussão Geral nº 810, do E. STF).

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – REDUÇÃO – ADMISSIBILIDADE – Adoção de percentual sobre o valor da causa, extremamente elevado, que se afigura desproporcional ao trabalho realizado, desvirtuando o escopo da legislação em vigor e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a configurar verdadeiro enriquecimento indevido, não obstante o excelente trabalho desempenhado pelos patronos da autora – Redução devida, atendendo-se, assim, os parâmetros previstos nos incisos do § 2º do artigo 85 do N.C.P.C.

Procedência mantida – Recurso voluntário e reexame necessário parcialmente providos (para reduzir a verba honorária), com observação (consectários legais conforme Tema 810 do STF).

VOTO

Vistos.

1) RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pela ré contra a r. sentença de fls. 303/309, cujo relatório é adotado, que **julgou procedente** a ação declaratória c/c repetição de indébito para:

a) declarar *"a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes consubstanciada na incidência de ICMS sobre importações de embarcações em regime de afretamento de tempo, sem transferência de domínio ao importador, reconhecendo, por conseguinte, relativamente a essas operações, o direito da autora à dispensa de apresentação às autoridades aduaneiras de comprovação de recolhimento de ICMS ou de Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS";*

b) condenar *"o réu a restituir à autora o valor pago a título de ICMS sobre*

Acesso ao Sumário

a importação objeto da DI n. 12/2429936-3, correspondente a R$ 17.889.138,72 (dezessete milhões, oitocentos e oitenta e nove mil, cento e trinta e oito reais e setenta e dois centavos), a ser atualizado monetariamente pelo IPCA-IBGE, a contar de 23.1.2013, e acrescido de juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês, a contar do trânsito em julgado desta sentença"; e

c) condenar *"o réu ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios da parte adversa que, com base no artigo 85, §§ 2º, 3º, inciso IV, do Novo Código de Processo Civil, fixo em 3% (três por cento) sobre o valor da condenação" (fls. 308).*

A autora opôs embargos de declaração (fls. 311/318), que foram acolhidos para "*readequar o valor arbitrado a título de honorários advocatícios para 10% do valor atualizado da causa até 200 salários-mínimos, 8% do valor da causa na faixa subsequente acima de 200 até 2.000 salários-mínimos, 5% sobre o valor da causa superior a 2.000 até 20.000 salários-mínimos e, por fim, 3% sobre o valor que exceder 20.1 salários mínimos até 100.000 salários mínimos*" (fls. 351).

Em recurso (fls. 353/388), a Fazenda Estadual sustentou, em síntese, que:

a) o contrato de afretamento subjacente à importação da embarcação constituiria operação de transporte, fato gerador de I.C.M.S., na forma do artigo 155, II, da Constituição Federal;

b) a denominação dada ao contrato (afretamento de tempo, consoante artigo 2º, II, da Lei nº 9.432/1997) não afastaria a incidência do tributo, aplicando-se à espécie a regra do artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional;

c) o contrato teria por objeto o transporte de mercadorias, contemplando responsabilidade da autora por danos causados à carga transportada;

d) incidiria I.C.M.S. sobre importação de bens, independentemente da natureza jurídica do contrato que a antecedeu;

e) a entrada do bem sob o regime de admissão temporária não afastaria a incidência do I.C.M.S.;

f) subsidiariamente, em caso de manutenção da r. sentença, seria cabível a aplicação da Lei nº 11.960/09 no que tange à correção monetária e aos juros de mora;

g) em relação à verba honorária, o valor da causa atualizado totalizaria R$ 20.766.953,36, de forma que os honorários advocatícios foram fixados de forma excessiva (R$ 1.057.776,60), razão pela qual seria cabível a fixação por equidade, nos termos do art. 85, §8º, do N.C.P.C. e do princípio da razoabilidade.

O recurso, tempestivo e isento de preparo, foi processado e contra-arrazoado (fls. 391/406).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2) FUNDAMENTOS

2.1) Do mérito

Consta dos autos que a autora é pessoa jurídica de direito privado, que se dedica à prestação de serviços de operação e manutenção de embarcações do tipo FPSO ("*Floating Production, Storage and Offloading*") para empresas concessionárias de exploração e produção de petróleo e gás natural.

No caso, foi firmado entre a "*Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás*" e a empresa estrangeira "*Tiro Sidon AS*" o contrato de afretamento nº 2400.0061580.10.2 (fls. 91/141), cujo objeto é o afretamento "*da Unidade Flutuante de Produção, Armazenamento e Transferência de Óleo, FPSO, e seus pertences" (fls. 91), "a fim de ser utilizada na produção, no processamento, na estocagem, na transferência de óleo e gás, na injeção de água e operação dos poços de óleo e/ou gás não associados e de injeção de água*" (fls. 93).

Por sua vez, a autora foi contratada pela Petrobrás (aditivo nº 02 ao contrato nº 2400.0061580.10.2 – fls. 142/146) para prestação de serviços naquela embarcação do tipo FPSO (cláusula primeira – fls. 143).

A requerente ressalta que a importação dessa espécie de embarcação é efetuada em Regime de Admissão Temporária, não envolvendo aquisição da propriedade do bem pela autora, eis que a operação apenas transfere a posse da embarcação, por tempo determinado, com base em contrato de afretamento celebrado entre a Petrobrás e a proprietária do bem no exterior, de forma que a importação não consubstancia circulação jurídica de mercadoria, para efeito de incidência de I.C.M.S.

Diante disso, pleiteia a declaração de não incidência de I.C.M.S. sobre importações que não envolvam transferência de propriedade do bem importado, sendo dispensada de apresentar comprovante de recolhimento do I.C.M.S., bem como o reconhecimento do direito à restituição do I.C.M.S. pago (R$ 17.889.138,72) sobre a importação da embarcação FPSO, realizada com base na Declaração de Importação nº 12/2429936-3 (fls. 148/153).

Com razão a autora.

Com efeito, o Regime Aduaneiro Especial de Admissão Temporária, regulamentado pelo Decreto nº 6.759/2009, pela Instrução Normativa RFB nº 1600/2015 e pela Instrução Normativa RFB 1415/2013 (REPETRO), permite a permanência no país de bens importados, durante prazo fixado, com suspensão total ou parcial do pagamento de tributos.

Para regulamentar a isenção total ou parcial do pagamento do I.C.M.S., nas hipóteses de admissão temporária, foi editado pelo CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária) o Convênio I.C.M.S. nº 58/99, ratificado pelo Estado de São Paulo.

Nesse passo, as empresas detentoras de concessão ou autorização

Acesso ao Sumário

para atividades de exploração e produção de petróleo e gás contratadas e subcontratadas para prestação de serviços vinculados às sociedades detentoras da concessão ou autorização e estritamente ligadas a essas atividades, bem como aquelas indicadas pela Concessionária para promover a importação de bens que sejam objeto de afretamento, aluguel, arrendamento ou empréstimo, desde que vinculado ao contrato de prestação de serviços celebrados, são as beneficiárias de tal regime, tal como ocorre com a empresa autora.

E o traço característico do Regime Aduaneiro de Admissão Temporária consiste precisamente nisso: permitir que a embarcação importada permaneça em território nacional durante determinado período de tempo, sem aquisição pela importadora.

Portanto, o afretamento, pelo regime da admissão temporária de embarcação a ser utilizada para apoio marítimo das atividades desenvolvidas pela afretadora, por tempo determinado, não implica circulação da mercadoria (transferência da titularidade do bem), de modo que não se aperfeiçoa o fato gerador do tributo, como descrito no artigo 155, II, da Constituição Federal.

Ressalte-se que a Lei Complementar Federal nº 87/96 (Lei Kandir), recepcionada pela Emenda Constitucional nº 33/01, dispõe, expressamente, em seu artigo 3º, inciso VIII, a respeito da não incidência do I.C.M.S. sobre as operações de arrendamento mercantil, ainda que tenham por objeto bens importados, pois, quando se refere à entrada de bem ou mercadoria, qualquer que seja sua finalidade, não estende a toda e qualquer operação, mas somente àquelas que tenham a capacidade de gerar a obrigação tributária específica, ou seja, que configurem operações mercantis (circulação de mercadorias, nos termos da Constituição Federal). O mesmo raciocínio se aplica ao afretamento de embarcação pelo regime da admissão temporária, porquanto não há opção de compra ou circulação jurídica do bem.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, adotou o entendimento pela não incidência do I.C.M.S. na operação de arrendamento mercantil internacional, quando não restar configurada a transferência da titularidade do bem, ou seja, se não houver aquisição de mercadoria, mas mera posse decorrente do arrendamento, não se podendo cogitar de circulação econômica do bem.

Acesso ao Sumário

Confira-se:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II, CF/88. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL INTERNACIONAL. NÃO-INCIDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O ICMS tem fundamento no artigo 155, II, da CF/88, e incide sobre

operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

2. A alínea 'a' do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, na redação da EC 33/2001, faz incidir o ICMS na entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, somente se de fato houver circulação de mercadoria, caracterizada pela transferência do domínio (compra e venda).

3. Precedente: RE 461968, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2007, Dje 23/08/2007, onde restou assentado que o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias.

4. Deveras, não incide o ICMS na operação de arrendamento mercantil internacional, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, quando configurada a transferência da titularidade do bem. Consectariamente, se não houver aquisição de mercadoria, mas mera posse decorrente do arrendamento, não se pode cogitar de circulação econômica.

5. In casu, nos termos do acórdão recorrido, o contrato de arrendamento mercantil internacional trata de bem suscetível de devolução, sem opção de compra. 6. Os conceitos de direito privado não podem ser desnaturados pelo direito tributário, na forma do art. 110 do CTN, à luz da interpretação conjunta do art. 146, III, combinado com o art. 155, inciso II e § 2º, IX, 'a', da CF/88. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento." (RE 540829, Rel. Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014) – destaquei em negrito.

Em caso similar, envolvendo importações de aeronaves mediante contrato de arrendamento mercantil, o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, se posicionou igualmente pela não incidência do I.C.M.S. em razão da não ocorrência de circulação de mercadoria:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE MEDIANTE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). NOVEL JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 155, INCISO IX, § 2.º, ALÍNEA 'A', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ARTIGO 3.º, VIII, DA LEI

Acesso ao Sumário

COMPLEMENTAR 87/96.

1. O ICMS incide sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, desde que atinente a operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, ex vi do disposto no artigo 155, § 2º, IX, 'a', da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 33/2001 (exegese consagrada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 461.968/SP, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 30.05.2007, DJ 24.08.2007).

2. O arrendamento mercantil, contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas, não constitui operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS, sendo certo que 'o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias' (RE 461.968/SP).

3. Ademais, revela-se apenas aparente a dissonância entre o aludido julgado e aquele proferido nos autos do RE 206.069-1/SP, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, consoante se extrai da leitura do voto-condutor do acórdão da lavra do Ministro Eros Grau, verbis: 'E nem se alegue que se aplica ao caso o precedente do RE n. 206.069, Relatora a Ministra Ellen Gracie, no bojo do qual se verificava a circulação mercantil, pressuposto da incidência do ICMS. Nesse caso, aliás, acompanhei a relatora. Mas o precedente disse com a importação de equipamento destinado ao ativo fixo de empresa, situação na qual a opção do arrendatário pela compra do bem ao arrendador era mesmo necessária, como salientou a eminente relatora. Tanto o precedente supõe essa compra que a eminente relatora a certo ponto do seu voto afirma: 'eis porque, em contraponto ao sistema da incidência genérica sobre a circulação econômica, o imposto será recolhido pelo comprador do bem que seja contribuinte do ICMS'. Daí também porque não se pode aplicar às prestadoras de serviços de transporte aéreo, em relação às quais não incide o ICMS, como foi decidido por esta Corte na ADI 1.600.' (RE 461.968/SP).

4. Destarte, a incidência do ICMS, mesmo no caso de importação, pressupõe operação de circulação de mercadoria (transferência da titularidade do bem), o que não ocorre nas hipóteses de arrendamento em que há 'mera promessa de transferência pura do domínio desse bem do arrendante para o arrendatário'.

Acesso ao Sumário

5. A isonomia fiscal impõe a submissão da orientação desta Corte ao julgado do Pretório Excelso, como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da Common Law, reiterando a jurisprudência desta Corte que, com base no artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar 87/96, propugna pela não incidência de ICMS sobre operação de leasing em que não se efetivou transferência da titularidade do bem (circulação de mercadoria), quer o bem arrendado provenha do exterior, quer não.

6. O Superior Tribunal de Justiça pode proceder ao juízo de admissibilidade do recurso especial adesivo reputado prejudicado, uma vez provido o agravo de instrumento contra a decisão denegatória de seguimento do recurso principal (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 791.761/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 09.03.2009; AgRg no AgRg no REsp 969.880/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.09.2008, DJe 29.09.2008; REsp 337.433/PR, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 04.11.2003, DJ 01.12.2003; REsp 264.954/SE, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 30.05.2001, DJ 20.08.2001; e REsp 93.537/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 04.12.1997, DJ 16.02.1998).

7. Recurso especial adesivo da empresa provido, restando prejudicado o recurso principal manejado pela Fazenda Nacional (que se dirige contra a base de cálculo do ICMS, determinada pelo Juízo a quo). Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008." (REsp 1131718/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010) – destaquei em negrito.

Certo é que, tanto na hipótese de arrendamento mercantil (a que se reportaram os precedentes dos Tribunais Superiores), quanto na espécie sob exame (de importação de bens sob Regime Aduaneiro de Admissão Temporária), não há circulação de mercadoria caracterizada pela transferência do domínio (compra e venda), senão apenas importação em caráter temporário.

Dada a compreensível circunstância da proximidade das jazidas e campos petrolíferos, casos da espécie têm sido apreciados amiúde pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de cuja jurisprudência decota-se:

"APELAÇÃO CÍVEL. ICMS. BENS SOB O REGIME DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA. Não incide ICMS sobre importação de bens sob o regime de admissão temporária, decorrente de arrendamento mercantil operacional ou afretamento, por não envolver transferência de propriedade. Precedentes do STF, STJ e TJRJ. A repetição do indébito é decorrência lógica do acolhimento da pretensão autoral. Sentença

Acesso ao Sumário

mantida. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS." (TJRJ, Terceira Câmara Cível, Apelação nº 0154573-03.2014.8.19.0001, Rel. Peterson Barroso Simão, j. em 28.11.2018).

"Apelação – Mandado de Segurança – Direito Tributário – Incidência de ICMS sobre importação de embarcação pelo regime de admissão temporária decorrente de contrato de afretamento.

Nos termos do artigo 155, inciso II da Carta Magna, o ICMS é exação incidente sobre operações relativas à circulação de mercadorias.

A Lei Complementar Federal nº 87/96, recepcionada pela Emenda Constitucional nº 33/01, dispõe, expressamente, em seu artigo 3º, inciso VIII, a respeito da não incidência do ICMS sobre as operações de arrendamento mercantil, ainda que tenham por objeto bens importados.

Pela mesma razão jurídica, afasta-se a incidência do imposto quando se trata de afretamento de embarcação, pelo regime da admissão temporária, quando não há circulação mercantil do bem.

Orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. RE 540829. Repercussão Geral. Desprovimento da Apelação." (TJRJ, Primeira Câmara Cível, Apelação nº 0420222-62.2013.8.19.0001, Rel. Camilo Ribeiro Ruliere, j. em 16.10.2018).

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. CONTRATO DE AFRETAMENTO DE EMBARCAÇÃO. REGIME ADUANEIRO ESPECIAL DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA. IMPORTAÇÃO TEMPORÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E DE TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE. APLICAÇÃO DO RECURSO REPETITIVO RESP 1.131.718/SP E REPERCUSSÃO GERAL RE nº 540.829/SP. EXTENSÃO DA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS ÀS PRORROGAÇÕES DO CONTRATO DE AFRETAMENTO. RECURSO DO ESTADO DESPROVIDO. APELO DO IMPETRANTE PROVIDO." (TJRJ, Terceira Câmara Cível, Apelação nº 0043677-53.2015.8.19.0001, Rel. JDS Fernanda Fernandes Coelho Arrabida Paes, j. em 19.09.2018).

"APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA. Mandado de Segurança. Alegação de inexigibilidade de ICMS, em razão de operação de admissão temporária de embarcação pelo regime aduaneiro especial de exportação e de importação de bens destinados às atividades de pesquisa e de lavra das jazidas de petróleo e de gás natural - REPETRO. Concessão da ordem. Insurgência do Estado do Rio de Janeiro. Artigos 458 a 462 do Decreto nº 6.759/2009. Contrato de afretamento celebrado entre a Petrobras e a impetrante para prestação de serviços de embarcação, para apoio marítimo às atividades de pesquisa e de lavra das jazidas

Acesso ao Sumário

de petróleo e gás natural. Ausência de transferência do domínio, retornando à embarcação ao proprietário após o término do contrato. Inexistente prática de importação na espécie, mas apenas obediência a novo procedimento formal de desembaraço aduaneiro, em atendimento ao artigo 27 da IN nº 844/2008. Aplicação do entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, em acórdão submetido ao regime da repercussão geral, no sentido da não incidência de ICMS somente se de fato houver circulação de mercadoria, caracterizada pela transferência do domínio (Recurso Extraordinário nº 540.829. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Relator designado para acórdão: Ministro Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgamento: 11/9/2014). Ausência de fato gerador que motive a incidência do tributo. Precedentes. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO." (TJRJ, Décima Câmara Cível, Apelação nº 0383015-29.2013.8.19.0001, Rel. Patrícia Ribeiro Serra Vieira, j. em 23.08.2018).

"Apelação cível. Mandado de segurança preventivo. Tributário. Constitucional. Contrato de afretamento de embarcação marítima. Pretensão de suspensão de exigibilidade de ICMS. Concessão da segurança. Irresignação.

Importação de embarcação marítima. Regime de admissão temporária. Inexistência de circulação de mercadorias e de transferência de titularidade do bem, razão pela qual não há a incidência do fato gerador do ICMS. Inteligência do 155, caput, inciso II e § 2º, inciso IX, alínea 'a', da CF/88. Precedentes dos Tribunais Superiores Desprovimento do recurso. Manutenção da sentença." (TJRJ, Vigésima Primeira Câmara Cível, Apelação nº 0353313-04.2014.8.19.0001, Rel. Pedro Freire Raguenet, j. em 05.06.2018).

Esta Corte Bandeirante já teve oportunidade de se pronunciar no mesmo sentido:

"ICMS. DESEMBARAÇO ADUANEIRO DE BENS ADMITIDOS NO PAÍS SOB O REGIME ESPECIAL DE ADMISSÃO TEMPORÁRIA. REPETRO. AÇÃO DECLARATÓRIA. APELAÇÃO. Pretensão à declaração de inexigibilidade de incidência de ICMS nas importações de bens oriundos de contrato de prestação de serviços, sob regime especial de admissão temporária, no qual não ocorre a transferência de propriedade. Matéria decidida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal sob a sistemática de repercussão geral (RE nº 540.826-SP). Não incidência do ICMS nas operações relativas a afretamento de embarcação por tempo determinado, sem opção de compra. Precedentes. Correção monetária aplicável ao ICMS, até a adoção da taxa SELIC, é a variação da UFESP, observado o teto imposto na ADI 442 do STF. Incidência da taxa SELIC, a partir do trânsito em julgado. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO.

Acesso ao Sumário

REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO." (Apelação/ Remessa Necessária nº 1026785-61.2016.8.26.0053, Rel. Alves Braga Junior, 2ª Câmara de Direito Público, Foro Central - Fazenda Pública/ Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública, j. em 11/09/2018).

"APELAÇÃO CÍVEL – ICMS – Desembaraço aduaneiro de bens admitidos no País sob o regime especial de admissão temporária – REPETRO – Contratos firmados com a PETROBRÁS, atrelados a contratos de afretamento de embarcações por tempo – Designação da autora para habilitação ao Regime Aduaneiro Especial para promover a importação dos bens – Matéria decidida pelo C. STF no julgamento do RE nº 540.829/SP, sob a sistemática de repercussão geral – Não incidência do ICMS nas operações relativas a afretamento de embarcação por tempo determinado, sem opção de compra – Precedente do C. STJ – Natureza tributária da repetição de indébito – Correção monetária pelo IPCA desde os recolhimentos indevidos e incidência exclusivamente da taxa SELIC a partir do trânsito em julgado, para fins de juros moratórios e também de correção monetária – Sentença parcialmente modificada, de ofício, quanto ao índice de correção monetária a incidir sobre o indébito – Recursos improvidos." (Apelação nº 1039099-39.2016.8.26.0053, Rel. Maria Laura Tavares, 5ª Câmara de Direito Público, Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 11ª Vara de Fazenda Pública, j. em 25/09/2017).

Ademais, como bem ressaltou o MM. Juízo *a quo*:

"O réu sustenta que a incidência de ICMS é legítima, porque o contrato de afretamento sub judice constitui operação de transporte, fato gerador do tributo, na forma do artigo 155, II, da Constituição Federal. A tese não deve prevalecer.

Pela presente demanda, a autora se insurge contra o ICMS exigido sobre a importação da embarcação, cuja base de cálculo corresponde ao valor do bem importado (R$ 596.304.624,00, cf. fls. 149). A exação objeto da lide foi lançada por suposta circulação de mercadoria; não houve cobrança de ICMS sobre serviço de transporte, cuja base de cálculo equivaleria ao preço do serviço. A tese defensiva arguida pelo réu não afasta, pois, a aplicação à espécie do posicionamento firmado pelo E. Supremo Tribunal Federal." (fls. 306).

Acesso ao Sumário

Portanto, correta a r. sentença de procedência que declarou a inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes consubstanciada na incidência de I.C.M.S. sobre importações de embarcações em regime de afretamento de tempo, sem transferência de domínio ao importador, reconhecendo, por conseguinte, o direito da autora à dispensa de apresentação de comprovação de recolhimento de I.C.M.S., bem como que condenou a Fazenda Estadual a restituir à autora

o valor pago a título de I.C.M.S. sobre a importação objeto da Declaração de Importação nº 12/2429936-3, correspondente a R$ 17.889.138,72.

2.2) Dos juros e da correção monetária

No que tange aos juros e à correção monetária, observe-se que, em 24.09.2018, o Exmo. Min. Luiz Fux, nos autos do R.E. nº 870.947/SE (tema 810 do STF), proferiu a seguinte r. decisão:

> *"defiro excepcionalmente o efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais, com fundamento no art. 1026, parágrafo 1º., do CPC/2015, c.c. o art. 21, V, do RISTF".*

Assim sendo, no caso concreto, os juros e correção monetária obedecerão ao que for decidido, oportunamente, pelo colendo STF, nos autos do R.E. nº 870.947/SE (tema 810).

2.3) Da verba honorária

Nesse ponto, os recursos merecem provimento.

Com efeito, inexiste óbice, *in casu*, à fixação de honorários por equidade, eis que, considerando-se o valor atribuído à causa (R$ 17.889.137,72 – fls. 11), a adoção de percentual estabelecido no § 3º do artigo 85 do N.C.P.C., ainda que estabelecido no mínimo legalmente previsto, implicaria, em valores absolutos e atualizados, em mais de um milhão de reais (fls. 379).

Essa importância, sem nenhum demérito ao excelente trabalho desempenhado pelos patronos da autora, mostra-se desproporcional à complexidade da causa (questão exclusivamente de direito) e sua curta duração, ressaltando tratar-se de autos digitais.

Assim, os nobres advogados, embora atuando diligentemente, não tiveram grande trabalho na defesa de sua cliente, haja vista que, como antes discorrido, a matéria debatida é de direito e o tempo despendido foi mínimo.

A adoção de outro parâmetro, que não a equidade, revelar-se-ia, portanto, extremamente desproporcional e desarrazoado em comparação aos serviços efetivamente prestados, o que redundaria em flagrante enriquecimento indevido, não sendo esse o escopo da legislação processual em vigor, salientando-se que para fixação da verba honorária devem ser considerados os critérios objetivos estabelecidos nos incisos do § 2º do artigo 85 do N.C.P.C.

Nesse sentido, merece destaque excerto de decisão proferida por esta C. Câmara, *in verbis:*

> *"De outra parte, a fixação da verba advocatícia em percentual sobre o valor da causa, na hipótese dos autos, caracterizaria valor excessivo, fora dos critérios de razoabilidade e da proporcionalidade.*
>
> *Como se sabe, estes critérios 'são objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado,*

Acesso ao Sumário

a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pelas quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária' (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 13ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, nota 23 ao art. 20 do CPC, pág. 275).

Dessa forma, inviável a majoração dos honorários advocatícios, tal como postulado." (Apelação nº 1584812-68.2014.8.26.0014; Rel. Dr. Djalma Lofrano Filho; TJSP, 13ª Câmara de Direito Público; julgado em 03/05/2017).

Assim, arbitram-se os honorários sucumbenciais em R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) em favor dos advogados da autora, já se levando em conta o trabalho realizado nesta instância.

2.4) Da conclusão

Posto isso, mantendo-se a procedência da demanda, dá-se parcial provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário para reduzir a verba honorária (item 2.3), observando-se, em relação aos juros e à correção monetária, aquilo que for decidido pelo colendo STF em recurso com repercussão geral (item 2.3).

Anote-se que eventuais embargos declaratórios opostos em face deste acórdão serão julgados em sessão virtual, consoante o disposto na Resolução nº 549/2011, do Órgão Especial desta Corte Bandeirante, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

3) CONCLUSÃO

Ante o exposto, pelo meu voto, dou parcial provimento aos recursos, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1007882-13.2017.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado

HOSPITAL ALEMÃO OSWALDO CRUZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao reexame necessário, não conhecido o recurso da Fazenda do Estado. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.746)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente), ANA LIARTE e PAULO BARCELLOS GATTI.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2019.

OSVALDO MAGALHÃES, Relator

Ementa: Mandado de Segurança – Entidade Beneficente – Imunidade tributária – Equipamentos e materiais hospitalares – Admissibilidade – Imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, 'c', da Constituição Federal, que abrange o ICMS incidente sobre a importação de equipamentos utilizados na prestação dos serviços específicos – Precedentes – Sentença concessiva da segurança – Não conhecimento do recurso voluntário da Fazenda Estadual, uma vez que totalmente dissociado do decidido em primeira instância – Descumprimento do disposto no artigo 1010, incisos II e III, do Código de Processo Civil – Desprovimento do recurso oficial, para manter a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos.

VOTO

I – Trata-se de mandado de segurança, objetivando o impetrante (Hospital Alemão Oswaldo Cruz) o reconhecimento da imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, letra "c" da Constituição Federal, para o desembaraço aduaneiro, sem recolhimento de ICMS, dos equipamentos pormenorizados na petição inicial (Declaração de Importação nº 17/0317358-0), em razão de ser entidade beneficente, sem fins lucrativos, que tem por finalidade assistência médico-hospitalar.

A r. sentença de fls. 401/404, cujo relatório se adota, concedeu a segurança.

Recorre a Fazenda do Estado de São Paulo, insistindo na preliminar de inexistência de direito líquido e certo. No mérito pretende a denegação da ordem.

Manifestação da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, no sentido de

Acesso ao Sumário

falecer interesse e legitimidade para atuação ministerial (fls.445), presente, ademais, o reexame necessário.

É o relatório.

II – O recurso oficial, "*data venia*", não comporta provimento, não merecendo conhecimento, por outro lado, o recurso voluntário da Fazenda do Estado.

No caso em exame não há falar-se em inadequação da via eleita e/ou inexistência de direito líquido e certo, uma vez que a matéria controvertida é unicamente de direito e amparada em prova documental, de modo que admissível a utilização do "mandamus".

No tocante ao recurso voluntário, tem-se que desenvolve fundamentação inteiramente dissociada do que a r. sentença decidiu, tomando o referido julgado como se tivesse reconhecido o direito de importação de medicamento, para utilização em tratamento de doença grave, sem o recolhimento de ICMS, com amparo no benefício da isenção tributária autorizada pelo Convênio ICMS 140/01.

Na verdade, a r. sentença recorrida concedeu a segurança, para declarar o direito da impetrante, entidade beneficente de assistência médico- hospitalar, à imunidade tributária relativa ao ICMS, incidente sobre a importação de equipamentos hospitalares (conjuntos de mangueiras de evacuação e aparelho de anestesia aestiva, conforme fls. 126/127).

Segundo orientação jurisprudencial, não se deve conhecer de recurso de apelação assim interposto, em que as razões são inteiramente dissociadas do que a sentença decidiu, em face do disposto no artigo 1.010, incisos II e III do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, forte nos precedentes, confira-se: "*AgRg no REsp nº 1.026.279/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 19.02.2010*".

De resto, a matéria em discussão não é nova, firme o entendimento, na Suprema Corte, de reconhecimento da imunidade tributária às instituições de assistência social, sem fins lucrativos, nos termos do artigo 150, inciso VI, letra "c" da Constituição Federal, em relação aos equipamentos utilizados na prestação de seus serviços específicos.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE. OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA REALIZADA POR ENTIDADE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. AGRAVO IMPROVIDO. I A jurisprudência da Corte é no sentido de que a imunidade prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal abrange o ICMS incidente sobre a importação de mercadorias utilizadas na prestação de seus serviços específicos. II Agravo improvido" (AI nº 669257 AgR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 17.03.2009).

Também, em reforço, o decidido no ARE nº 787876/PR, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, DJ 5.3.2014, destacando-se do referido julgado a seguinte passagem: "*Com efeito, é firme o entendimento desta Corte no sentido de que a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da Carta, não se submete aos critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, motivo pelo qual deve ser aplicada indistintamente, inclusive em relação aos tributos incidentes sobre operações de importação. Para fazer jus ao benefício, faz-se necessário apenas que a entidade utilize a mercadoria importada na prestação de serviços relacionados com suas finalidades essenciais. [...]. Ademais cumpre registrar que a Corte vem optando por conferir proteção privilegiada à imunidade reconhecida em favor das entidades assistenciais, de modo a atribuir-lhe a máxima efetividade possível*".

Na mesma linha de orientação, confiram-se os seguintes precedentes desta Corte, aliás, entre as mesmas partes:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. Entidade de assistência social sem fins lucrativos, que tem por finalidade a prestação de serviços médicos. Importação de bens e materiais destinados à consecução de suas atividades. Imunidade tributária. Admissibilidade. Art. 150, IV, "c" da CR, que não foi revogado pela nova redação do art. 155, IX, "a" (E. C. 33/01). Precedentes. Sentença reformada. Recurso provido." (Apelação nº 1015895-29.2017.8.26.0053, Rel. Des. Coimbra Schmidt).

"IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - IMPORTAÇÃO DE BENS ICMS - ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, SEM FINS LUCRATIVOS - A Constituição Federal, no artigo 150, expressamente veda a instituição de impostos sobre as instituições de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos legais - Preenchimento dos requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional - Bens importados que guardam relação de essencialidade com as finalidades da impetrante - Existência de direito líquido e certo - Imunidade que alcança o ICMS - Hipótese de imunidade tributária, ficando o Estado impossibilitado da cobrança da exação, pela não ocorrência da hipótese de incidência. Apelo e reexame necessário, considerado interposto, não providos" (Apelação nº 1041457-12.2017.8.26.0224, Rel. Des. Spoladore Dominguez).

No caso em exame, os documentos digitalizados não deixam dúvidas sobre cuidar-se o impetrante de entidade beneficente de assistência social, sem fins lucrativos, bem como que os equipamentos importados destinam- se à prestação de seus serviços específicos.

Assim sendo, incorporados os fundamentos supracitados, desnecessário acréscimo para a manutenção da r. sentença recorrida, nos termos, aliás, do disposto no artigo 252 do Regimento Interno desta Corte.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto não conheço do recurso voluntário da Fazenda do Estado de São Paulo e nego provimento ao recurso oficial, para manter a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1017745-66.2016.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelada THAIS LIMA NICODEMO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Lucas Cherem de Camargo Rodrigues.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.427)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso Público. Anulação imotivada do certame após a homologação. Impetrante que sustenta seu direito líquido e certo à nomeação para o cargo de professor. Aprovação que se deu dentro das vagas previstas.

R. sentença concessiva da segurança mantida.

RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **THAIS LIMA NOCODEMO** contra ato do **REITOR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS - UNICAMP** - consistente na anulação do concurso público sob o nº 17-P - 23126-14-IA do Instituto de Artes da Unicamp para o preenchimento do cargo de professora docente de História e Linguagem da Música Popular II, do Departamento de Música. Sustenta a impetrante ter participado no referido certame e logrado obter a primeira colocação; entretanto, após a proclamação

do resultado e sua homologação, a impetrada acolheu recurso interposto pela candidata aprovada na segunda colocação e decidiu, por motivo diverso do alegado no recurso da candidata, anular todo o certame. Reputa tal ato como ilegal, arbitrário e violador do seu direito líquido e certo, posto que não há qualquer vício insanável a justificar sua anulação, bem como deveria ter-lhe sido oportunizado manifestação a respeito, o que afrontou seu direito de exercer o contraditório.

Requer a concessão da segurança para que seja anulado o ato que cancelou referido concurso público, restabelecendo-se a homologação do resultado com sua consequente nomeação ao referido cargo.

Informações da autoridade coatora (fls. 171/236).

Ministério público opinou pela concessão da segurança (fls. 241/247).

Sobreveio r. sentença (fls. 248/249 proferida em 21.10.2016), cujo relatório adoto, que assim decidiu:

" Isto posto, CONCEDO A SEGURANÇA, para anular a decisão que cancelou o concurso público em questão. Oficie-se à autoridade comunicando o teor da presente sentença.

Não há condenação em sucumbência, nos termos da Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça. Sentença sujeita a reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei 12.016/2009.

P.R.I.C."

Apela a **UNICAMP** (fls.255/265), alegando, em suma, que:

a) a decisão da CEPE que optou pela não homologação do certame merece ser defendida, uma vez que o edital de abertura do concurso público apresentou vários problemas, de modo que as condições aplicáveis às provas não estavam claras, prejudicando a competição; b) Conforme apontado no Parecer PG n.º 661/2016 (fls. 232/234), é possível identificar sérios problemas no edital. Não havia suficiente clareza nas disposições do edital, quanto às condições aplicáveis às provas do concurso, sobretudo as provas escrita e específica, havendo incertezas e contradições no interior do edital acerca de sua obrigatoriedade e seu caráter eliminatório e classificatório. Desse modo, é possível concluir que o edital não foi adequadamente elaborado, contendo vários itens contraditórios e dúbios, gerando, assim, vício insanável e, consequentemente, sua não homologação pela Universidade; c) a Administração pode rever e anular os seus próprios atos, no exercício da autotutela dos princípios norteadores encartados no artigo 37 da Constituição Federal (Súmulas 346 e 473 do STF); d) não há que se falar em direito adquirido. Este só existiria após a efetiva homologação do certame e nomeação da candidata, o que não ocorreu no caso em apreço, sendo mister o provimento do presente recurso a fim de se reformar a r. Sentença de concessão da segurança.

Acesso ao Sumário

Colacionou julgados favoráveis às suas teses e requer a reversão do julgado.

Recurso tempestivo, processado e acompanhado por contrarrazões (fls. 272/284).

Parecer da D. Procuradoria de Justiça pela manutenção da r. sentença concessiva (fls. 396/400).

É o relatório.

Ratifico minha prevenção para o julgamento do presente recurso, considerando que fui Relatora do agravo de instrumento nº 2201944-29.2017.8.26.0000 (fls. 383/391), relativo à decisão interlocutória proferida nos presentes autos.

De início, observo estar interposto recurso oficial, por força do parágrafo primeiro do art. 14 da Lei nº 12.016/2009.

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles conceitua o remédio heroico da seguinte forma, verbis:

> *"o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça"* (MEIRELLES, Hely Lopes e outros (Wald, Arnoldo e MENDES, Gilmar Ferreira). Mandado de segurança e Ações Constitucionais. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 25/27).

Para concessão de mandado de segurança há necessidade de existência de direito líquido e certo. Ainda segundo Hely Lopes Meirelles:

> ***"Direito Líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração****. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais."* (MEIRELLES, Hely Lopes e outros (Wald, Arnoldo e MENDES, Gilmar Ferreira). Mandado de segurança e Ações Constitucionais. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 36/37).

E neste sentido pontuam Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca, em sua obra Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 46ª ed., Saraiva, 2014, pág. 1823, nota 10a:

Acesso ao Sumário

> *"Direito Líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano (RSTJ 4/1.427, 27/140, 147/386), por documento inequívoco (RTJ 83/130, 83/855, RSTJ 27/169, 55/325, 129/72), e independente de exame técnico (RTFR). É necessário que o pedido esteja apoiado 'em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de provas'* (RTJ 124/948). No mesmo sentido: RSTJ 154/150; STJ-RT 676/187. S/ recurso especial, nessa hipótese, v. RISTJ 255, nota 4-Mandado de Segurança."

Ainda sobre o tema, são válidas as considerações de Sérgio Cruz Arenhart em seus comentários à Carta Magna, *verbis*:

> *"A expressão 'direito líquido e certo', portanto, liga-se à forma de cognição desenvolvida no mandado de segurança, que exige prova pré-constituída das alegações postas pela parte impetrante. Não há, então, qualquer relação com espécie particular de direito subjetivo. Em conta disso, vem-se exigindo que as afirmações de fato trazidas pelo autor na petição inicial sejam demonstradas de pronto, por meio da prova documental"* (ARENHART, Sergio Cruz *in* Comentários à Constituição do Brasil, Coord J.J Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. Ed. Saraiva. 2014. P. 478).

No caso concreto, a impetrante logrou demonstrar o seu direito líquido e certo ao provimento pleiteado, pelos motivos que passo a expor.

A impetrante é candidata aprovada em primeiro (1º) lugar no Concurso Público 17-P - 23126-14-IA, do Instituto de Artes da Universidade de Campinas - Unicamp, para o provimento do cargo de Professor Doutor - MS-3.1, de História e Linguagem da Música Popular II, do Departamento de Música daquela Universidade (fls. 41).

Sustenta, assim, seu direito líquido e certo à nomeação e investidura no cargo, sustando-se a decisão do Conselho Universitário que anulou o referido certame, proferida **após a devida homologação do resultado do citado concurso (fls. 45).**

Após a insurgência da candidata classificada em 2º Lugar no Certame que requereu a anulação do mesmo (fls. 42/44), a Procuradoria Geral da Universidade emitiu parecer no sentido de que o concurso deveria ser anulado, sob os argumentos de que o certame apresentava problemas no edital, pertinentes à clareza de seus dispositivos.

Em que pese tal parecer, constata-se que a decisão do conselho universitário que anulou o certame em questão é **desprovida de qualquer fundamentação (fls. 235).**

São desnecessários outros além daqueles que constaram da r. sentença no que tange à ilegalidade da anulação do certame em questão, eis que os vícios apontados são de pequena monta e não prejudicaram a compreensão das regras

Acesso ao Sumário

do concurso nem interferiram na competitividade do certame, *verbis*:

> *"Constam do parecer da Procuradoria da Universidade os fundamentos da invalidação do concurso: "a) 5.5.4 foi transcrito, na literalidade, artigos da Deliberação Congregação IA nº 21/14, gerando, inclusive, duplicidade com itens anteriores do edital; b) 5.6.1 aqui também foi transcrito artigos integrais da Deliberação Congregação IA nº 21/14, que dá opção de provas, como na prova prática, que poderá ser realizada de maneira presencial e/ou por meio de análise de portfólio artístico. Consta também deste item do edital que 'o tempo de duração da prova será definido na elaboração do edital, de acordo com a necessidade de cada área em concurso'" (fls. 233).*
>
> *O item 5.5.4 do edital tem como título "Regras para a realização da Prova Escrita conforme Deliberação da Congregação do IA nº 149/2014, de 04/09/2014" (fls. 187/188).*
>
> *Referido item realmente é desnecessário, porque os itens anteriores (5.1 a 5.5.3) (fls. 186/187) já contêm as regras das diversas provas que compõem o concurso (escrita, específica, títulos, arguição e didática).*
>
> *Não há conflito entre tais regras e a transcrição da Deliberação da Congregação.*
>
> *Com relação ao segundo item do edital, na verdade é o item 5.6 do edital que transcreve as "Regras para a realização da Prova Específica conforme Deliberação da Congregação IA nº 150/2014, de 04/09/2014" (fls. 189).*
>
> *As regras ali transcritas são complementadas pela parte final do próprio item 5.6, que dispõe que "A Prova Prática se realizará sob a forma de recital de instrumento (piano) contemplando peças do repertório padrão do jazz e da música popular brasileira", bem como pelo item 5.6.1, que estipula o prazo de uma hora para a realização da prova prática (fls. 189).*
>
> *Portanto, não obstante a deficiente redação do edital, não há itens contraditórios.*
>
> *Há apenas redundância no caso do item 5.5.4 do edital, que não prejudica a compreensão das regras do certame."* (fls. 248/249 grifei)

Acesso ao Sumário

Observo, neste giro, que o controle de legalidade feito pela Administração sobre seus próprios atos, evidentemente, não exclui a possibilidade de apreciação da legalidade desses pelo Poder Judiciário, como é o caso na presente ação mandamental.

A anulação do certame se deu após a homologação do resultado e decorreu de ato imotivado (fls. 235). Não obstante, ainda que sejam considerados os argumentos do parecer jurídico adotado pelo Conselho Universitário, tais fundamentos não justificam a anulação do certame, de sorte que o ato combatido nestes autos é mesmo ilegal e foi corretamente rechaçado pela r. sentença.

Aliás, o D. Ministério Público de 1º Grau e a D. Procuradoria de Justiça

concordam enfaticamente com a concessão da ordem, valendo citar o parecer desta última, o qual tomo como uma das razões de decidir, *verbis*:

> *"Acresce que, além de dar fundamento diverso do inconformismo ofertado pela candidata pior classificada - que questionou somente a prova de títulos - não subsistem as razões do ato administrativo impugnado porquanto inexistem itens contraditórios no Instrumento Convocatório do Concurso Público sob exame, havendo apenas redundância no caso do item 5.5.4 do edital, que não prejudica a compreensão das regras do certame , como consignado de forma escorreita na r. sentença recorrida (fls. 248/249).*
>
> *Nessa ordem de considerações, ressalvados o direito de autotutela da Administração e a autonomia universitária, o parecer é pelo improvimento dos recursos, para manter-se a* ***concessão do writ of mandamus****."* (fls. 399/400 – grifei).

Portanto, faz jus a impetrante ao reconhecimento do direito líquido e certo pleiteado, afastando-se o ato administrativo combatido (anulação do certame 17-P - 23126-14-IA), a fim de garantir a nomeação e posse da impetrante no cargo para o qual foi aprovada em 1º Lugar.

Por fim, sem honorários advocatícios, em virtude do art. 25, da Lei 12.016/2009 e do entendimento cristalizado na Súmula 512 do STF.

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 e NEGO PROVIMENTO ao reexame necessário.**

Ações Rescisórias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1002529-37.2015.8.26.0070/50000, da Comarca de Batatais, em que são embargantes ANTONIO FERREIRA (FALECIDO) e VANDA LUIZA DA

SILVA FERREIRA (HERDEIRO), é embargado PREFEITURA MUNICIPAL DE BATATAIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.001)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), ANA LIARTE e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2019.

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Erro material – Necessidade de retificação na fundamentação e dispositivo do acórdão embargado, a fim de que passe a constar que o valor dos honorários sucumbenciais para a fase de conhecimento foi de "R$ 3.000,00" – Embargos acolhidos para sanar erro material, com efeitos infringentes.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração opostos por ANTONIO FERREIRA contra v. acórdão proferido por esta 4ª Câmara de Direito Público (fls. 236/245) que negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município embargado, de modo a MANTER integralmente a r. sentença de primeiro grau, observando-se que caberá à Administração Municipal, além de pagar os honorários sucumbenciais devidos para a fase de conhecimento (R$ 1.000,00), arcar com a verba honorária ora fixada para a fase recursal (R$ 500,00), totalizando R$ 1.500,00.

Sustenta o embargante em suas razões (fls. 01/02) que há erro material no v. acórdão embargado, pois na fundamentação e no dispositivo do julgado constou que o valor dos honorários arbitrados na sentença foi de "R$ 1.000,00", quando o correto seria "R$ 3.000,00". Ao final, requer sejam acolhidos os aclaratórios, sanando-se o erro material apontado para fazer constar o valor correto.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

De fato, há erro material no acórdão embargado, que por equívoco

Acesso ao Sumário

apontou a fls. 244 e 245 que os honorários arbitrados estritamente para a fase cognitiva de primeiro grau foi no valor de "R$ 1.000,00", quando o correto seria "R$ 3.000,00".

Assim, com o propósito de sanar o equívoco, tanto da fundamentação (fls. 244) como no dispositivo (fls. 245), o valor grafado como sendo "R$ 1.000,00" deve ser substituído por "R$ 3.000,00".

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para sanar a contradição indicada pelo autor, razão pela qual a quantia de "R$ 1.000,00" dos honorários para a fase de conhecimento - indicada na fundamentação e parte final do acórdão deve ser interpretado como se fosse "R$ 3.000,00", que modo que o dispositivo do julgado deverá ser lido da seguinte forma: "**NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pelo Município, de modo a MANTER integralmente a r. sentença de primeiro grau, observando-se que caberá ao apelante, além de pagar os honorários sucumbenciais devidos para a fase de conhecimento (R$ 3.000,00), arcar com a verba honorária ora fixada para a fase recursal (R$ 500,00), totalizando R$ 3.500,00."

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1002529-37.2015.8.26.0070/50000, da Comarca de Batatais, em que são embargantes ANTONIO FERREIRA (FALECIDO) e VANDA LUIZA DA SILVA FERREIRA (HERDEIRO), é embargado PREFEITURA MUNICIPAL DE BATATAIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Acolheram os embargos. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.001)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), ANA LIARTE e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2019.

PAULO BARCELLOS GATTI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Erro material – Necessidade de retificação na fundamentação e dispositivo do acórdão embargado, a fim de que passe a constar que o valor dos honorários sucumbenciais para a fase de conhecimento foi de "R$ 3.000,00" – Embargos acolhidos para sanar erro material, com efeitos infringentes.

VOTO

Vistos.

Trata-se de embargos de declaração opostos por ANTONIO FERREIRA contra v. acórdão proferido por esta 4ª Câmara de Direito Público (fls. 236/245) que negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município embargado, de modo a MANTER integralmente a r. sentença de primeiro grau, observando-se que caberá à Administração Municipal, além de pagar os honorários sucumbenciais devidos para a fase de conhecimento (R$ 1.000,00), arcar com a verba honorária ora fixada para a fase recursal (R$ 500,00), totalizando R$ 1.500,00.

Sustenta o embargante em suas razões (fls. 01/02) que há erro material no v. acórdão embargado, pois na fundamentação e no dispositivo do julgado constou que o valor dos honorários arbitrados na sentença foi de "R$ 1.000,00", quando o correto seria "R$ 3.000,00". Ao final, requer sejam acolhidos os aclaratórios, sanando-se o erro material apontado para fazer constar o valor correto.

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

De fato, há erro material no acórdão embargado, que por equívoco apontou a fls. 244 e 245 que os honorários arbitrados estritamente para a fase cognitiva de primeiro grau foi no valor de "R$ 1.000,00", quando o correto seria "R$ 3.000,00".

Assim, com o propósito de sanar o equívoco, tanto da fundamentação (fls. 244) como no dispositivo (fls. 245), o valor grafado como sendo "R$ 1.000,00" deve ser substituído por "R$ 3.000,00".

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para sanar a contradição indicada pelo autor, razão pela qual a quantia de "R$ 1.000,00" dos honorários para a fase de conhecimento - indicada na fundamentação e parte final do acórdão deve ser interpretado como se fosse "R$ 3.000,00", que modo que o dispositivo do julgado deverá ser lido da

Acesso ao Sumário

seguinte forma: "**NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pelo Município, de modo a MANTER integralmente a r. sentença de primeiro grau, observando-se que caberá ao apelante, além de pagar os honorários sucumbenciais devidos para a fase de conhecimento (R$ 3.000,00), arcar com a verba honorária ora fixada para a fase recursal (R$ 500,00), totalizando R$ 3.500,00."

Reclamações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 2008328-21.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são reclamantes MARGARIDA FIGUEIREDO ALTAFIM e MARIA ANSELMO BARCELLOS, é reclamado EXMO. SR. DESEMBARGADOR RELATOR DA 4ª CÂMARA DE DIREITO PUBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Turma Especial - Publico 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 32.656)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), ANTONIO MOLITERNO, TORRES DE CARVALHO, WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, FERMINO MAGNANI FILHO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, LUIZ FELIPE NOGUEIRA, ENCINAS MANFRÉ, EDSON FERREIRA, PAULO BARCELLOS GATTI, HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, LUCIANA BRESCIANI, ALIENDE RIBEIRO, LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, RAUL DE FELICE, BANDEIRA LINS e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2019.

SIDNEY ROMANO DOS REIS, Relator

Ementa: Reclamação – Alegação de que a decisão proferida pela C. 4ª Câmara de Direito Público violou entendimento consolidado por esta E. Corte, em

Assunção de Competência, na Apelação nº 0087273-47.2005.8.26.0000 (base de cálculo do adicional por tempo de serviço) – Incidente processual julgado sob os auspícios do CPC/1973 que carece de força vinculante – Descabido o efeito retroativo à novel norma processual (art. 947, §3º, CPC/2015), em flagrante violação aos princípios basilares do direito processual – Insuficiência de parâmetros a justificar a medida – Precedentes.

Reclamação não conhecida.

VOTO

1. Trata-se de **Reclamação** ajuizada por **Margarida Figueiredo Altafim** e **Maria Anselmo Barcellos** alegando, em apertada síntese, que o v. Acórdão da **4ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** está em desconformidade com o decidido por esta Corte, razão pela qual, pleiteando se faça cumprir a orientação judicial exarada pela Assunção de Competência na Apelação Cível nº 0087273-47.2005.8.26.0000.

Para tanto, em resumo, argumentam que a Ação Ordinária fora julgada procedente por r. Sentença e reconhecido o direito ao recálculo do quinquênio e da sexta para que incidam sobre os vencimentos integrais, porém, ao proceder ao julgamento do recurso de apelação a C. 4ª Câmara de Direito Público desta Corte deu parcial provimento ao recurso oficial para julgar parcialmente procedente a demanda, decretando a improcedência da ação em relação aos quinquênios, com reconhecimento de sucumbência recíproca.

As reclamantes entendem que tal entendimento, não se atentou ao fato de que a matéria já havia sido pacificada no incidente de Assunção de Competência nº 0087273-47.2005.8.26.0000 por este E. Tribunal, cuja decisão tem efeito vinculante. Pedem o provimento da reclamação par a o fim de sustar os efeitos da decisão e sua reforma para que se alinhe aos preceitos estabelecidos nos julgados apontados.

É o relatório.

2. **Não comporta conhecimento a Reclamação.**

A Reclamação vem prevista no art. 74, inciso X, da Constituição do Estado de São Paulo e no art. 195, do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça, os quais possuem a seguinte dicção:

Art. 74. Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:

(...)

Acesso ao Sumário

X – a reclamação para garantia da autoridade de suas decisões;

Art. 195. A reclamação contra autoridade judiciária, para preservar a competência do Tribunal, garantir a autoridade de suas decisões ou a observância de suas súmulas, ou de seus enunciados de precedentes proferidos em julgamento de casos repetitivos, ou em incidentes de assunção de competência, será processada na forma da legislação vigente.

Com efeito, o julgamento da **Assunção de Competência nº 0087273-47.2005.8.26.0000**, cuja relatoria do voto condutor coube a este Relator, reconheceu que o "*adicional por tempo de serviço "quinquênio" incide sobre todas as verbas que claramente integrem o vencimento padrão do servidor, de caráter permanente, excluídas somente as verbas de natureza eventual e transitória*".

Todavia, muito embora meu entendimento no que toca à questão de fundo, não há como se desvencilhar de questão processual precedente e que se impõe de maneira inafastável no julgamento da presente Reclamação, a saber, a circunstância de que até o advento do novo Código de Processo Civil, o incidente processual designado por Assunção de Competência não estava revestido de força vinculante. Assim, o julgamento então havido pela Turma Especial detinha mero caráter informador da posição predominante na Turma julgadora, capaz de orientar, sem vincular, o julgamento da matéria pelas Câmaras de Direito Público deste Tribunal de Justiça.

Aliás, no julgamento então havido naquela oportunidade, por certo, os nobres integrantes da Turma julgadora levaram em consideração esta circunstância da não vinculação do julgado posto seus inerentes desdobramentos em toda a Corte.

Desta forma, uma vez conferida nova roupagem jurídica à Assunção de Competência pelo novo Código de Processo Civil, certamente a questão atinente à base de cálculo do adicional por tempo de serviço poderá ser submetida uma vez mais a debate na C. Turma Especial para aquilatação da presença de seus requisitos na forma da novel disciplina, conferindo ou não efeito vinculante ao julgamento.

De mais a mais, se o contrário fosse, e se aceitasse o almejado efeito vinculante do julgado pretérito, a presente Reclamação estaria conferindo efeito retroativo à novel norma processual o que, à evidência, de todo descabido em flagrante violação aos princípios basilares do direito processual.

Tanto assim é que o entendimento jurisprudencial pacificou o descabimento de reclamação quando se estiver diante de decisão não dotada de efeito vinculante.

Neste sentido:

Acesso ao Sumário

RECLAMAÇÃO. Base de cálculo do adicional por tempo de serviço. Divergência do acórdão com o entendimento traçado na Assunção de Competência nº 0087273-47.2005 - A reclamação se presta à manutenção da autoridade da decisão do processo, não a fazer prevalecer a decisão de um processo em outro. Apesar da força moral que decorre da prolação pelo órgão de sobreposição da Seção, a decisão em assunção de competência não tem efeito vinculante e a adoção de entendimento diverso não macula a autoridade da Turma Especial nem implica em nulidade do acórdão reclamado. Reclamação de claro descabimento, que se rejeita de plano (Reclamação nº 0079956-17.2013, Turma Especial de Direito Público, Relator Torres de Carvalho, julgada em 06.06.2014).

Confira-se à propósito r. julgados do C. **Superior Tribunal de Justiça:**

"PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO VINCULANTE A ENUNCIADO DE SÚMULA. PRETENSÃO. DESCABIMENTO.

1. Configura erro inescusável atribuir à jurisprudência do STJ viés de decisão vinculante a fim de favorecer a utilização do instrumento processual regulado no art. 187 do RISTJ.

2. Não cabe a reclamação prevista no art. 187 do RISTJ e no 105, I, "f", da Constituição Federal quando se pretende demonstrar a existência de divergência com enunciado de súmula, cuja natureza é abstrata, meramente orientadora e desprovida de conteúdo decisório e vinculante.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg na Rcl 12.364/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 27/05/2013, sem grifos no original.)

"RECLAMAÇÃO. AUSÊNCIA DE DECISÃO A SER PRESERVADA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

I - Constitui pressuposto de cabimento inafastável da reclamação a existência de decisão, tomada no caso concreto, que possa ser afrontada por outra decisão que, direta ou indiretamente, afaste o comando do dispositivo emanado do Superior Tribunal de Justiça.

II - A via expedita da reclamação não se presta à preservação de jurisprudência dominante, ainda que cristalizada em verbete sumular. III - Reclamação não conhecida." (Rcl 647/RS, 2.ª Seção, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, DJ de 14/08/2000, sem grifos no original.)

No mesmo sentido, o C. Supremo Tribunal Federal:

"AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO

Acesso ao Sumário

DE AFRONTA À SÚMULA 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO RECLAMADA PROFERIDA PELA SEGUNDA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL.

1. Não cabe reclamação fundamentada na afronta a súmula do Supremo Tribunal Federal sem efeito vinculante. Precedentes.

2. A reclamação não é meio processual adequado para impugnar decisão do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento." (STF, Rcl 5102 AgR, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010.).

Destarte, o incidente processual (assunção de competência) julgado sob os auspícios do CPC/1973 carece de força vinculante, por falta de expressa previsão legal, não havendo no caso dos autos a alegada subsunção ao art. 947 do CPC/2015[1].

De rigor, portanto, o não conhecimento da Reclamação.

3. Ante o exposto, pelo meu voto, não conheço da presente Reclamação.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1004425-64.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido LEONARDO FRAZÃO DE GOIS.

1 Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.
§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.
§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.
§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.
§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram parcial provimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.130)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICENTE DE ABREU AMADEI (Presidente sem voto), RUBENS RIHL e ALIENDE RIBEIRO.

São Paulo, 6 de dezembro de 2018.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Soldado da Polícia Militar portador de doença rara – Procedimento Administrativo Exoneratório (PAE) durante estágio probatório – Inaptidão posterior que não impossibilitava decisão quanto ao estágio probatório – Homologação posterior a impetração – Inviabilidade de anulação de atos administrativos já superados – Reexame necessário parcialmente provido.

VOTO

Reexame necessário contra a r. sentença de fls. 101/103, que concedeu segurança impetrada por Leonardo Frazão de Gois contra ato coator do Cel. Med. PM do Centro Médico da Polícia Militar do Estado de São Paulo, na pessoa de Roberto Rodrigues Junior, para o fim de determinar "*a suspensão do Procedimento Administrativo Exoneratório n.º 10BPM/M-001/10/16, anulando o ato administrativo constante do ofício n.º DS-1038/22/17 até que a autoridade coatora ratifique a declaração de apto pleno aos serviços policiais militares do impetrado ou a retifique em Boletim Geral PM competente a dar publicidade aos atos administrativos da corporação*".

Ausente recurso voluntário das partes (certidão de fls. 111), os autos subiram em razão do reexame necessário.

É o relatório.

O impetrante apontou ter concluído "com aproveitamento" o curso de Soldado da Polícia Militar 2ª Classe, apresentando-se no 10º Batalhão em 01/07/2015 para exercer suas atividades como policial militar, dando início, assim, ao estágio administrativo-operacional (Estágio Probatório).

Ocorre que, pouco tempo depois de ter iniciado seu estágio operacional, o impetrante apresentou problemas sérios de saúde, sendo diagnosticado como

Acesso ao Sumário

portador da doença "anemia aplástica idiopática" (CID – D61.3 – aplasia de medula óssea grave, fls. 12/13).

Por essa razão, foi afastado de suas atividades pela junta médica da PMESP até o dia 31/05/2016, data na qual foi considerado apto, com restrição, ao retorno de suas atividades na Corporação, conforme indicado a fls. 14/15 dos autos.

Em 01.06.2016, ao final de sua licença para o tratamento de saúde, o impetrante alega ter sido surpreendido com a intimação da instauração de Processo Administrativo Exoneratório, a fim de se verificar se ele preenchia ou não os requisitos elencados no item 7, do § 2º, do art. 37 do Decreto n.º 54.911/09, *in verbis*:

Artigo 37 - O estágio probatório, que se estende pelo período de 2 (dois) anos de efetivo exercício, terá início com a matrícula no Curso Superior de Técnico de Polícia Ostensiva e Preservação da Ordem Pública e se dará na graduação de Soldado PM de 2ª Classe.(...) § 2º - Durante o curso e o estágio administrativo-operacional será verificado, a qualquer tempo, nos termos da Diretriz Geral de Ensino - DGE, o preenchimento dos seguintes requisitos: (...) 7. condições adequadas de saúde física e mental;..".

Em meio ao processo em questão, o impetrante foi submetido à reavaliação em 19.04.17, tendo obtido parecer **de aptidão plena** as atividades policiais militares (fls. 16, 19/25 e 27/37). Anote-se que, tanto as licenças para tratamento de saúde, como a aptidão plena, foram concedidas por "Junta de Saúde 2" (JS-2).

Diante do referido parecer de aptidão plena, o Presidente competente (no processo administrativo exoneratório) emitiu ainda parecer favorável a permanência do impetrante nas fileiras da corporação, entendendo que "*o Sd PM 2ª CL 148864-3 Leonardo Frazão de Gois, **preenche o requisito n.º 7, do §2, do artigo 37, do Decreto n.º 54.911/09**"* (fls. 27/36).

Em seguida, o procedimento foi submetido à apreciação da autoridade competente (fls. 37), o Diretor de Pessoal da Polícia Militar, para a devida decisão final, homologando ou não aquela parecer.

Ocorre que, ao analisar todo o conjunto probatório, foi apontada a existência de incongruência entre as propostas do Presidente do feito (25.5.17) e da JS2 (2.12.16), consubstancias nos pareceres de aptidão plena de fls. 16, 19/25 e 27/36, e o parecer emitido pelo Departamento de Perícias Médicas (DPM) asseverando a inaptidão do impetrante à sua permanência.

Neste momento surge o questionamento da presente impetração pois haviam, segundo consta nas próprias informações, dois períodos distintos, a saber : o que precedeu a conclusão do estágio (com laudo pela aptidão e consequente homologação) e o subsequente (com laudo pela inaptidão).

Acesso ao Sumário

Justifica-se a situação porque o problema de saúde do impetrante poderia sofrer alterações ao alongo do tempo.

As situações deveriam ser consideradas separadamente, todavia, segundo também decorre das informações, o Diretor de Pessoal determinou o retorno dos autos para a realização de nova perícia junto ao Departamento de Perícias Médicas (DPM) e finalmente emissão de laudo conclusivo em relação à capacidade física e mental do impetrante.

Atendida a determinação em 20.09.17, concluiu-se no DPM que "*o Sd PM 2ª CL 148864-3 Leonardo Frazão de Gois é* ***inapto ao Serviço policial Militar (SPM) conforme o contido no Decreto 54.911, de 14OUT09, em seus incisos 5 e 7, Art. 59, Art. 61 e Art. 63***." (fls. 41).

Por estas razões, o impetrante, ora recorrido, pediu a suspensão do Processo Administrativo Exoneratório em trâmite perante o 10º BPM/M, bem como a anulação do ato administrativo consubstanciado no Ofício n.º DS-1038/22/14, e, com isso, que fosse determinada ao impetrado a **ratificação** ou **retificação** do ato homologatório que declarou o autor plenamente apto aos serviços policiais.

Com efeito, como bem asseverado pela r. sentença recorrida, o laudo do Departamento de Perícias Médicas, juntado aos autos às fls. 41, "*traz certa vagueza em seus fundamentos. Pela leitura, observa-se que houve respostas sim e não aos quesitos apresentados à fls. 40 sem contudo fundamenta-las quais os critérios vistos, examinados e detectados pelo Sr. Perito a fim de determinada expressamente a inaptidão do impetrante para a continuação do estágio probatório Administrativo-Operacional*? (grifo meu).

Após a impetração, nas informações prestadas, constou a homologação dos pareceres relativos ao estágio (laudos pela aptidão), sem prejuízo, contudo, de apuração subsequente quanto a aptidão posterior para a função (fls. 81 parte final).

Assim, não se justifica a anulação dos atos praticados, reconhecendo, contudo, que o impetrante tinha direito a homologação (como posteriormente decidido pela autoridade administrativa, em função da presente impetração).

Em conclusão, mantém a r. sentença quanto a homologação e afasta-se a determinação de anulação de atos praticados, os quais embora realizados em situações indevidas (quanto ao momento e procedimento), são válidos para eventual aferição posterior de capacidade, com o devido processo administrativo (contraditório e ampla defesa).

Ante o exposto, meu voto é pelo parcial provimento do reexame necessário.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1019900-40.2017.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido ROBERTO MICHELASSI LARA.

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 35.918)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO – DIREITO ADMINISTRATIVO – MULTAS DE TRÂNSITO – VEÍCULO "DUBLÊ". Trata-se de mandado de segurança em que o impetrante requer a substituição de placa e documentação da motocicleta, bem como a anulação de multas de trânsito. Comprovado nos autos se tratar de infrações cometidas por veículo "dublê", não cabendo responsabilizar o impetrante. Sentença mantida. Reexame necessário desprovido.

VOTO

Vistos;

Trata-se de reexame necessário a que se submete a r. sentença de fls. 134/136, nos autos de mandado de segurança impetrado por ROBERTO MICHELASSI LARA contra ato imputado ao DIRETOR DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESTADO DE SÃO PAULO, pelo que a DD. Magistrada *a quo* concedeu a segurança.

É o relatório. Passo ao voto.

Conheço do reexame necessário a que a r. sentença está sujeita, nos termos do art. 14, parágrafo 1º da Lei Federal n.º 12.016/2009.

Verifico que a r. sentença ora reexaminada deve ser mantida, porquanto ausentes quaisquer vícios na instrução processual que possam contaminar o *decisum*, além de esposar teses defendidas por esta C. 5ª Câmara de Direito Público e das Cortes Superiores acerca da matéria.

Acesso ao Sumário

E, de fato, faz jus o impetrante à pretensão deduzida no *mandamus*, notadamente porque os documentos de fls. 22/30 e 99 indicam seguramente que as infrações foram cometidas por condutor em veículo dublê – tendo, inclusive, procedido ao bloqueio do veículo junto à autoridade coatora, não sendo, pois, o responsável pelo pagamento das multas de trânsito descritas na inicial.

Posto isso, dá-se o voto no sentido do **desprovimento** do reexame necessário.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual[1]. Em caso de discordância, esta deve ser manifestada no próprio momento de sua interposição.

Acesso ao Sumário

1 Nos termos do art. 1º da Resolução n.º 549/2011, do Órgão Especial deste Tribunal, publicada no DJe de 25 de agosto de 2011 e em vigor desde 26 de setembro de 2011.

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 9000104-55.2018.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é agravante RONILDO DE LIMA BRUM, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.494)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e MARCO ANTÔNIO COGAN.

São Paulo, 13 de dezembro de 2018.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – Transferência de estabelecimento prisional com permuta – Indeferimento – Recurso defensivo – Inexistência de direito subjetivo do apenado – Necessidade de examinar se o acolhimento do pedido atenderá, também, ao interesse público – Hipótese em que a transferência de sentenciados para diferentes Estados da Federação traria indesejáveis ônus ao poder público, além de risco à segurança pública – Pretensão de custeio da transferência pelos sentenciados – Descabimento – Situação que constituiria, até mesmo, ofensa ao princípio da isonomia – Agravo desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto por **Ronildo de Lima Brum** contra a r. decisão de fls. 20/21 em que a M.M. Juíza de Direito indeferiu seu pedido de transferência para estabelecimento prisional na cidade de Ponta Porã/MS.

Acesso ao Sumário

Sustenta o recorrente que a negativa afrontaria os princípios da dignidade da pessoa humana e da ressocialização, bem como o direito a regular execução da pena.

Informa que o sentenciado está cumprido pena em regime semiaberto e o art. 103, da Lei de Execução Penal asseguraria ao preso a possibilidade de cumprimento da pena em local próximo ao seu meio social e familiar, lembrando que este foi agraciado com as saídas temporárias de Natal e Ano Novo em 2017, bem como Dia das Mães em 2018, tendo retornado em todas as ocasiões

Relata que a mãe do agravante, atualmente com 80 anos de idade e com problemas de saúde, necessita da presença de seu filho.

Aduz, por fim, que tal medida não ensejaria qualquer ônus aos cofres públicos, uma vez que o reeducando poderia se apresentar nos presídios valendo-se de salvo conduto (fls. 02/05). Oferecida contraminuta (fls. 32/33v.) e mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos (fl. 34), foram os autos remetidos a este Tribunal. A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 50/53).

É o relatório.

Segundo se observa dos autos, o agravante cumpre pena de 19 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, c.c. art. 40, V e art. 35, todos da Lei nº 11.343/06, com término previsto para novembro de 2030, tendo progredido para o regime semiaberto em outubro de 2017. Atualmente, desconta sua reprimenda em estabelecimento prisional na cidade de Hortolândia (fls. 87/89).

Em que pese os bem lançados argumentos da combativa defesa, não é caso de acolhimento da pretensão.

Tenha-se em mente que o exame de questões tais como a aqui debatida "*está situado no espectro deliberativo do poder-dever do Juiz, que se deve nortear pelo atendimento à conveniência do processo de execução penal, seja pela garantia da aplicação da lei, seja pelo próprio poder de cautela de Magistrado*" (HC nº 452964/SC, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 4/9/2018, DJe de 12/9/2018).

Acesso ao Sumário

Sabe-se, também, que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a transferência de sentenciado para unidade prisional não se afigura "*direito subjetivo, ficando a análise da concessão do benefício condicionada à verificação da conveniência e oportunidade, a cargo do Juízo da Execução, que observará se a mudança é adequada para o prosseguimento da execução da pena aplicada*" (AgRg no HC nº 419.663/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, j. em 02/08/2018, DJe 09/08/2018).

Com efeito, ainda que se reconheça ser direito do preso receber assistência familiar e social durante o cumprimento de sua reprimenda, com a possibilidade

de receber de visitas de seus parentes e amigos (artigo 41, X, da Lei de Execução Penal), tal não se configura direito subjetivo do sentenciado, cabendo aferir-se de maneira segura se o acolhimento do pleito atenderá também ao interesse público.

In casu, a Juíza de Direito expôs fundamentadamente os motivos pelos quais indeferiu a postulação (fls. 20/21) da qual se destaca os seguintes trechos:

"a condenação é decorrente do tráfico de elevada quantidade de entorpecentes (6 toneladas, 505 quilos e 60 gramas de maconha)...

..., é sabido que as regras impostas pelo d. juízo daquela comarca para o cumprimento de pena no regime intermediário diferem das fixadas na unidade prisional em que se encontra o sentenciado, e impostas por este juízo, sendo sabido que o condenado em cumprimento de pena em regime semiaberto costuma permanecer na própria residência, com recolhimento noturno, como se tratasse de regime aberto". , não sendo caso de alteração do que restou decidido.

Como também observado pela decisão agravada, a transferência dos apenados para Estados diferentes da Federação não se mostra conveniente, trazendo indesejáveis ônus ao Poder Público além de risco à segurança pública.

Outrossim, a alegação de que os custos com a transferência poderiam ser suportados pelos próprios apenados revela-se descabida.

Ora, o deferimento do pedido sob essa justificativa poderia, até mesmo, constituir-se em afronta ao princípio da isonomia já que o preso com melhores condições financeiras seria beneficiado em detrimento daquele que, sem recursos para bancar as despesas de eventual transferência, teria seu pedido negado.

Nada há, portanto, a ser alterado.

Nessas circunstâncias, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso interposto por Ronildo de Lima Brum, mantida a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0001901-87.2018.8.26.0158, da Comarca de Santos, em que é agravante GUILHERME DO AMARAL SILVEIRA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.319)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), CAMILO LÉLLIS e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

IVAN SARTORI, Relator

Ementa: Agravo em execução – Pleito de concessão de prisão domiciliar ou de trabalho externo – Indeferimento – Decisão que se sustenta – Custodiado que não preenche o requisito dos arts. 117, II, e 37, ambos da LEP – Regime atual (semiaberto) incompatível com a prisão domiciliar, ademais – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo em execução interposto de decisão do MM. Juízo da Unidade Regional do Departamento Estadual de Execuções Criminais - DEECRIM 7ª RAJ, que indeferiu pedidos de prisão domiciliar e trabalho externo.

Assevera o agravante que preenche os requisitos necessários à concessão das benesses. Diz que é portador de "neoplasia maligna dos testículos - (CID 10)" e, no dia 31.01.2011, foi submetido a "laparotomia exploradora". Posteriormente, sofreu outras intervenções cirúrgicas. A despeito da gravidade da doença, está inserido no mercado de trabalho na função de vendedor, pois, no momento, faz tratamento ambulatorial e, com frequência, passa por exames médicos. Busca a concessão da prisão domiciliar ou, subsidiariamente, a possibilidade do exercício de trabalho externo (fls. 01/16).

Processou-se o recurso regularmente, advindo contrariedade e sustentação (fls. 218/20 e 223).

Acesso ao Sumário

A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Doutora Yara Lúcia Marino, é pelo desprovimento (fls. 365/7).

É o relatório.

Não merece guarida o reclamo, pese o zelo de seu subscritor.

O sentenciado cumpre pena de 05 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática de tráfico de entorpecentes. Preso em flagrante aos 18.06.2011, obteve, em 22.07.2011, o benefício da liberdade provisória. Após o trânsito em julgado, expediu-se mandado de prisão para cumprimento da pena, tendo sido ele detido aos 26.01.2018. O TCP está previsto para 19.01.2023 (fls. 147/8).

De fato, o art. 117, II, da LEP, permite a concessão de prisão domiciliar a condenados que preencham os requisitos ali previstos.

Ocorre que, esse não é o caso dos autos, pois, segundo bem externou a douta magistrada: *"(...) os documentos carreados nos autos comprovam que o executado passou por cirurgias e tratamento quimioterápico, obteve alta da última cirurgia em 14/12/2017 e, no momento, encontra-se em seguimento ambulatorial no ICESP - Instituto do Câncer do Estado de São Paulo para acompanhamento clínico. Solicitado pelo juízo, vieram informações da Diretoria de Saúde da Unidade Prisional informando que o executado 'no momento se encontra consciente, orientado, deambulando, sinais vitais dentro do limite da normalidade, em atividades laborterápicas'. Informou, ainda, 'o mesmo vem recebendo acompanhamento ambulatorial neste Estabelecimento Prisional, e segue em tratamento no Instituto do Câncer de São Paulo, tendo comparecido no referido Hospital nas seguintes datas: 29/03/2018; 17/04/2018; 24/04/2018; 24/07/2018; 31/07/2018"* (fls. 207/8).

Nesse contexto, ausente comprovação de que a moléstia da qual padece não pode ser tratada no cárcere ou, ainda, que não vem sendo ele tratado de forma adequada, as argumentações elencadas pelo agravante não justificam a concessão do benefício, sendo certo, ainda, que ele já era portador da doença quando cometeu o delito.

Além do mais, para a concessão da benesse almejada, necessário estar o sentenciado cumprindo pena em regime aberto (art. 117 da LEP), o que não ocorre, como visto.

No respeitante, o entendimento da Instância Especial:

"(...) O deferimento da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos do art. 318 do Código de Processo Penal, depende da comprovação inequívoca de que o réu esteja extremamente debilitado, por motivo de grave doença aliada à impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra (HC 458.827/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018), o que não ocorre na espécie. Além disso, a medida não se mostra adequada, uma vez que o crime que originou a presente prisão preventiva ocorreu no período em que o recorrente se encontrava em prisão domiciliar." (RHC nº 97772-RS, rel. Min Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 23.10.2018);

"(...) Esta Corte Superior assentou o entendimento de que, excepcionalmente, pode-se conceder ao preso provisório o benefício da prisão domiciliar quando demonstrado que o recluso é portador de doença grave, bem como a impossibilidade de se prestar a devida assistência médica no estabelecimento penal em que se encontra

Acesso ao Sumário

recolhido. 4. Na espécie, não há elementos nos autos que indiquem que o tratamento de saúde oferecido no estabelecimento prisional ao Paciente é ineficiente e inadequado, tendo a Corte de origem ressaltado que já foram adotadas providências para submissão do Paciente a tratamento médico adequado dentro do sistema penitenciário. 5. Demonstrada pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão." (HC nº 470.246/SP, Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 18.10.2018).

Citem-se, ainda, precedentes desta Corte:

"(...) Assim, como bem apontado pelo MM. Juízo a quo, verifica-se que a Defesa não indicou que o estabelecimento prisional não tivesse a possibilidade de prestar a assistência necessária ao Paciente, o que impede a decretação da prisão domiciliar. Além disso, anoto que o ilustre Magistrado ainda ordenou fosse oficiada a Unidade Prisional, para que esta providencie os cuidados necessários ao Paciente. Nada demonstra, portanto, que o Paciente esteja sofrendo constrangimento ilegal." (Habeas Corpus nº 2207415-89.2018.8.26.0000, Rel. Des. Ely Amioka, 8ª Câmara de Direito Criminal, j. 01.11.2018);

"(...) Assim, pelo que se infere dos autos, o direito de assistência à saúde do paciente tem sido atendido, a teor do que dispõe o artigo 14, §2º, da Lei de Execução Penal, não tendo sido demonstrada a necessidade de que o tratamento de saúde seja feito fora do ambiente carcerário. (...) A par disso, é certo que as normativas legais invocadas pelo impetrante não se amoldam à situação do paciente. O artigo 318, inciso II, do Código de Processo Penal, prevê a possibilidade de concessão de prisão domiciliar ao agente preso cautelarmente que estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave, o que não é o caso do paciente, já condenado com decisão transitada em julgado. De outra banda, o artigo 117, inciso II, da Lei de Execução Penal, admite o recolhimento em residência particular ao condenado acometido de doença grave que esteja no regime aberto, sendo certo que o paciente ainda se encontra no regime semiaberto." (HC 2178084-62.2018.8.26.0000, Rel. Des. Leme Garcia, 16ª Câmara de Direito Criminal, j. 23.10.2018).

Também não há como deferir o pleito subsidiário de trabalho externo, eis que até a presente data o sentenciado não cumpriu 1/6 da pena (fl. 147), como exige o art. 37 "caput" da LEP.

Ademais, como bem ponderado pela douta sentenciante, com base em informe da própria defesa: "(...) *o executado ainda não convalesceu da patologia, esse deslocamento para outro município, obedecendo aos horários*

Acesso ao Sumário

determinados, atrapalharia sobremaneira a convalescença do executado. Portanto, melhor solução é convalescer na própria Unidade Prisional que dispõe de enfermaria e profissionais da área de saúde, onde vem recebendo os cuidados necessários" (fls. 208).

Assim, estando a decisão hostilizada em conformidade com as peculiaridades da execução criminal, não merece acolhida a insurgência.

Nega-se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 0015502-26.2018.8.26.0041, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MATHEUS ALBUQUERQUE BARROS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso para promover o sentenciado ao regime prisional semiaberto e, em relação ao benefício de livramento condicional, seja observado o disposto no art. 44, par. único da Lei n. 11.343/06 e art. 83, V do Cód. Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 41.679)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 31 de janeiro de 2019.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: Agravo em Execução Penal – Pleito de concessão de progressão ao regime prisional semiaberto – O delito de tráfico de estupefacientes tem caráter hediondo, salvo quando a r. sentença reconhece a presença da causa de diminuição estampada no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 – Entendimento adotado pelo Col. Supremo Tribunal Federal e E. Superior Tribunal de Justiça – Progressão de regime que é regulada pela Lei n. 7.210/84 – Impossibilidade, contudo, de afastamento das normas relativas ao livramento condicional – Lei n. 11.343/06 que prevê, em seu art. 44, par. único, a fração de 2/3 (dois terços) para a concessão da benesse, reforçado pelo disposto

Acesso ao Sumário

no art. 83, V do Cód. Penal – Reforma da r. decisão – Preenchimento dos pressupostos para fins de promoção de regime – Necessidade de observância da regra especial apenas no tocante ao requisito objetivo para fins de livramento condicional – Agravo provido.

VOTO

Relatório

Cuida-se de agravo em execução penal interposto contra a r. decisão de fls. 57/59, que indeferiu pleito de promoção ao regime prisional semiaberto, sob o fundamento de que não se encontra preenchido o pressuposto de ordem objetiva.

Irresignado, porém, recorre o sentenciado para, em resumo, alegar que o delito de tráfico de estupefacientes, na forma privilegiada, seria considerado como crime de natureza comum, aplicável, portanto, a fração de 1/6 (um sexto) para progressão de regime.

Requer, nestes termos, a concessão da progressão ao regime prisional semiaberto (fls. 1/7).

Nos autos estão a resposta do agravado (fls. 12/13), o despacho que confirmou a r. decisão (fl. 14) e o r. parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça, opinando pelo desprovimento (fls. 65/67).

É o relatório.

Voto n. 41.679

Respeitosamente, dou provimento ao recurso para conceder a progressão de regime ao sentenciado, fixando, contudo, a necessidade de observância da regra especial prevista na Lei de Tóxicos e no Cód. penal para fins de livramento condicional.

Justifico.

O agravante fora condenado ao cumprimento de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no disposto pelo art. 33, *caput* da Lei n. 11.373/06, com incidência da causa de diminuição prevista no

§4º do referido artigo (fls. 50/51).

Agora não há mais espaço para discussão do cabimento da causa de diminuição de pena prevista pelo §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, destacando-se, apenas, que as quantidades referidas pela denúncia ministerial, numa primeira vista, seriam suficientes para afastar a incidência da minorante, confira-se com a leitura de fls. 17/20.

Destarte, esta E. 9ª Câm. de Direito Criminal, em homenagem ao disposto

Acesso ao Sumário

no art. 926, caput do Cód. de Processo Civil, combinado com art. 2º da Lei n. 7.210/84 e art. 3º, parte final, do Cód. de Processo Penal, alinhou o seu entendimento àquele prevalente perante o Col. Supremo Tribunal Federal e E. Superior Tribunal de Justiça para reconhecer a natureza comum do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, praticado na modalidade privilegiada – art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006.

Com efeito, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 118.533, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, J. 23.6.2016, o Col. Supremo Tribunal Federal firmou entendimento segundo o qual o art. 5°, XLIII, da Const. da República estabelece que "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem" (*verbis*).

Na qualidade de seu intérprete máximo, o Col. Pretório Excelso determinou que a exegese conforme a Constituição do art. 2º, da Lei de Crimes Hediondos e arts. 33 e 44, da Lei n. 11.343/2006, para se reconhecer que apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, *caput*, e §1º deste último Diploma Legal seriam equiparadas aos crimes hediondos.

Nas hipóteses que versem sobre a prática de tais crimes na forma do art. 33, §4º da Lei

n. 11.343/2006, tem-se que, por decisão de política criminal, "tais [delitos] devem receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recai o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. As circunstâncias legais do privilégio demonstram claramente o menor juízo de reprovação e, em consequência, de punição de tais pessoas. Não se pode, então, chancelar-se a tais condutas a nódoa da hediondez, por exemplo" (*Habeas Corpus* nº 118.533, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, J. 23.6.2016).

Ainda, cf. lições de Eugênio Pacelli citadas pelo próprio Col. Supremo Tribunal Federal, no bojo do *writ* acima mencionado: "A própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda, pois não se pode ter por repulsivo, ignóbil, pavoroso, sórdido e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente" (*verbis*).

Por sua vez, o E. Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de intérprete máximo da Legislação Federal, readequou seu entendimento para conferir aos dispositivos legais em comento interpretação conforme o programa normativo da Constituição, nos moldes do declarado pelo Col. Supremo Tribunal Federal.

Em julgamento à Pet 11.796/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, J. 23.11.2016, DJe 29.11.2016, restou superada a tese anteriormente fixada quando do julgamento do Tema n. 600, (REsp 1.329.088/RS, rel. Min.

Acesso ao Sumário

Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, J. 13.3.2013, DJe 26.4.2013) e, com isso, cancelado o verbete n. 512, daquela mesma E. Corte Superior, que expressamente reconhecia a natureza hedionda do tráfico ilícito de entorpecentes, praticado na forma privilegiada.

Com a superação da tese fixada em regime de repercussão geral – *overruling* –, o E. Superior Tribunal de Justiça expressamente acolheu a "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" (*verbis*).

E diante das modificações operadas pela Corte Suprema e pela Superior, esta E. 9ª Câm. de Direito Criminal passou a perfilhar de idêntica orientação.

Posto isso, tem-se que à execução das penas impostas em relação à pratica do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, na forma privilegiada, são aplicáveis os seguintes requisitos objetivo-temporais:

(**i**) 1/6 (um sexto) para fins de progressão de regime, na forma do art. 112, da Lei n. 7.21084; e

(**ii**) 2/3 para fins de livramento condicional.

Especificamente em relação a este último benefício, há que se ponderar que, nos termos do art. 83, do Cód. Penal:

"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" (*verbis* – negrito deste subscritor).

Da literalidade do dispositivo legal em comento, tem-se por incabível a concessão do benefício de livramento condicional em relação às penas inferiores a dois anos, dentre outras hipóteses, além da inadmissibilidade da desconsideração do seu inciso V, nas hipóteses de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, pois ainda se encontra em vigor o par. único do art. 44 deste último ato normativo.

Acesso ao Sumário

Os precedentes do intérprete máximo da legislação federal confirmam a vigência e plena aplicabilidade do disposto no art. 83, *caput* do Código Penal:

"*HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – PENA INFERIOR A DOIS ANOS – IMPOSSIBILIDADE – *WRIT* DENEGADO. 1 - Conforme determina o *caput* do artigo 83, do Código Penal, o livramento condicional é admitido para condenados a pena superior a dois anos de reclusão. 2 - *Writ* denegado" (HC 120.733/RS, rel. Min. Celso Limongi, 6ª T., J. 10.2.2009, DJe 2.3.2009).

E, com relação à expressa vedação da Lei Especial, não se olvide que,

para aferição do requisito objetivo à sua concessão, deve ser considerada a fração de pena expressamente prevista, de 2/3 (dois terços), independentemente de se ponderar sobre a manutenção, ou não, de seu caráter hediondo.

Nesse sentido, precedente relativo à análise do requisito objetivo quanto ao crime de associação para o tráfico, em que não se considera seu caráter hediondo, mas somente o *quantum* de pena cumprido, confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LAPSO PARA OBTENÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. 2/3. CONDIÇÃO OBJETIVA QUE INDEPENDE DA HEDIONDEZ, OU NÃO, DO DELITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006. 1. Para o crime de associação para o tráfico, há expressa previsão legal da aplicação da fração para o livramento condicional em 2/3. Não se trata de atribuir ou não caráter hediondo ao delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, mas sim de se aplicar o parágrafo único do art. 44 do citado dispositivo legal. 2. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 3. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.484.138/MS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., J. 2.6.2015).

Feitas estas considerações, temos que na hipótese em tela se mostra cabível a promoção de regime ao ora recorrente.

Senão, vejamos.

O atestado de conduta carcerária juntado aos autos demonstra que o reeducando ostentava bom comportamento carcerário durante o resgate da expiação (fl. 48).

Não há qualquer infração disciplinar anotada em seu Boletim Informativo (fl. 51).

Verifica-se, portanto, que presentes estão os pressupostos subjetivo (mérito) e o objetivo (cumprido em 14.6.2018 – fl. 50).

Em suma, de rigor a reforma parcial da r. deliberação para que seja o reeducando promovido ao regime prisional semiaberto, observando-se, contudo, para fins de livramento condicional a regra especial prevista na Lei de Tóxicos e no art. 83, V do Cód. Penal.

Ante o exposto, nos termos do voto, dou provimento em parte ao recurso para promover o sentenciado ao regime prisional semiaberto e, em relação ao benefício de livramento condicional, seja observado o disposto no art. 44, par. único da Lei n. 11.343/06 e art. 83, V do Cód. Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 7007015-80.2018.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante THIAGO HENRIQUE MOREIRA, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao agravo, para conceder ao reeducando a remição pela leitura e feitura de resenha, determinando-se ao MM. Juízo das Execuções Criminais que proceda ao cálculo do número de dias a que faz jus o sentenciado, de acordo com os documentos comprobatórios de tal atividade. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.344)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: Agravo em Execução – Recurso defensivo visando a reforma da decisão que indeferiu pedido de remição de penas pela leitura, por ausência de previsão legal – ADMISSIBILIDADE – A remição de penas pela leitura tem por escopo a ressocialização do reeducando – Artigos 1º, 28 e 126 da LEP, e art. 205 da Constituição Federal.

Agravo provido.

VOTO

Vistos.

1. Trata-se de recurso de agravo de execução, interposto pela defesa de Thiago Henrique Moreira, contra a decisão de fls. 08 que, nos autos da execução penal nº 927.582, indeferiu pedido de remição de pena pela leitura, por ausência de previsão legal.

Pretende-se, com a presente interposição, a reforma da decisão agravada, sustentando que a remição pela leitura passou a ser estimulada em nível nacional a partir da edição da Recomendação 44/2013 do CNJ, que traz expressamente como fundamentos legais os artigos 126 a 129 da Lei de Execução Penal. Enfatiza que a reinserção social é o objetivo maior do projeto de remição pela leitura, encontrando suporte jurídico-legal no artigo 1º da LEP e artigo 205 da

Acesso ao Sumário

Constituição Federal. Requer seja dado provimento ao agravo, a fim de que seja reconhecida a legalidade da remição pela leitura, nos moldes supracitados (fls. 17/18 e versos).

Houve apresentação de contraminuta (fls. 20/26), a decisão foi mantida em primeira instância (fls. 27) e a douta Procuradoria de Justiça proferiu parecer no sentido do desprovimento agravo (fls. 33/36).

É o relatório.

O agravante requereu a remição de pena pela leitura, com base no artigo 126 da LEP, e Portaria Conjunta nº 276/12 do DEPEN.

O sentenciado teve indeferida a benesse, por falta de amparo legal, mediante decisão proferida em 19/10/2018, sob o argumento de que a leitura de obra literária não é estudo, mas atividade recreativa que não enseja a remição de penas (fls. 08).

O recurso comporta provimento.

De acordo com o disposto no artigo 28 da LEP: "*O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva*."

Por seu turno, o artigo 126 do mesmo diploma legal dispõe que: "*O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena*".

Dessa forma, o conceito de trabalho na Lei de Execução Penal não deve ficar restrito somente às atividades físicas, deve também ser estendido às atividades que demandam esforço intelectual, pois o estudo pode desenvolver papel idêntico ao do labor, proporcionando a ressocialização do condenado, inclusive, para proporcionar forma mais harmônica à sua reintegração social e também galgar melhores oportunidades no mercado de trabalho, de acordo com o objetivo primordial estabelecido na Lei de Execução Penal.

Embora respeitando o entendimento do douto magistrado *a quo*, a leitura não deixa de ser uma atividade intelectual implícita no conceito de estudo, em consonância com o artigo 126 da LEP, o que torna possível a remição de pena por estudo através da leitura.

Embora o artigo 126 da Lei de Execução Penal não traga explicitamente a leitura em seu bojo, entendo que esta é muito mais benéfica, útil e eficiente na recuperação do sentenciado, que a faxina, serviços de cozinha, ou o próprio artesanato, posto que a leitura evolui na faculdade mental do reeducando, mostrando-lhe o valor da vida digna e honesta, e, desta feita, o afasta da vereda delinquencial.

A atividade intelectual representada pelo estudo/leitura propicia um instrumento para uma vida correta e digna fora das unidades prisionais, de

Acesso ao Sumário

modo que, apesar da inexistência de disposição expressa nesse sentido é cabível a analogia *'in bonam partem'* para considerá-lo como forma de remição, não havendo se falar em violação ao princípio da legalidade.

A remição por leitura também encontra suporte jurídico- legal no artigo 1º da LEP: "*A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado",* e na própria Constituição Federal, que em seu artigo 205, ao dispor que*: "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*".

Cumpre destacar que o incentivo aos reeducandos pelo trabalho intelectual, com permissão através dele de resgatar a pena a cumprir, contribui para a preparação dos mesmos para futuras profissões, além do que a leitura pode propiciar-lhes uma personalidade mais apta a interagir junto à sociedade.

A Súmula 341 do Colendo Superior Tribunal de Justiça expressamente dispôs o seguinte: "*A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto*".

Nesse sentido.

"*Quando um condenado tenta se afastar da forma comum do comportamento carcerário, consistente na absorção da prisonização,* ***ociosidade perniciosa****, marginalização etc., e* ***busca, assim, o caminho da leitura como uma possibilidade de aprendizagem e ampliação do conhecimento, essa atitude deve ser valorizada****, como o fez a respeitável decisão agravada. Isso porque indica que o sentenciado aderiu e participou desse meio capaz de influenciar beneficamente o seu retorno à sociedade, com alguma chance de mudança, em razão dos notórios efeitos positivos proporcionados pela leitura*." (TJSP, AgEx nº 0070741-80.2014.8.26.0000, rel. Des. Márcio Bartoli, 1ª Câmara Criminal, j. 26.01.2015).

Dando interpretação extensiva ao art. 126 da LEP, o C. STJ firmou entendimento no sentido de ser viável a concessão da remição por atividades não expressas na lei, dentre as quais a leitura, com a finalidade de readaptação e ressocialização do preso, além de incentivar o bom comportamento e a disciplina.

Nesse sentido, confira-se:

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REMIÇÃO DA PENA PELA LEITURA. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 2. Firmou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento no sentido de ser viável a concessão da remição por atividades não expressas na lei, dentre as quais a leitura, diante de uma interpretação

Acesso ao Sumário

extensiva in bonam partem do artigo 126 da Lei de Execução Penal. 3. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para reconhecer a legalidade da remição pela leitura, com determinação, em consequência, no sentido de que o Juízo das Execuções Criminais conceda ao paciente a referida benesse, promovendo o cálculo do número de dias a que faz jus o reeducando de acordo com os documentos comprobatórios de tal atividade" (HC n. 400.999/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º/08/2017).

Ainda.

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. EXECUÇÃO PENAL. (1) REMIÇÃO DA PENA PELA LEITURA. ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. TELEOLOGIA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA IN BONAM PARTEM. PRECEDENTES. (2) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A finalidade do instituto da remição, ao abreviar a pena, é incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social e, portanto, o art. 126 da LEP admite interpretação extensiva in bonam partem, permitindo-se a remição pela leitura. 2. Writ não conhecido. Ordem expedida de ofício, para restabelecer a decisão do juízo singular (execução n.º 815/14)." (HC 326.499/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/08/2015).

Em consonância com a jurisprudência mencionada e no intuito de dar maior efetividade à Lei de Execução Penal, incentivando-se o processo ressocializador, viável, portanto, a aplicação do dispositivo legal supramencionado *in casu*, considerando-se que a atividade intelectual de leitura está abarcada no vocábulo estudo.

De outro lado, o termo *estudo* constante da norma legal também abarca, em tese, atividades que podem ser desenvolvidas pelos não alfabetizados, tais como cursos de alfabetização. Ou seja, em tese, cada reeducando tem o direito de empreender atividades intelectuais compatíveis com seu nível de instrução, não ocorrendo, nesse ponto, nenhuma discriminação, não se olvidando que a remição pela leitura poderá estimulá-los à alfabetização.

Por fim, a Portaria Conjunta nº 276, de 20 de junho de 2012, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal e do Departamento Penitenciário Nacional, instituiu e regulamentou, no âmbito das penitenciárias federais, o projeto *Remição pela Leitura*, reforçando- se a legalidade e constitucionalidade da medida.

Nesse passo, este Egrégio Tribunal de Justiça, por intermédio da Corregedoria Geral da Justiça também instituiu a remição pela leitura.

De acordo com os documentos apresentados pelos juízes assessores da CGJ, após a mudança do artigo 126 da LEP, a remição de pena, que antes era possível somente pelo trabalho, possa ser adotada também pelo estudo, pois:

Acesso ao Sumário

"*ganhou corpo o fomento à leitura como atividade de estudo, dada a sua capacidade de formação e transformação sociais da pessoa. É pela leitura que o indivíduo apreende e compreende as ideias alheias, o que lhe permite fazer uma análise mais crítica de seus próprios pontos de vista, conscientizando-se de seus deveres e direitos. A proposta demonstra a crença do Poder Judiciário pela leitura, como método factível para o alcance da reinserção social dos presos, preconizando um sistema orientado a promover, estimular e reconhecer os avanços e progressões dos sentenciados, contribuindo, destarte, para a restauração de sua autoestima, na perspectiva da harmônica reintegração à vida em sociedade, objetivo principal da execução de pena*". (Endereço eletrônico constante do texto original).

Sobre a matéria em voga, oportuna a Recomendação nº 44, de 26/11/2013, do Conselho Nacional de Justiça, a todos os Tribunais, dispondo sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para a admissão pela leitura.

Por fim, nos moldes da Portaria nº 02/2016, instituída pelo DEECRIM - 5ª RAJ da Comarca de Presidente Prudente, em consonância com a Portaria Conjunta nº 276/2012 da CGJ da Justiça Federal e do DEPEN, a contagem de tempo para fins de remição pela leitura será feita à razão de 4 dias de pena para cada 30 dias de leitura.

De acordo com o ofício acostado às fls. 03, o agravante procedeu à leitura da obra "Extraordinário" de R. J. Palácio e apresentou a respectiva resenha, contando com parecer favorável à concessão da remição de pena.

Diante desse quadro, deve ser considerado, para fins de remição, o tempo de leitura cumprido pelo reeducando.

Pelo exposto, dá-se provimento ao agravo, para conceder ao reeducando a remição pela leitura e feitura de resenha, determinando-se ao MM. Juízo das Execuções Criminais que proceda ao cálculo do número de dias a que faz jus o sentenciado, de acordo com os documentos comprobatórios de tal atividade.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 9002638-67.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARCO ANTONIO PEDROSO, 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: "Diante de todo o exposto, exercendo o

juízo de retratação, nos termos do art. 1.030, inciso II, do CPC, MANTIVERAM o v. acórdão de fls. 71/74. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.891)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e ALCIDES MALOSSI JUNIOR.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2019.

SÉRGIO RIBAS, Presidente e Relator

Ementa: Agravo em execução – Interposição de Recurso Especial pela Defesa – Artigo 1030, alínea "b", inciso II, do Código de Processo Civil – Juízo de retratação – Defesa que postulou o livramento condicional – Alegada negativa de vigência às súmulas 441 e 449, do E. STJ – Inadmissibilidade – Em que pese à existência de entendimento contrário do C. STJ, já que se está adotando posicionamento do Pretório Excelso, fica mantido V. acórdão que negou provimento ao agravo – Enunciado que não possui efeito vinculante – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório do V. Acórdão de fls. 71/77, acrescenta-se que esta C. 8ª Câmara Criminal, por votação unânime, em julgamento ocorrido em 27 de setembro de 2018, negou provimento ao recurso interposto pela Defesa de Marco Antonio Pedroso, que tinha por finalidade a concessão do livramento condicional.

Irresignada, a ilustre Defesa, invocando o artigo 105 inciso III alíneas "a e "c" da Constituição Federal, interpôs recurso especial, objetivando, em síntese, seja cassado o Ven. Acórdão ora hostilizado, a fim de que se dê provimento ao recurso de agravo, concedendo- se, por conseguinte, o almejado livramento condicional (fls. 78/83).

O recurso foi contrariado pelo Ministério Público (fls. 131/138).

A E. Presidência da Seção Criminal deste E. Tribunal de Justiça, em cumprimento ao disposto no artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, encaminhou os autos a esta Turma Julgadora, em face do decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial repetitivo nº 1.364.192/RS (tema 709) que firmou a tese de que em se tratando de livramento condicional,

Acesso ao Sumário

não ocorre a interrupção do prazo pela prática de falta grave (140/141).

Desse modo determinou o retorno dos autos à Turma Julgadora, nos termos do artigo 1030, alínea "b", inciso II, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

A corrente jurisprudencial contemporânea do E. Superior Tribunal de Justiça reputa que, em se tratando de livramento condicional, não ocorre a interrupção do prazo pela prática de falta grave.

Entretanto, não obstante o entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, entendo que a prática de falta disciplinar de natureza grave, tem o condão de interromper o prazo para fins de benefícios.

Na espécie, o agravante praticou falta grave no dia 28/07/2015, consistente na posse de substância entorpecente (fls. 26), não resgatando, portanto, o lapso de ½ (metade) da pena que lhe foi imposta a contar da falta disciplinar acima aludida, como salientado na decisão ora guerreada.

Não se desconhece a existência de corrente jurisprudencial em sentido contrário. Registre-se, ainda, a Súmula nº 441 do C. STJ.

Porém, evidente que tal enunciado não possui efeito vinculante e sequer reflete a melhor solução, porque aquele que cometeu falta grave não pode receber o mesmo tratamento de quem efetivamente respeitou as regras de disciplina inerentes ao cárcere.

Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"Livramento Condicional – Falta Grave na Execução da Pena – Artigo 83, inciso III, do Código Penal. Ante a exigência de ter-se comportamento satisfatório durante a execução da pena para chegar-se ao livramento condicional – inciso III do artigo 83 do Código Penal –, ocorre como consequência do cometimento de falta grave nova contagem do período de cumprimento da pena previsto no citado artigo". (STF – Habeas Corpus nº 100.062 – São Paulo Relator: Ministro Marco Aurélio – Primeira Turma – Julgamento: 20/04/2010 – DJE nº 81 – Publicação: 07/05/2010).

"É entendimento reiterado desta Corte que o cometimento de falta grave durante o cumprimento de pena privativa de liberdade implica a perda dos dias remidos e a necessidade de reinício da contagem do prazo para obtenção de benefícios executórios, sem que isso signifique violação a qualquer direito adquirido ou garantia constitucional Ordem denegada". (HC n.° 94667, Rei. Min. Joaquim Barbosa, 2.a Turma, j. em 28.09.2010).

Na mesma toada, o posicionamento desta Colenda Câmara Criminal:

"Agravo em execução Decisão que reconheceu a prática de falta disciplinar de natureza grave e determinou a elaboração de novo cálculo de pena para fins de benefícios, com interrupção dos lapsos temporais tão somente

para os benefícios da progressão de regime e livramento condicional Recurso defensivo buscando o afastamento da interrupção dos lapsos temporais para todos os benefícios conhecimento parcial falta de interesse recursal no tocante aos benefícios de indulto e comutação. Possibilidade de interrupção do prazo para a concessão de progressão de regime e livramento condicional Inteligência da Súmula nº 535 do C. STJ Inexistência de distinção essencial entre os benefícios da progressão de regime e de livramento condicional Precedentes desta C. Câmara, de acordo com entendimento do C. STF Súmula nº 441, do C. do STJ que não é vinculante Prequestionamento Desnecessidade de menção expressa aos textos da lei em que se baseia o v. Acórdão Prequestionamento implícito Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido" (TJSP – Relatora Ely Amioka – 8ª Câmara Criminal – Agravo em execução nº 0009032-40.2016.8.26.0496 – j. 22/06/2017).

Assim, a r. decisão agravada deve ser mantida, em que pese a existência de entendimento contrário do C. STJ, já que se está adotando posicionamento do Pretório Excelso.

Diante de todo o exposto, exercendo o juízo de retratação, nos termos do art. 1.030, inciso II, do CPC, mantém-se o v. acórdão de fls. 71/74.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2274256-66.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante H. Z., é agravado C. 3 C. DE D. C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: NÃO CONHECERAM do agravo regimental. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.093)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) e TOLOZA NETO.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2019.

ÁLVARO CASTELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* – INDEFERIMENTO DE LIMINAR – CONHECIMENTO – IMPOSSIBILIDADE: Segundo remansosa jurisprudência, não cabe oposição de agravo regimental contra decisão que denega liminar em sede de *habeas corpus*.

VOTO

A advogada Ellen C. S. Dias da Silva opõe o presente agravo regimental em favor de H.Z., inconformada com a decisão monocrática de fls. 180/181, proferida em sede de plantão, que indeferiu a liminar em *habeas corpus* na qual pleiteava a revogação da prisão preventiva, com expedição de alvará de soltura.

Sustenta a agravante estarem presentes, na espécie, os requisitos autorizadores da providência liminar.

Processado o recurso, a r. decisão atacada foi mantida.

É O RELATÓRIO.

Malgrado o inconformismo da combativa defensora, o presente agravo regimental não pode ser conhecido.

Embora exista possibilidade de retratação de decisão anterior, no presente caso percebe-se que as alegações não abalaram as razões da negativa de liminar que deve prevalecer.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

"(...) é assente na jurisprudência deste Tribunal Superior o entendimento no sentido de que não é cabível a interposição de agravo regimental contra decisão de Relator que fundamentalmente, indefere pleito de liminar. Não se verifica a excepcionalidade, a fim de justificar o cabimento do agravo interposto, quando a tutela de urgência não é concedida ante a ausência do fumus boni juris *e do* periculum in mora *necessários a seu deferimento"* **(AgRg. No HC. Nº 141.477, 5ª Turma. Rel. Min. JORGE MUSSI. DJ. 14/12/2009).**

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DESTA CORTE. 1. Conforme pacífico entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, não cabe agravo regimental contra decisão de deferimento ou indeferimento de liminar em habeas corpus *ou em recurso em* habeas corpus*. 2. Agravo regimental não conhecido"* **(STJ – Sexta Turma – AgRg no HC 295562/SP – Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – j. 18.06.2014 DJe 04.08.2014).**

O Regimento Interno deste Tribunal, no ponto relativo ao agravo regimental, regula a matéria de forma semelhante àquela adotada no Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual a fundamentação necessária ao não

Acesso ao Sumário

conhecimento do pedido pode ser acolhida sem restrições.

Neste sentido, este Tribunal já decidiu:

"Agravo Regimental – Inconformismo quanto ao despacho que denegou medida liminar pleiteada em habeas corpus *– Descabimento – Recurso não conhecido"* **(Agravo Regimental nº 990.08.18880205/50000, Rel. Des. Pedro Gagliardi).**

Indubitavelmente, busca a agravante reabrir discussão já analisada, sem trazer, entretanto, novidade suficiente para a modificação do decidido.

Ademais, como explicado na decisão que indeferiu a liminar, a concessão em sede de *habeas corpus* é medida excepcional e, não se tendo constatado ilegalidade a ponto de se adiantar o mérito do *writ*, fica mantida a denegação da antecipação pleiteada.

Deve prosseguir, portanto, o andamento normal do remédio heroico. Aguardem-se as informações solicitadas à autoridade apontada como coatora e a apresentação do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, quando, então, o *habeas corpus* será levado a julgamento.

Diante do exposto, NÃO SE CONHECE do agravo regimental.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000423-34.2010.8.26.0058, da Comarca de Agudos, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ELOISA MOREIRA DOS SANTOS.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso ministerial para condenar ELOÍSA MOREIRA DOS SANTOS, qualificada nos autos, como incursa no artigo 136, § 2°, do Código Penal, às penas de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto. Expeça-se mandado de prisão, na forma determinada no v. acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.521)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente sem voto), IVAN SARTORI e CAMILO

Acesso ao Sumário

LÉLLIS.

São Paulo, 11 de dezembro de 2018.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE MAUS TRATOS QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE – ACOLHIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – CURADORA QUE NÃO FORNECEU ALIMENTAÇÃO E CUIDADOS NECESSÁRIOS PARA A SUBSISTÊNCIA – LAUDO PERICIAL QUE ATESTOU A DESNUTRIÇÃO COMO CAUSA DO FALECIMENTO – TESTEMUNHO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS QUE CONFIRMA O ESTADO PRECÁRIO DE ABANDONO – CURATELADO QUE ERA MANTIDO ENCLAUSURADO EM UM PEQUENO QUARTO, DEITADO EM UM COLCHÃO NO PISO – EVENTUAL PARCELA DE CULPA DO PODER PÚBLICO E OMISSÃO DE OUTROS FAMILIARES QUE NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE DA APELADA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – REGIME SEMIABERTO – RECURSO PROVIDO.

VOTO

ELOÍSA MOREIRA DOS SANTOS foi absolvida pelo r. Juízo da 1ª Vara Judicial da Comarca de AGUDOS, *sentença da lavra do eminente Juiz de Direito Dr. Ricardo Venturini Brosco*, da imputação que lhe foi feita como incursa nas sanções do art. 136, § 2º, do Código Penal (fls. 187/).

A apelada foi processada porque expôs a perigo a vida de seu genitor.

Apela o douto representante Ministério Público, pleiteando a condenação da apelada nos exatos termos da denúncia (fls. 195/197).

Contrariado o recurso (fls. 202/206), a douta Procuradora de Justiça Dra. Maria Aparecida Melo dos Santos, opina pelo seu provimento (fls. 241/248).

É o relatório.

O recurso deve ser acolhido.

Em julho de 2008, o ofendido foi interditado, outorgando-se a curadoria para a sua esposa. Na petição inicial, a autora consignou expressamente que o

Acesso ao Sumário

interditado é totalmente dependente com cuidados de vestuário, alimentação e higiene. Além disso, ressaltou-se que a vítima recebia benefício previdenciário no importe de R$ 665,00 (seiscentos e sessenta reais).

A esposa do ofendido adoeceu e foi internada. Por esta razão, a filha do casal, ora apelada, peticionou aos autos da ação de interdição, requerendo para si o múnus de curadora, com olhos voltados ao recebimento do auxílio previdenciário.

Destarte, o eminente Magistrado acolheu os termos do solicitado, outorgando a curatela do ofendido para a apelada (fls. 19).

No entanto, em 01 de dezembro de 2009, sobreveio relato do Conselho Municipal do Idoso, consignando os termos da diligência realizada na residência do curatelado, ao averiguar uma denúncia de maus tratos de um incapaz. Confira-se: "*no dia 26 de novembro de 2009, retornamos na residência do Sr. Lazaro e nos deparamos com uma situação ainda pior. Permanecia no mesmo quarto, trancado por fora, deitado em um colchão no chão, todo molhado por urinar na roupa. (...) O idoso está atrofiado, não consegue mais se levantar, aparentemente apático e desnutrido*". Na oportunidade, os membros do Conselho sugeriram a internação do curatelado, em caso da impossibilidade de prestação de cuidados pela própria curadora, ora apelada.

Ouvida em solo policial, em 29 de abril de 2010, a acusada aduziu que em nenhum momento deixou de providenciar os cuidados de seu genitor, pontuando que busca a sua internação.

Em seguida, o Conselho Municipal do Idoso, às fls. 44, noticiou o falecimento do ofendido.

O Laudo Pericial de fls. 86 atestou que a vítima "*foi recepcionada no dia 03 de maio de 2010, às 12:28 horas. Observa-se que no referido atendimento de emergência a vítima não mantinha contato e a acompanhante referiu que a mesma era portadora da Doença de Alzheimer e Parkinson. A observação médica apontava para 'extremamente desnutrido', com pressão arterial inaudível, tendo sido medicado. Houve discreta melhora da pressão arterial durante o resto do dia, com reação a estímulos doloroso, sem outras anotações médicas, apenas constatando o óbito às 09:30 horas de 04 de maio de 2014*".

A perícia constatou que "*a vítima foi à óbito, segundo se depreende da ficha de atendimento, em razão de desnutrição, doença de Alzheimer e Parkinson*".

Confira-se o teor da prova oral colhida em Juízo:

A testemunha APARECIDA, integrante do Conselho Municipal do Idoso, aduziu que a primeira visita foi "bem difícil", pois o ofendido estava deitado em um colchão muito fino no chão.

Disse que a vítima ouviu a aproximação e começou a engatinhar na

Acesso ao Sumário

direção dos funcionários municipais. O quarto estava trancado com uma corda. Relatou que, na ocasião, questionou a curadora, ora apelada, o motivo pelo qual o incapaz estava em um colchão bem fino no chão, tendo sido respondido que o intuito era evitar quedas.

Pontou que a recorrida relatou que o ofendido era alimentado, mas que apresentava sinais de grave debilitação. Consignou que o local era extremamente insalubre. Asseverou que retornou ao local em visita posterior, encontrando o incapaz no mesmo colchão. Relatou o estado de abandono do curatelado, ressaltando que certamente não estava sendo bem cuidado. Salientou que o incapaz não poderia ser internado em asilo, pois, nada obstante a sua aparência, contava com 57 (cinquenta e sete) anos de idade. Por tal razão, os esforços do Conselho do Idoso se voltaram à pessoa da apelada e também do irmão mais novo. Em uma das visitas, a apelada nem sequer deixou o quarto em que estava com o seu namorado. Uma agente de saúde foi acionada pelo grave estado do ofendido.

A testemunha PRISCILA, presidente do Conselho do Idoso, também corroborou a situação de abandono do ofendido. Relatou que a vítima contava com 57 (cinquenta e sete) anos, mas que apresentava quadro tão grave que os servidores municipais decidiram continuar o encaminhamento.

Disse que o curatelado, pelo quadro clínico, talvez não se alimentasse por falta de vontade própria.

Consignou o forte cheiro de urina e que, em uma das visitas, o indivíduo estava com as roupas molhadas. Disse que a hipótese demandava maiores cuidados pelos familiares e que a vítima remanescia em situação precária. Relatou, contudo, que a apelada era responsável pelos cuidados do genitor, recebendo a sua aposentadoria.

Disse que o Conselho Municipal do Idoso se limitou a prosseguir com o encaminhamento médico, uma vez que o sujeito não era idoso e possuía uma filha curadora, responsável pelos seus cuidados. Assim, constatou-se que há tempos o curatelado não recebia a receita dos medicamentos que precisava ingerir, inclusive de uso controlado.

Acesso ao Sumário

A testemunha IVANILDE, arrolada pela Defesa, pontuou que costumava auxiliar, na ausência dos responsáveis, o ofendido com seus cuidados básicos, como alimentação e higiene. Consignou que via a apelada promover os cuidados do ofendido. Relatou a existência de escadas na residência. Disse que era comum o curatelado cair, antes de ficar acamado. Salientou que a apelada cuidava bem de seu genitor, na medida do possível, pois a situação da família era precária.

A testemunha DIOGO, conhecido da família e também arrolado pela Defesa, relatou que a situação não era degradante e que o ofendido era bem cuidado.

A testemunha MARIO, irmão da apelada e filho da vítima, também arrolado pela Defesa, relatou que a casa tinha muitos degraus e que era comum o ofendido cair. Disse que os banhos eram diários. Afirmou que foi preciso tirar a cama, pois o curatelado começou a cair e se machucar. Consignou era bem cuidado. Questionado pelo Parquet, sustentou desconhecer que o genitor morreu por desnutrição. Alegou que o pai era alimentado e tinha os cuidados médicos em dia.

A interrogada disse que não maltratou seu genitor, cuidando dele até a sua morte, nas condições financeiras em que isto era possível. Relatou que a cama foi retirada, em virtude das diversas quedas que o ofendido sofria. Disse que o pai era alimentado e medicado, mas que comia pouco. Relatou que o genitor sempre comeu pouco, mesmo antes de adoecer. Afirmou que recebeu duas visitas: uma do conselho do idoso e outra do serviço de saúde. Pontuou que os agentes de saúde disseram que internariam o ofendido, o que não foi feito. Disse que vivia com o pai e o irmão. Sustentou que o pai não vivia de forma degradante.

Neste cenário, a r. sentença absolveu a apelada, sob o argumento de que "*não restou demonstrado o nexo causal entre a causa da morte e a conduta da ré. A causa da morte não foi a desnutrição, mas sim as consequências das demais enfermidades. A desnutrição foi apenas um dos sintomas dos graves problemas de saúde enfrentados pela vítima. Além disso, ao que tudo indica, em razão das enfermidades, a vítima não se alimentava, não sendo possível afirmar que isso ocorria em razão da negligência da ré. As testemunhas de acusação confirmaram que a vítima não se alimentava. E não é só isso. A ré, desempregada, não teria realmente condições de apresentar melhores condições de moradia e se fosse o caso de condenação, não poderia ser a única responsabilizada, eis que a vítima tinha outros filhos. Finalmente, não foram tomadas providências para retirar a vítima do local e não foi cobrado dos demais membros da família o auxílio à vítima*".

Ora, respeitado o posicionamento exarado pelo eminente Magistrado, o caso vertente demanda a condenação, tal como almeja a acusação.

De início, frise-se que o Laudo Pericial de fls. 85/86 é explícito, ao concluir que a vítima foi a óbito, em razão de **desnutrição**, doença de Alzheimer e Parkinson.

Não há como questionar, portanto, que a desnutrição foi **uma das causas** da morte do ofendido. Logo, as enfermidades da vítima – desnutrição, Alzheimer e Parkinson – foram concausas do evento morte.

Colha-se o ensinamento do brilhante doutrinador CLEBER MASSON: "*concausa é a* ***convergência de uma causa externa à vontade do autor da conduta, influindo na produção do resultado naturalístico*** *por ele desejado e*

Acesso ao Sumário

posicionando-se paralelamente ao seu comportamento, comissivo ou omissivo. ***Causa dependente é a que emanada da conduta do agente, dela se origina, razão pela qual se insere no curso normal do desenvolvimento causal. Existe dependência entre os acontecimentos, pois sem o anterior não ocorreria o posterior.*** *Desse modo****, não exclui a relação de causalidade***" – Direito Penal, 2016, página 262.

No mais, a ré era responsável pela sadia alimentação do ofendido, pois a ela – e somente ela – competia o múnus da curatela. Frise-se que a recorrida era beneficiária do auxílio previdenciário a que fazia jus a vítima.

Pouco importa se o Poder Público ou outros familiares poderiam ter tomado providências para evitar a morte do ofendido.

A propósito, magistério do insuperável NELSON HUNGRIA: "*A opinião prevalente [...] é no sentido de que, em direito penal, diversamente do que ocorre no direito civil, as culpas recíprocas do ofensor e do ofendido não se extinguem quoad concurrentem quantitatem. Afora o caso singular das injúrias recíprocas, em que a lei admite, pelo fato da retorsão, como que uma renúncia à intervenção da justiça penal sem dano ao interesse social, não prevalece o princípio romanístico de que paria delicta mutua pensatione dissolvuntur. [...] Se os desatentos pudessem matar e estropiar-se impunemente, estaria implantada, na vida social, a lei da jungle. [...] Se na hipótese de concurso de duas pessoas na ação culposa contra um terceiro, ninguém duvida que ambos devem responder, por que há de ficar impune o ofensor, no caso de concorrência culpa do ofendido? Este é punido, muitas vezes, com a própria morte, e não se compreende a razão por que há de ficar a coberto de pena o ofensor, tão culpado quanto o ofendido. [...] O ofensor só se eximirá de punição quando a culpa tenha sido exclusiva do ofendido, porque, então, o evento lesivo foi, em relação àquele, uma mera infelicitas fati*" (*Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 5ª ed., 1979, vol. V, pp. 221-22).

Conforme a lição de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO: *"Em matéria penal, portanto, culpas recíprocas não se anulam, neutralizam ou cancelam. Inexiste compensação de culpas em sede penal em razão do predomínio do interesse público e estatal sobre o interesse individual ou particular (...) Por via de consequência, se o sujeito ativo, conduzindo seu automóvel com excesso de velocidade, atropela e mata a vítima que atravessava a rua de forma desatenta ou precipitada, indiscutível é que a conduta culposa concorrente da vítima não elide a do agente, que deve ser responsabilizado criminalmente pelo delito culposo"* (Direito Penal, Parte Geral, Doutrina e Jurisprudência. 4ª ed. São Paulo: Editora Método, 2008. Vol. 1. p. 475).

Quanto à correta tipificação do delito, tome- se a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI: *"privação da alimentação ou dos cuidados indispensáveis:*

privar significa destituir, desapossar, retirar. Por isso, espera-se que a vítima deste delito tenha direito à alimentação para que possa ser dela privada. No mesmo sentido, cuidados indispensáveis são aqueles necessários para o bom desenvolvimento de que está sendo educado, tratado ou custodiado por alguém. Tema a vítima direito de ser tratada com zelo e dedicação. Na interpretação dessas situações é preciso cautela e bom senso, pois somente o caso concreto irá delinear se a privação imposta – de alimentação ou de cuidados indispensáveis – colocou em perigo o ofendido. Um pai que deixe o filho desordeiro À mesa das refeições sem almoço ou jantar, para que possa emendar-se, estará privando o descendente de seu direito à alimentação, mas tal circunstância fará parte do exercício regular de direito, como meio de correção. Entretanto, caso aja dessa maneira reiteradas vezes, até debilitar a saúde do filho, estará incidindo no tipo penal. Por outro lado, em outro exemplo, a mãe que, para aplicar um corretivo ao filho mal-educado, porém doente, priva-o do remédio prescrito pelo médico, poderá, numa conduta, expor sua vida ou sua saúde a perigo. Não se exige, nessas situações, habitualidade, mas apenas a demonstração, na situação real, de que houve um perigo efetivo para a vítima. Por vezes, a privação de alimentação, para configurar o tipo penal, pode exigir certa habitualidade, noutras, não" – Código Penal Comentado, 2016, página 780.

Ressalte-se, ainda, que no crime de maus tratos, "*como crime de perigo, limita-se a consciência e vontade de expor a vítima a grave e iminente perigo, estando absolutamente excluído o dolo de dano, ou seja, eventual animus necandi ou animus laedendi caracterizará outro tipo penal e não este*" – Cezar Roberto Bitencourt, Código Penal Comentado, 2016, página 570.

Incide, pois, a narrativa fática ao delito em testilha, qualificado, vez que sobreveio o evento morte.

Passa-se a dosimetria penal, ora aplicada.

A expiação base parte de 04 (quatro) anos de reclusão.

O crime é de ação múltipla, contendo vários núcleos.

No caso, a ré além de privar o incapaz da alimentação adequada, também o deixou em situação degradante, por vezes encharcado em sua própria urina.

Assim, a reprimenda deve ser alteada, em 1/6 (um sexto), reputando-se desfavoráveis as circunstâncias judiciais, o que encerra 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Não há alterações nas etapas subsequentes, tornando-se definitiva a penitência no patamar precitado.

O montante da expiação é avesso à concessão de benefícios não segregativos.

O regime semiaberto é suficiente para o início do resgate da pena.

Acesso ao Sumário

A pena aplicada será cumprida após o esgotamento do julgamento de eventuais impugnações ordinárias nesta Câmara, sem a necessidade de esperar a certidão de trânsito em julgado ou aguardar recursos para Tribunais Superiores, na forma decidida pelo Pretório Excelso nas ações declaratórias nº 43 e 44, em 05 de outubro de 2016, consagrando uma orientação originária deste Colegiado (STF, HC nº 126292/SP), sem que tal ofenda ao princípio constitucional da presunção da inocência.

Tal decisão da Corte Maior, por sinal, ratificou v. acórdão desta Câmara, sufragando a orientação de que a manutenção da sentença penal pela Segunda Instância encerra a análise de fatos e de provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena, observada a Súmula Vinculante nº 56.

Diante do exposto, pelo meu voto, dá-se provimento ao recurso ministerial para condenar ELOÍSA MOREIRA DOS SANTOS, qualificada nos autos, como incursa no artigo 136, § 2°, do Código Penal, às penas de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto. Expeça-se mandado de prisão, na forma precitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000279-21.2015.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, em que são apelantes ALEX SANDRO APARECIDO FERNANDES DA SILVA, BRUNO DOS SANTOS LIMA e DANILO XAVIER PEREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "De ofício, DECLARARAM A NULIDADE DA R. SENTENÇA, determinando-se que outra seja proferida, desta vez, fixando o regime inicial de cumprimento das penas privativas de liberdade impostas aos acusados. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6.017)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALEX ZILENOVSKI (Presidente sem voto), KENARIK BOUJIKIAN e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 10 de dezembro de 2018.

LUIZ FERNANDO VAGGIONE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação. Nulidade. Sentença que não fixou o regime inicial. Negativa de vigência do disposto no artigo 59, inciso III, do Código Penal. Impossibilidade de estabelecimento do regime em grau recursal. Violação ao princípio do duplo grau. Nulidade reconhecida de ofício.

VOTO

Vistos,

Ao relatório da r. sentença de fls. 255/268, que passa a integrar a presente decisão, acrescenta-se que: a) **ALEX SANDRO APARECIDO FERNANDO DA SILVA** e **BRUNO DOS SANTOS LIMA** foram condenados às penas individuais de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo; b) **DANILO XAVIER PEREIRA** foi condenado à pena de 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, fixados no piso, porque incursos no artigo 157, § 2º, inciso II, por duas vezes, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal.

Inconformados, os acusados recorreram (fls. 282, 291 e 284), tendo a sentença transitado em julgado para o Ministério Público (fl. 293).

A defesa pleiteia, em suas razões, a absolvição por insuficiência de provas (fls. 296/303).

Contra-arrazoado o apelo (fls. 305/307) e apresentado o r. parecer pela douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 311/315), manifestando-se o Ministério Público, em ambas as instâncias, pelo desprovimento, bem como pela fixação do regime inicial fechado em razão da omissão da r. sentença.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

A r. sentença padece de nulidade que não pode deixar de ser reconhecida.

Com efeito, conforme verifica-se da r. sentença, o douto Magistrado de piso condenou os três acusados e estabeleceu o *quantum* de penas. Todavia, deixou de fixar o regime inicial de cumprimento das reclusivas, em desacordo com o disposto no artigo 59, inciso III, do Código Penal:

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:
>
> I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

Acesso ao Sumário

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos**;**

III - <u>o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade</u>;

É importante frisar que o Tribunal não possui competência para fixar o regime inicial nesta fase recursal, sob pena de violação ao princípio do duplo grau de jurisdição. Neste sentido menciona-se o seguinte julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> REPRIMENDA. MODO DE EXECUÇÃO. SENTENÇA. OMISSÃO NESSE PONTO. FORMA SEMIABERTA. FIXAÇÃO DIRETAMENTE PELA CORTE ORIGINÁRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL LOCAL. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA.
>
> 1. Dita o art. 59 do Código Penal que, na fixação da pena, o juiz elegerá, "conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplica, por outra espécie de pena cabível."
>
> 2. Omissa a sentença no tocante ao regime prisional, consectário legal da primeira e segunda etapas da aplicação da pena, não poderia o Tribunal local, em sede de recurso exclusivo da defesa, sanar a omissão.
>
> 3. ***<u>Sanando a omissão quanto ao regime de execução, a Corte originária foi além de sua competência funcional, e, com isso, findou suprimindo uma instância, ao não permitir a análise, pelo togado singular, competente para tanto, do modo inicial de cumprimento de pena devido no caso concreto, violando, assim, os princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição.</u>***
>
> 4. Ordem parcialmente concedida, apenas para anular o acórdão no ponto em que fixou o regime semiaberto de cumprimento de pena, determinando o retorno dos autos principais ao Juízo da condenação, para que complete a sentença, elegendo o regime inicial para o cumprimento da sanção que foi imposta ao paciente.
>
> (HC 174.631/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 02/09/2011)

No mesmo sentido, transcreve-se seguinte julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: ***<u>HABEAS CORPUS. SENTENÇA. OMISSÃO QUANTO AO REGIME PRISIONAL INDICADO AO RÉU. FIXAÇÃO PELO TRIBUNAL. É direito do condenado e dever do juiz que se declare expressamente qual o regime de cumprimento de pena, de cuja obrigatoriedade não pode furtar-se (CP, art. 59, III e LEP, art. 110). Em se tratando de garantia da individualização da pena, omissa a sentença, nessa parte, impõe-se que se supra a omissão.</u>*** Os demais argumentos da impetração são incabíveis de serem examinados na via

Acesso ao Sumário

do writ. Habeas corpus deferido, em parte, para que, anulada a decisão impetrada, retornem os autos ao juiz para que complete a sentença, fixando o regime inicial para o cumprimento da reprimenda.

(HC 75171, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 24/06/1997, DJ 05-09-1997 PP-41872 EMENT VOL-01881-02 PP-00223)

Assim se entende porque o acusado tem o direito de conhecer dos motivos pelos quais determinado sistema foi imposto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, podendo tanto a defesa, quanto a acusação, caso discordem da decisão judicial, impugná-la, se assim entenderem cabível.

Acresça-se que a r. sentença concedeu aos réus o direito de apelo em liberdade (fl. 268).

Ante o exposto, de ofício, **DECLARA-SE A NULIDADE DA R. SENTENÇA**, determinando-se que outra seja proferida, desta vez, fixando o regime inicial de cumprimento das penas privativas de liberdade impostas aos acusados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003732-91.2011.8.26.0102, da Comarca de Cachoeira Paulista, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante ADRIANO DE JESUS MARIANO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitada a preliminar de nulidade articulada no apelo do Ministério Público, ACOLHERAM a preliminar articulada no recurso do acusado, para anular seu julgamento em plenário, determinando a renovação de tal ato processual. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.542)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e JOÃO MORENGHI.

São Paulo, 5 de dezembro de 2018.

AMABLE LOPEZ SOTO, Relator

Ementa: Apelação Criminal. Júri. Lesão corporal de natureza grave. Nulidade arguida pelo Ministério Público decorrente da juntada de documentos pela defesa sem observância do prazo mínimo de 03 dias

Acesso ao Sumário

antes da sessão plenária. Nulidade relativa. Ausente comprovação de efetivo prejuízo à acusação.

Ordem dos quesitos. Alegação da Defesa no sentido de que o quesito referente à desclassificação da conduta deve ser formulado após o quesito obrigatório que indaga acerca da absolvição. Preliminar acolhida para anular o Júri e determinar a realização de novo julgamento. Diante da ordem de quesitos estabelecida no art. 483 do Código de Processo Penal, deve-se privilegiar aquele que indaga aos jurados se absolvem o acusado para, então, indagar-lhes se desclassificam a conduta. Ordem que privilegia o postulado constitucional da plenitude de defesa.

VOTO

ADRIANO DE JESUS MARIANO foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial e Tribunal do Júri da Comarca de Cachoeira Paulista, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial aberto, por infração ao disposto no artigo 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal (fls. 431/435).

O **Ministério Público** apresentou seu inconformismo, preliminarmente, arguindo a nulidade do julgamento em plenário, decorrente da acenada violação da regra contida no artigo 479 do Código de Processo Penal, sustentando, para tanto, que houve a juntada de documentos pela defesa sem que tenha sido observada a antecedência mínima de três dias com relação à referida sessão plenária e, no mérito, sustenta que a decisão desclassificatória adotada pelo Conselho de Sentença restou manifestamente contrária à prova dos autos, motivos pelos quais pleiteia que seja o réu submetido a novo julgamento em plenário (fls. 451/466).

Por sua vez, o **réu-condenado** apresentou seu inconformismo, preliminarmente, arguindo a nulidade do julgamento em plenário, decorrente de cerceamento quanto à ordem de votação dos quesitos pleiteada pela defesa, no sentido de que fosse dada prioridade à votação do quesito pertinente à tese absolutória de legítima defesa, deixando-se para a posterior votação pelo Conselho de Sentença o quesito alusivo à tese de desclassificação da conduta concernente à ausência de *animus necandi*; almeja, no mérito, o reconhecimento da excludente de ilicitude atinente à legítima defesa (fls. 531/539).

Acesso ao Sumário

Oferecidas as contrarrazões (fls. 506/523 e 542/547), a d. Procuradoria de Justiça opinou pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo improvimento dos recursos (fls. 549/556).

É o relatório.

O réu **Adriano** foi pronunciado para ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, nos termos da r. decisão de fls. 157/160v, mantida pelo V. Acórdão de fls. 198/206, porque, consoante a denúncia, no dia 17 de setembro de 2011, por volta das 20h00, na Fazenda Marrano, zona rural da Cidade de Silveiras, Comarca de Cachoeira Paulista, imbuído de ânimo homicida, tentou matar Vagner Rogério Batista, por motivo fútil e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, provocando-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame de corpo de delito de fl. 24, somente não consumando o homicídio por circunstâncias alheias à sua vontade.

Retrata a inaugural processante que, no dia dos fatos, no interior de um casebre de madeira habitado pela vítima e por Fábio Reis dos Santos, o acusado Adriano iniciou uma discussão com a vítima Vagner, tendo ambos, na sequência, entrado em luta corporal, que veio a cabo ante a interferência de Fábio.

Conforme a incoativa, o denunciado deixou o local dos fatos e se dirigiu a sua casa, distante cerca de 50 metros da residência da vítima e ali se apossou de uma motosserra e retornou ao local dos fatos. Ato contínuo, o réu ligou a motosserra e, sem proporcionar chance de defesa ao ofendido, desferiu-lhe um golpe da referida arma branca na região abdominal, oportunidade em que a vítima ainda tentou colocar as mãos na frente do corpo para se proteger, o que redundou em novos golpes que culminaram com a ocorrência de lesões no antebraço e na mão esquerda, bem como na amputação traumática do quarto e do quinto quirodáctilos da mão esquerda.

Prossegue a prefacial acusatória que a testemunha Fábio, diante dos fatos, se armou com um cabo de vassoura e desferiu uma paulada nas mãos do denunciado, fazendo-o largar a motosserra. Ato contínuo, este acusado deixou o local dos fatos.

Acresce a denúncia que o crime somente não se consumou diante da pronta intervenção da testemunha Fábio e do pronto e eficiente socorro conferido à vítima, a qual foi conduzida ao hospital e devidamente tratada.

Consta ainda da exordial acusatória que o acusado agiu por motivo fútil, este que tentou contra a vida do ofendido por mera desinteligência surgida em virtude de problemas havidos no serviço de ambos (corte de eucaliptos na Fazenda Estiva). Outrossim, verte da denúncia que, ao atacar a vítima com instrumento de alto poder vulnerante, estando ela desarmada e desprevenida, empregou o réu recurso que dificultou a defesa deste ofendido.

E, submetido o réu a julgamento em plenário perante o Egrégio Tribunal do Júri da Comarca de Cachoeira Paulista, ao final, o Colendo Conselho de Sentença, ao votar não ao 3º quesito, por maioria (fls. 428 e 429), orientou-se pelo afastamento do *animus necandi*, assim operando a desclassificação da conduta

Acesso ao Sumário

deste acusado para crime diverso daquele pelo qual havia sido pronunciado, motivo pelo qual o Juízo monocrático, dando arremate ao julgamento, deu este réu como incurso no artigo no artigo 129, § 2º, inciso IV, do Código Penal.

Ab initio, não se depara com a mácula arguida no apelo ministerial, pois não se concebe que tenha havido a ventilada violação do artigo 479 do Estatuto Processual Penal.

No caso vertente, verifica-se que, não obstante a petição de fl. 379, pela qual a defesa pugnou pela juntada de documentos e fotografias de fls. 380/389, tenha sido protocolizada aos 12 de abril de 2016, conforme chancela de protocolo no anverso da petição, ou seja, dentro do tríduo que antecedia o julgamento em plenário, não se pode olvidar que foi dada ciência ao Ministério Público acerca do conteúdo da referida juntada somente aos 13 de abril de 2016, ou seja, quando já se estava aquém do referido prazo mínimo de antecedência.

Nesse aspecto, é oportuno colacionar o magistério de **Guilherme de Souza Nucci**, no seguinte teor: *"(...)* ***237. Ciência à parte contrária****: não se trata de mera juntada do documento aos autos, mas sim efetiva ciência da parte contrária, no mínimo três dias antes do julgamento"* (Código de Processo Penal comentado/Guilherme de Souza Nucci. – 16. ed. ver. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1116, grifo nosso).

Em contrapartida, a despeito do órgão ministerial haver se insurgido, em momento oportuno (fls. 396/398), contra a juntada dos documentos e fotografias acima mencionados, é certo que naquela ocasião e na presente etapa recursal, não logrou apontar efetivo prejuízo à acusação decorrente do aludido conteúdo juntado aos autos pouco antes do julgamento em plenário, já que tais peças, ilustrando pessoas que se feriram com motosserras e ainda nuances da utilização de tal ferramenta, por si só, não guardam relação direta ao fato submetido a julgamento e nada trouxeram de novo ao debate do contexto que foi objeto da pronúncia, inclusive como bem ponderado pelo ilustre Magistrado na r. decisão de fl. 399.

Nesse âmbito, insta trazer à colação, mais uma vez, o escólio de **Guilherme de Souza Nucci**:

> "**232-A. Nulidade relativa**: a apresentação de objeto ou a leitura de documentos, sem a prévia juntada aos autos, se não for imediatamente coibida pelo juiz presidente, gera um vício, pois desatende ao preceituado no art. 479, caput. Porém, para que seja proclamada a nulidade, depende de prova do prejuízo pela parte interessada. Não se trata, pois, de nulidade absoluta. Na jurisprudência: (...) STJ: '1. O art. 479 do Código de Processo Penal dispõe acerca da necessidade de juntada de documentos ou objetos que serão utilizados pelas partes na sessão plenária dentro do prazo legal de 3 (três) dias úteis a contar do dia designado para o

Acesso ao Sumário

julgamento, em obediência aos princípios do contraditório, da não surpresa, da lealdade processual e da paridade de armas. Referida disposição normativa alcança os jornais, escritos, vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer meio assemelhado **que digam respeito diretamente à situação fática submetida a julgamento pelo Conselho de Sentença. 2. Se o documento ou objeto não guarda relação direta com os fatos retratados nos autos e imputados ao agente, desnecessária sua juntada dentro do tríduo legal.** 3. Referência doutrinárias e repertórios jurisprudenciais que não digam respeito ao caso submetido a julgamento não estão abrangidos pela proibição constante do art. 479 do CPP. 4. Eventuais nulidades decorrentes da inobservância do art. 479 do Código de Processo Penal **são de natureza relativa e, como tal, exigem a demonstração de efeito prejuízo pela parte dita prejudicada**. Máxima *pas de nullite sans grief*. Precedentes' (REsp 1.339.266 – DF 2012/0173687-3, 6ª T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 03.06.2014)" (Código de Processo Penal comentado /Guilherme de Souza Nucci. – 16. ed. ver. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1112, grifo nosso).

Assim, os documentos e fotos alusivos às genéricas nuances da ferramenta motosserra, sem qualquer elemento que tenha liame efetivo com o fato retratado na denúncia, não desvelou qualquer prejuízo à tese acusatória.

Todavia, tenho para mim que comporta reconhecimento a nulidade suscitada no apelo do acusado.

Isto porque, dentre as inovações introduzidas pela Lei nº 11.689/2008, no âmbito da ordem de formulação dos quesitos, cumpre realçar parte da redação do artigo 483 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

"Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

(...)

§4.º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, ***para ser respondido após*** *o 2.º (segundo) ou* ***3.º (terceiro) quesito, conforme o caso****".*

Acesso ao Sumário

Assim, o legislador ensejou a formulação do quesito alusivo à desclassificação da conduta após o quesito alusivo à absolvição (tenha sido esta inclusive articulada sob o manto das excludentes de antijuridicidade).

E, no caso *sub examine*, extrai-se da Ata de Julgamento, em especial, a fl. 417, que "***a defesa apresentou seu debate alegando que o acusado agiu em legítima defesa, requerendo, subsidiariamente, a desclassificação para lesão corporal*** *ou reconhecimento da desistência voluntária. Ainda subsidiariamente, foi requerido o reconhecimento do privilégio consistente no motivo de relevante valor moral, bem como o afastamento das qualificadoras".*

Assim, na ordem de formulação dos quesitos, deve ser dada prioridade à tese absolutória, eis que principal e, portanto, mais benéfica ao acusado, deixando-se para o quesito seguinte a abordagem da tese subsidiária, voltada à desclassificação da conduta. Isto porque, longe de violar a competência do Tribunal do Júri, tal solução encontra respaldo no princípio da plenitude de defesa e, mais, encontra lugar no sobredito dispositivo processual.

Nesse diapasão, a orientação já consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, espelhada em recente Julgado:

> **Ementa**
>
> **DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TESES ABSOLUTÓRIA E DESCLASSIFICATÓRIA. ORDEM DOS QUESITOS. PRIMAZIA DA TESE PRINCIPAL. PLENITUDE DA DEFESA.**
>
> **1. Estando a defesa assentada em tese principal absolutória (legítima defesa) e tese subsidiária desclassificatória (ausência de *animus necandi*), e havendo a norma processual permitido a formulação do quesito sobre a desclassificação antes ou depois do quesito genérico da absolvição, a tese principal deve ser questionada antes da tese subsidiária, sob pena de causar enorme prejuízo para a defesa e evidente violação ao princípio da amplitude da defesa.**
>
> **2. Ordem concedida para declarar nulo o Júri ocorrido na data de 14 de setembro de 2016 e determinar que outro seja realizado, determinando ainda, em consequência, a soltura do paciente, se já estiver preso.**
>
> (STJ – HC 445839/TO – Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma v.u. – data do julgamento: 07/08/2018 – data da publicação/fonte: DJe 14/08/2018).

Como reforço, urge destacar que a combativa defesa, no âmbito da quesitação operada em Plenário, consignou oportuno protesto nos moldes do artigo 484 do Código de Processo Penal, o que consta da Ata de Julgamento (fls. 418/419).

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, **pelo meu voto**, rejeitada a preliminar de nulidade articulada no apelo do Ministério Público, **ACOLHO** a preliminar articulada no recurso do acusado, para **anular** seu julgamento em plenário, determinando a renovação de tal ato processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0028450-77.2015.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante C. C. DOS S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por votação unânime, deram provimento parcial ao recurso para desclassificar a conduta para o delito previsto no artigo 215-A, do Código Penal e aplicar a pena de um ano, quatro meses e dez dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e, tendo em vista o integral cumprimento, declara-se extinta a pena. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor de C.C.S.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.534)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 17 de dezembro de 2018.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa. Apelação. Estupro de Vulnerável. Insuficiência probatória. Absolvição. Desclassificação para importunação ofensiva ao pudor. Regime aberto.

A prova reunida nos autos incrimina de forma segura o apelante. A palavra da vítima, em se tratando de crime contra a liberdade sexual, na maioria das vezes, tem papel preponderante, significando o único meio de prova com a possibilidade de reproduzir os fatos e identificar o autor do delito. Provimento parcial para desclassificar a conduta para o delito de importunação sexual, agravado por se tratar de criança com cinco anos de idade, prevista no artigo 215-A, do Código Penal, com redação dada pela Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018. Norma penal mais benéfica, deve ter aplicação retroativa, por força do princípio da

Acesso ao Sumário

legalidade, previsto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

VOTO

C.C.S., por infração ao disposto no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, foi condenado à pena de *oito anos de reclusão*, em regime inicial *fechado* (fls. 428/435).

Negado o apelo em liberdade, foi expedida guia de execução provisória (fls. 447/448).

Postulam os ilustres defensores, por insuficiência de prova, a absolvição; subsidiariamente, a desclassificação da conduta para a de importunação ofensiva ao pudor e regime inicial aberto. Assegurado o direito ao recurso em liberdade (fls. 452/470).

Apresentadas as respectivas contrarrazões (fls. 474/489), a d. Procuradoria Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento do apelo (fls. 497/).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 01 de setembro de 2015, por volta de 15h20min, no interior de residência, localizada em Campinas-SP, o apelante C.C.S. teria praticado ato libidinoso com KJSS, criança com cinco anos de idade, ao fazer "cosquinhas em suas partes íntimas e pegar sua mão e colocá-la dentro da calça dele".

A existência da materialidade do fato encontra-se consubstanciada no auto de prisão em flagrante, boletins de ocorrência (fls. 36/38, 203/207), declaração médica (fls. 127), laudo de conjunção carnal (fls. 348/349), laudo de lesão corporal (fls. 350) e prova oral.

O apelante C., ao ser interrogado em juízo, nega a prática do delito. Alega que se dirigiu à Campinas para resolver problemas de seguro de vida, deixado por seu pai, que falecera. Foi visitar V., ex-esposa de seu tio. Fez cosquinhas, na criança, presentes a avó e a mãe dela. V. levantou-se para ir ao banheiro. Percebeu que a criança estava mexendo no seu celular, na porta da casa. Ao pedir o celular, a criança lhe perguntou se havia alguma coisa que ela não podia ver, no celular. Não ingressou, na residência da vítima. Quando caminhava em direção à residência do tio, foi surpreendido, por pessoas, ocupantes de um veículo, que o acusavam de ter desrespeitado à criança. Não colocou a mão da criança, em seu pênis. Conheceu a vítima, no velório de seu pai. Acredita que fora acusado, em razão do dinheiro deixado pelo pai. Seu celular não foi devolvido. Ouviu uma pessoa comentar "*Agora quero ver o que você vai fazer para conseguir o dinheiro*". Sua mãe ouviu a vítima perguntar para a genitora dela o que ela deveria falar (cd).

A vítima KJSS, em declarações prestadas em juízo, contou que o apelante

Acesso ao Sumário

mexeu com ela. *Fez cosquinhas*. Disse ter ficado chateada com ele, *não quero mais ser amiga dele*. Ele a mandou fechar os olhos. Não colocou a mão em seu corpo. Ele pegou o *pipi* dele. Não pegou sua mão para colocar dentro da calça dele. *Eu tirei minha mão da mão dele*. O apelante mostrou para a vítima um *vídeo muito feio, estranho*, em que uma pessoa beijava outra, no peito. Ficou com *medo e voltou a assistir o vídeo favorito do Mickey Mouse*. Seu avô L. não mostrou vídeo, que não gostasse de ver. *O vovô L. é do bem* (cd).

A testemunha V.L., avó da vítima, em juízo, assevera que o apelante foi lhe visitar. A neta encontrava-se, na casa dela, no mesmo quintal. O apelante aproveitou o momento em que ela se dirigiu ao banheiro, parar entrar, na casa, em que a neta se encontrava. Foi rápida a ida ao banheiro, *coisa de segundos*. Apressado, o apelante quis ir embora. Ao chamar a vítima, ela saiu chorando. Contou que ele tinha mexido com ela. Ele tocou a mão nela. Pegou a mão dela e colocou, no pênis dele. Ele ainda mostrou um vídeo e a apalpou. *Perguntou para a neta se era de mulher pelada*, ao que ela respondeu: *Como você sabe*? *É vovó*. Relatou os fatos para o ex-marido e para sua filha, que acionou a polícia. A população queria *pegar* o apelante. O apelante ficou, nos fundos da residência, até a polícia chegar. Era entre seis e sete horas. Não presenciou agressão. Ficou cuidando das crianças. Viu E. com o apelante, nos fundos da casa. J. é seu genro. Conversava com C. sobre o seguro deixado pelo pai dele, falecido (cd).

A testemunha J., pai da vítima, em juízo, relata que quando chegou em casa, ainda estava claro. A filha contou que o apelante tinha passado a mão nela e tinha mostrado um vídeo. Ficou desesperado. Após os fatos, não sabendo dizer como, uma pessoa levou o apelante para o interior da residência para que não fosse linchado. Presenciou o apelante sofrer agressão. Tentou agredi-lo também. Não sabe precisar o momento em que a viatura conduziu o apelante para a delegacia. Estava perto de escurecer. Chegou uma viatura e ficou na guarda até a chegada de outra viatura para levá-lo. L. é seu sogro. Não ouviu dizer que L. guardasse filme pornográfico, no celular. Não sabe dizer se L. tinha que passar quantia em dinheiro para C. Conhece K., tio da menina, e E., morador da casa. O apelante costumava frequentar a casa da tia. Tinham bom relacionamento. O apelante conhecia a vítima, desde pequena. A filha foi acompanhada pelo médico (cd).

A testemunha L.C., em juízo, afirma ser avô da vítima e tio do apelante. A neta relatou que o apelante tinha pegado a mão dela e colocado, nos órgãos genitais dele. Nunca mostrou para a neta vídeo pornográfico. O irmão o colocou como beneficiário de seguro. O apelante C. veio lhe trazer um papel para que assinasse. Não se recorda de ter pedido para C. salvar qualquer arquivo, em seu celular. Nem para guardar vídeo. Chegou à casa praticamente junto com a viatura policial. Era por volta de 18h30 ou 19h, mais ou menos; hora em que o apelante foi conduzido para a delegacia de polícia. Soube que a população tinha

Acesso ao Sumário

batido nele. Estava, num cantinho. Entregou o apelante, nas mãos do policial (cd).

A testemunha W., irmão do apelante, em juízo, assevera que seu pai tinha um seguro de vida, tendo como beneficiário L., seu tio. L. ficou de transferir o seguro para ele e o irmão. Ambos teriam que se deslocar até Campinas. O irmão foi até Campinas e um ou dois dias depois, o irmão estava preso. L. informou que o seguro estava disponível para ser sacado. C. fazia tratamento pelo SUS e ultimamente particular, em Andradina, em razão de um transtorno mental que ele possui. O C. sofreu agressões por parte dos parentes da vítima. Soube da agressão pela tia V.L. e o tio L. era o beneficiário do seguro, irmão de seu pai C. (cd).

A testemunha Valdemar, policial militar, em juízo, informa que, ao chegar na residência, por volta de 18h, pessoas tentavam *pegar* o apelante. O apelante encontrava-se no fundo da casa. Disse que tentaram agredi-lo. Colocou-o em segurança dele. Ele negou os fatos. A avó da vítima contou que os fatos ocorreram por um *deslize* (cd).

O Ministério Público desistiu da testemunha K.F. e, a Defesa, das testemunhas Fulana de Tal, P. e N., homologado pelo magistrado José Guilherme Di Rienzo Marrey a desistência (fls. 174, 376).

A prova reunida nos autos incrimina de forma segura o apelante. As declarações da vítima, embora criança de pouca idade, são coerentes e não deixam margem à dúvida. São corroboradas pelo depoimento da avó, V., a quem a vítima deu a conhecer o evento delituoso, nos instantes seguintes, propiciando o imediato registro da ocorrência.

A palavra da vítima, em se tratando de crime contra a liberdade sexual, na maioria das vezes, tem papel preponderante, significando o único meio de prova com a possibilidade de reproduzir os fatos e identificar o autor do delito.

De nenhum significado o fato de o laudo de exame de corpo de delito, correspondente à vítima, deixar de registrar vestígios. Conduta que não deixa sinais no corpo da vítima.

Acesso ao Sumário

Por certo, trata-se de conduta gravíssima, que envolve uma menina, então com cinco anos de idade.

Entretanto, como se extrai dos autos, a atuação delituosa deu-se num curto espaço de tempo, conforme deixa consignado a testemunha V.L., avó da criança, *coisa de segundos*. A vítima afirma que o apelante não chegou a manter contato físico. Ele manipulou os próprios órgãos genitais e lhe mostrou um vídeo, em que uma pessoa beijava outra, no peito. Retrata o delito de importunação sexual, agravado por se tratar de criança com cinco anos de idade, prevista no artigo 215-A, do Código Penal, com redação dada pela Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018.

Norma penal mais benéfica, deve ter aplicação retroativa, por força do princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

A pena deve ser acrescida em um sexto, considerado o fato de o apelante ter ingressado na residência, aproveitado do momento em que a criança encontrava-se sozinha. Deve ser reconhecida ainda a circunstância agravante, prevista no artigo 61, *h*, do Código Penal, em razão do crime ter sido cometido contra criança, então com cinco anos de idade.

Assim, fixada a pena-base, em um ano de reclusão, aumenta-se um sexto, em face da circunstância judicial desfavorável, resultando um ano e dois meses de reclusão que, acrescida de um sexto, em virtude da circunstância agravante, idade da vítima, permanece em um ano, quatro meses e dez dias de reclusão, fixado o regime inicial semiaberto.

Tendo em vista que o apelante encontra-se detido cautelarmente desde a data do flagrante, 01 de setembro de 2015, em face do integral cumprimento, declara-se extinta a pena.

Diante do exposto, por votação unânime, deram provimento parcial ao recurso para desclassificar a conduta para o delito previsto no artigo 215-A, do Código Penal e aplicar a pena de um ano, quatro meses e dez dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e, tendo em vista o integral cumprimento, declara-se extinta a pena. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor de C.C.S.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002890-16.2016.8.26.0271, da Comarca de Itapevi, em que é apelante J. S. DA S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento a recurso para, reconhecendo a modalidade privilegiada, reduzir a pena para 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção e para afastar a prestação de serviços à comunidade. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.527)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CAMARGO ARANHA FILHO (Presidente sem voto), OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO e GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

São Paulo, 8 de janeiro de 2019.

NEWTON NEVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: LESÃO CORPORAL – Lei de violência doméstica ou familiar – Quadro probatório que se mostra seguro e coeso para evidenciar autoria e materialidade do delito, assim como o dolo – Condenação bem decretada – Redução da pena pela aplicação do § 4º do art. 129 do CP – Possibilidade – Crime cometido após injusta provocação da vítima – Sursis – Afastada a condição de prestação de serviços comunitários – Recurso parcialmente provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 70/75, com relatório adotado, julgou procedente a ação penal para condenar J.S.S. à pena de 03 (três) meses de detenção, em regime aberto, por incurso no art. 129, §9º, do Código Penal, concedido o sursis pelo prazo de 02 (dois) anos, mediante condição (art. 78, §1º) de prestação de serviços à comunidade no primeiro ano do prazo, por sete horas semanais, em estabelecimento da rede oficial a ser designado em execução, admitido o apelo em liberdade.

Recorre o acusado por sua absolvição alegando ausência de *animus laedendi*. Subsidiariamente pugnou pela aplicação do §4º do art. 129, do Código Penal (fls. 89/92).

Recurso processado e respondido, com manifestação ministerial, em ambas as instâncias, por seu desprovimento (fls. 95/99 e 117/123).

É o relatório.

Foi o réu denunciado, processado e condenado porque no dia 22.02.2016, aproximadamente as 14h30min, no interior da lanchonete (...), localizada na Rua (...), Cidade e Comarca de Itapevi, ofendeu a integridade corporal de R.M.C., sua ex-namorada, resultando em lesões corporais de natureza leve.

Consta na denúncia que denunciado e vítima mantiveram relação íntima de afeto durante 01 ano e 06 meses e que na data dos fatos o denunciado, inconformado com o término de seu relacionamento com a vítima, foi ao seu local de trabalho e iniciou uma discussão. Em seguida, J. agrediu a vítima jogando sobre ela um copo de café quente, e arremessando uma garrafa, um ventilador e uma cadeira, causando-lhe lesões corporais leves. As agressões cessaram quando a irmã do réu interviu e socorreu a vítima ao pronto socorro.

Pese o empenho da zelosa defesa, de absolvição não há se cogitar.

A materialidade delitiva restou comprovada por meio do laudo pericial (fls. 25/26) e pela prova oral.

Já a autoria se mostra inconteste a partir da prova oral.

Acesso ao Sumário

Perante a autoridade policial J. disse que ele e R. namoraram por dois anos e que estavam separados havia dois meses, sendo que tiveram relacionamento conturbado porque ele tinha muito ciúmes. Relatou que no dia dos fatos foi ao restaurante (...) onde sua irmã e a vítima trabalham e quando R. o viu passou a ofendê-lo dizendo "*eu dei mesmo, não quero mais você e dou para quem quiser*" (sic). Afirmou que ignorou o quanto dito por R. e foi conversar com a irmã em outra área do restaurante, sendo que R. passou a falar alto que ele era corno e gesticulando com a mão o sinal de chifre, momento em que pediu para que R. parasse, mas ela persistiu nas ofensas, oportunidade em que, nervoso, pegou uma cadeira e lançou na direção de R., sem a intenção de acertar e deixou o local. Disse não ter visto onde a cadeira foi parar e se acertou R.. Depois disso R. voltou a procura-lo dizendo "*vou te por na cadeia, quero ver você sofrer, vou fazer da sua vida um inferno*" (fls. 13/14). Em juízo confessou ter ido à lanchonete e que após R. chamá-lo de corno, em público, ele perdeu o controle e a agrediu. Jogou o café, o ventilador e a cadeira (mídia).

A vítima R., em juízo, disse que estava trabalhando na lanchonete, ao telefone, e o acusado chegou quebrando tudo, jogando as coisas em cima dela, batendo, tendo caído no chão. Nega ter havido discussão afirmando que o acusado teria assim agido porque ele entendeu que ela teria dado risada quando ele chegou. O acusado lhe jogou café, garrafa de café, ventilador e cadeira. Relatou que a irmã do acusado, que trabalha com ela, tentou separar sendo que ele chegou a bater nela e jogou coisas em cima da irmã dele. Afirmou que a cadeira lhe atingiu nas costas, ombros, braços e ela desmaiou. A lanchonete estava cheia. Disse, por fim, que o acusado trabalhava na lanchonete também (mídia anexa).

A testemunha M., irmã do acusado, em juízo, disse que presenciou o acusado e vítima discutindo, sendo que a vítima xingava o acusado e ele estava nervoso. Presenciou o acusado arremessando a cadeira, que atingiu R., que caiu. Narrou que eles discutiram e pararam, e R. continuou "pirraçando" com outro funcionário e o acusado voltou e arremessou a cadeira. Não viu o acusado arremessar café e ventilador (mídia).

De se ver, portanto, que os fatos como descritos na denúncia encontram apoio no exame pericial que descreveu a vítima com equimose arroxeada e escoriação na região escapular esquerda e região lombar direita.

O próprio acusado admitiu ter atirado os objetos na vítima.

Contudo, assiste razão em ver a pena reduzida pela aplicação do §4º do art. 129 do Código Penal.

Isto porque, restou evidenciado nos autos que o ímpeto agressivo do acusado se deu em razão da presença da elementar "*logo em seguida a injusta provocação da vítima*", de modo que possível a desclassificação para a

Acesso ao Sumário

modalidade privilegiada do delito.

Nesse sentido a testemunha M. que, em juízo, afirmou que acusado e vítima discutiram e que M. o xingou e como se vê no depoimento dado perante a autoridade judicial a vítima o teria chamado de "corno" e que o irmão dela ficou muito nervoso e que R. continuou "pirraçando" com outros funcionários, sendo que o acusado ficou nervoso e passou a arremessar os objetos na direção da vítima.

Deste modo, fixada a básica no mínimo legal e assim mantida na segunda fase, apesar da confissão, em razão do que preceitua a Súmula 231 do C. STJ, aplica-se a redução de 1/6 pelo privilégio, consolidando-se a pena em 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

Ainda, a pena fixada é inferior a 06 (seis) meses de detenção o que não autoriza exigir do sentenciado a prestação de serviços à comunidade (art. 78, §1º do CP), vez que o próprio texto legal condiciona essa concessão ao quanto previsto no artigo 46, do CP, que por sua vez somente autoriza essa fixação quando a pena for superior a 06 meses, vetando, portanto, sua aplicação a pena inferior a esse montante, como aqui verificado.

Assim, dá-se parcial provimento a recurso para, reconhecendo a modalidade privilegiada, reduzir a pena para 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção e para afastar a prestação de serviços à comunidade.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Apelação nº 0000032-51.2015.8.26.0431, da Comarca de Pederneiras, em que é apelante L. C. M. DA S., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U." de conformidade com o voto de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 47.940)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIS SOARES DE MELLO (Presidente), EUVALDO CHAIB e IVAN SARTORI.

São Paulo, 18 de dezembro de 2018.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Assédio, pela internet, de criança, com o fim de induzi-la a exibir-se de forma pornográfica ou

sexualmente explícita (art. 241-D, parágrafo único, II, da Lei nº 8.069/90). Crime caracterizado, integralmente. Provas seguras de autoria e materialidade. Palavras coerentes e incriminatórias da vítima e de testemunha. Versão exculpatória inverossímil. Inexistência de fragilidade probatória. Acervo probatório constante dos autos. Responsabilização inevitável. Necessidade condenatória imperiosa. Apenamento e regime criteriosos, impassíveis de alterações. Substituição da corporal operada. Apelo improvido.

VOTO

Visto.

Ao relatório da sentença douta (*f. 324/327*), que se acolhe e adota, acrescenta-se que L.C.M.S. saiu **condenado** à pena de ***1 ano de reclusão*** (regime aberto), ***mais 10 dias-multa***, no piso – ***substituída a corporal*** *por uma restritiva de direitos, consistente em* ***prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas*** –, pela prática da infração penal capitulada no art. 241-D, parágrafo único, II, da Lei nº 8.069/90 (*assédio, pela internet, de criança, com o fim de induzi-la a exibir-se de forma pornográfica ou sexualmente explícita*).

O apelo do acusado (*f. 354/361*) 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 insuficiência da prova acusatória.

Anotam-se contrarrazões ministeriais (*f. 367/368*) que defendem a mantença do decisório.

Autos distribuídos (*f. 371*) foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, concluiu, em parecer respeitável, pelo improvimento do inconformismo recursal (*f. 375/378*), chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos ***16.jul.2018*** (*f. 379*).

É o relatório.

Assédio, pela internet, de criança, com o fim de induzi-la a exibir-se de forma pornográfica ou sexualmente explícita (*art. 241-D, parágrafo único, II, da Lei nº 8.069/90*).

Aos fatos.

O *acusado*, entre os dias 27 de outubro a 19 de novembro de 2014, utiliza-se de um perfil falso, na rede social "Facebook" (*com nome de "C.R." – supostamente uma criança de 11 anos de idade –*) e solicita amizade à *vítima – à época contando com apenas 9 anos de idade –*.

Acesso ao Sumário

Após conquistar a confiança da *vítima* e certificar-se de que as conversas não seriam vistas por terceiros, o *réu* passa a pedir insistentemente que a *vítima* mostre-lhe, pela *webcam*, suas partes íntimas.

Diante da persistência do *acusado*, a *vítima* acaba cedendo e exibe-se nua para *ele.*

A genitora da *vítima* toma conhecimento do ocorrido e comunica os fatos à Autoridade Policial.

Rastreado o *IP* do computador utilizado na prática delitiva, chega-se à identificação do réu.

Em cumprimento a mandado de busca à residência do *acusado, Policiais* localizam e apreendem mídias contendo ***arquivos de imagens de crianças e adolescentes em cenas de nudez e sexo.***

Acusado alega ser "doente" e ter compulsão por imagens e vídeos sexuais envolvendo crianças, especialmente meninas entre 7 e 11 anos, afirmando ter cadastrado, na rede social "Facebook", dois perfis falsos.

Esses os fatos, em suma.

Condenação acertada.

Elementos mais do que suficientes a garantir autoria e materialidade delitiva.

Essa demonstrada no **(*i*)** boletins de ocorrências (*f. 4/6 e 95/97*), **(*ii*)** histórico das conversas armazenadas no banco de dados (*f. 7/58*), ***(iii)*** ofício (*f. 74*) e ***(iv)*** fotografias de <u>*conteúdo sexual explícito, envolvendo crianças e adolescentes*</u>, encontradas no *HD* do computador instalado no quarto do acusado (*f. 98/101*).

E a **autoria** também é certa.

A começar pelas firmes e contundentes **palavras da *vítima*** (*f. 106 e mídia*), que narra os fatos em riqueza de detalhes.

Relata que iniciou conversa com "C.R." após essa fazer-lhe solicitação de amizade no "Facebook".

Afirma que, passado algum tempo, ficaram próximas e conversavam todas as noites.

Descreve que, com o tempo, "C.R." começou a pedir-lhe que tirasse sua calcinha, mostrasse seu corpo pela *webcam* e realizasse posições sexuais.

Assevera que a pessoa com quem interagia enviava-lhe imagens de pessoas demonstrando como deveria despir-se.

No mesmo sentido incriminador, as **palavras da testemunha *S.*** (*f. 107 e mídia*), genitora da vítima.

Narra que criou uma conta no "Facebook" para sua filha conversar com as colegas de escola.

Acesso ao Sumário

Declara que trabalhava à noite, no hospital, e que a vítima ficava com a avó.

Ressalta que estranhou quando viu alguém chamando sua filha de "sereia" no "Facebook" e, investigando, ficou em estado de choque, tendo, inclusive, mudado de cidade, pois a pessoa sabia onde a vítima estudava e conhecia sua rotina.

Destaca que, tão logo tomou conhecimento do teor das conversas, comunicou os fatos à Autoridade Policial.

Aduz que, indagada, a vítima afirmou-lhe que não fazia muito tempo que conversava com "C.R."

Acrescenta que, passado algum tempo, foi informada por um investigador de Polícia que o perfil fora criado por um homem que residia em outra cidade.

Pois bem.

Evidentemente autênticos os relatos.

De sorte que, exatamente como aqui, estando as palavras da vítima e da testemunha absolutamente seguras, fortes, coerentes e harmônicas com o resultado condenatório, solução é emprestar-lhes a credibilidade que merecem, o que resulta na conclusividade única de aceitação das palavras daquelas.

Donde inexistir qualquer dúvida de que o acusado realmente praticou o delito imputado.

Daí porque sem razão o reclamo recursal que procura diminuir ou desconsiderar o contexto probante ou as palavras da vítima e da testemunha.

O que só pode levar à certeza do quadro.

No vazio, portanto, a ***versão exculpatória*** judicial oferecida pelo réu, verdadeiramente fantasiosa e perdida em si mesma, quando confrontada, não só face sua posição inverossímil, como e principalmente porque improvada.

Silente em Polícia (*f. 125/126*), em Juízo (*f. 299 e mídia*) o acusado negou o cometimento do delito, afirmando que sua rede nunca teve senha e não sabe quem poderia ter acesso a ela.

Ora.

A despeito da alegação de que "*qualquer pessoa poderia acessar a rede do acusado", **averiguando-se o computador pessoal do réu, instalado em seu quarto e por si utilizado, com várias imagens de pedofilia, enfim***, não é algo que, diante de ***tantas e tamanhas circunstâncias individualizadoras***, *possa ser atribuído a 'qualquer pessoa'*.

Nesses termos, aceitar a versão do acusado seria fechar os olhos a uma realidade manifesta e dar costas ao óbvio, em total e completo desapego às normas genéricas da verdade e de bom-senso, que emanam sem nenhuma dúvida dos autos.

Acesso ao Sumário

Nada obstante deva estar o julgador sempre atento e dedicado às teses defensórias, verdade é que há um momento em que as versões não podem ser aceitas, pelo óbvio manifesto que representam sua irrealidade.

O julgador, então, que é e deve ser homem de bom-senso e com preocupação com a realidade ideal, pode e deve sempre afastar as teses sem qualquer cunho de razoabilidade, como aqui.

Na defesa plena da sociedade e de todos os homens de bem, que querem ver a Polícia e o Judiciário atuando no combate ao crime.

Não há, enfim e nem de longe, fragilidade probatória.

Tampouco dúvidas a eivar o lastro probatório, a ponto de adotar-se o princípio do *in dubio pro reo.*

A prova, ao reverso, é plena, categórica.

E nada foi feito ou produzido pela defesa capaz de invalidar ou diminuir a força probante que os autos revelam.

Donde o quadro probatório indicar como autor do delito exatamente aquele que apontado e responsabilizado.

Condenação, portanto, inevitável.

Quantum satis.

Apenamento criterioso.

Base fixada ***no mínimo legal*** (*art. 59 do Cód. Penal*).

Ausentes circunstâncias modificadoras, as penas finalizam em ***1 ano de reclusão, mais 10 dias-multa***, no mínimo valor unitário.

Preenchidos os requisitos legais (*art. 44 do Cód. Penal*), oportuna a **substituição** da pena corporal por uma restritiva de direitos consistente em ***prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.***

Finalmente, adequado o **regime aberto**, o mais benéfico possível para eventual cumprimento da pena privativa de liberdade.

Nada se altera, portanto.

Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0019576-67.2016.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARINES RAMOS DE BRITO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito

Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.129)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e NEWTON NEVES.

São Paulo, 16 de janeiro de 2019.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Restituição de bem apreendido. Recurso defensivo. Pedido indeferido pelo d. juízo *a quo*. Apreensão do automóvel de propriedade da genitora do réu quando da abordagem policial. Bem apreendido que não mais interessa ao processo. Ausência de comprovação de que o veículo era produto do crime. Inexistência de comprovação de que o bem foi adquirido com o produto do tráfico de drogas ou que se destinava habitualmente à prática de tal delito. Precedentes do STJ. Necessária a restituição do bem a sua legítima proprietária. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por MARINES RAMOS DE BRITO contra a r. decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito Júlio Alexandre Felix de Faria, da 31ª Vara Criminal da Comarca da Capital, que indeferiu o pedido de restituição do veículo apreendido (fls. 319/320).

Em suas razões de recurso, em apertada síntese, pretende a apelante a restituição do bem apreendido, sob o argumento de que figura como terceiro de boa-fé e que não há provas nos autos de que o veículo era utilizado reiteradamente para a prática do crime de tráfico (fls. 342/345).

O Ministério Público, em contrarrazões, manifesta-se pelo não provimento do recurso (fls. 362/364).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra do Dr. José Roberto Jauhar Julião, opina pelo não provimento do apelo (fls. 375/390).

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Consta da denúncia que, em 16 de março de 2016, por volta de 18h30, na Av. Antonio Gonçalves Viana, altura do n. 100, Anderson Douglas Ramos de Brito transportava e trazia consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, para fins de traficância, um saco plástico de

Acesso ao Sumário

cocaína, com peso líquido de 296,7g.

Narra a exordial que policiais civis, em atividade investigativa, receberam informações de que um dos traficantes que vendia drogas nos arredores da faculdade situada na Rua Taguá, bairro da Liberdade, era um homem negro, alto e forte, que se utilizava de um veículo C3, placas DRN-4426. No dia dos fatos, policiais em campana abordaram o acusado, que trazia consigo no veículo mencionado um saco plástico, contendo cocaína, além de um aparelho celular.

Após regular processamento do feito, Anderson foi condenado à pena de 04 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 400 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e 10 dias-multa, em razão da prática do delito previsto no artigo 33, *caput* e §4º, da Lei n. 11.343/06, (fls. 113/122).

Em sede recursal, por maioria de votos, em acórdão da lavra do Relator Designado Desembargador Newton Neves, esta 16ª Câmara de Direito Criminal negou provimento ao recurso do Ministério Público e deu parcial provimento ao recurso da Defesa, a fim de reduzir a pena imposta para 02 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 250 dias-multa e fixar o regime prisional semiaberto, mantendo-se, no mais, a r. sentença de primeiro grau.

Considerando que o veículo CITROEN/C3 GLX 1.4, ano 2005/2006, placas DRN 4423, de propriedade da apelante, genitora de Anderson, foi efetivamente utilizado na prática delitiva, o i. magistrado *a quo* determinou seu perdimento em favor da União (fls. 319/320).

Sem razão, contudo.

É certo que o artigo 6º, inciso II, do Código de Processo Penal[1], estabelece que a autoridade policial deverá apreender os objetos que tenham relação com o fato assim que tiver conhecimento da prática da infração penal e o artigo 118, do mesmo diploma legal, dispõe que, *antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.*

No presente caso, embora o veículo CITROEN/C3 tenha sido utilizado para guardar e transportar as substâncias entorpecentes, não foi apurado que o automóvel é oriundo de proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso ou que fosse habitualmente utilizado na atividade de traficância. Ao reverso, restou demonstrado que o referido automóvel é de propriedade da genitora do acusado Anderson e segundo a confissão dele em Juízo foi utilizado apenas naquela oportunidade para transportar drogas (mídia digital).

É bem verdade que a informação recebida pelos agentes policiais indicava

Acesso ao Sumário

1 Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

que um indivíduo com as características do réu, utilizando-se do veículo em questão, costumava realizar entregas de drogas na região de uma faculdade (mídia digital). Contudo, não há nenhuma outra prova nos autos corroborando a suposta frequência indicada na denúncia apócrifa, sendo esta, portanto, insuficiente para que se conclua pela habitualidade na utilização do veículo para fins ilícitos.

A propósito, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu quanto à necessidade de demonstração da utilização do bem, de forma habitual, à atividade ilícita ou da comprovação de sua aquisição com o produto do tráfico de drogas para que seja decretado o seu perdimento:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PERDIMENTO DE BENS. DEMONSTRAÇÃO DA UTILIZAÇÃO HABITUAL OU DA PREPARAÇÃO ESPECÍFICA DOS BENS PARA A PRÁTICA DA ATIVIDADE ILÍCITA. NECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> 1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.
>
> 2. A tese sustentada pelo agravante não é inédita nesta Corte Superior, que firmou o entendimento de que o perdimento de bens utilizados para tráfico ilícito de entorpecentes, depende da demonstração de que tal bem seja utilizado habitualmente, ou que seja preparado, para a prática da atividade ilícita.
>
> 3. **Tendo o Tribunal de origem consignado, expressamente, que "não restando demonstrado, *in casu*, que o veículo e os celulares apreendidos foram adquiridos com o produto do tráfico de drogas, tampouco que se destinavam precipuamente, para atividade ilícita", impossível autorizar a ordem de confisco, com fulcro na simples circunstância de apreensão das drogas no veículo, desacompanhada de qualquer outro elemento de convicção quanto a sua origem ou destinação.**
>
> 4. Agravo a que se nega provimento.
>
> (AgRg no AREsp 175.758/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 14/11/2012).
>
> PROCESSO PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 1. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL PASSÍVEL DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO: EXCEPCIONALIDADE DIANTE DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.
>
> 2. RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO DE TERCEIRO APREENDIDO. DEMONSTRAÇÃO DE PROPRIEDADE DO BEM. AUSÊNCIA DE

Acesso ao Sumário

INDÍCIOS DE QUE O VEÍCULO TENHA SIDO ADQUIRIDO COM PRODUTO DE CRIME OU DE QUE FOSSE UTILIZADO HABITUALMENTE PARA A PRÁTICA DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

1. Muito embora o art. 5º, inciso II, da Lei 12.016/2009, e o enunciado n. 267 da Súmula do STF reputem incabível o manejo do mandado de segurança contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo, a jurisprudência desta Corte admite, excepcionalmente, que a parte prejudicada se utilize do *mandamus* para se defender de ato judicial eivado de ilegalidade, teratologia ou abuso de poder. Precedentes.

2. Situação em que, além de desfundamentada a decisão de 1º grau que determinou a apreensão do veículo de propriedade da empresa impetrante, a própria Corte de origem admitiu não ter ficado esclarecido, nos autos, se o automóvel emprestado por um dos sócios da empresa impetrante era utilizado pela flagrada (nora do sócio) com ou sem o conhecimento da impetrante para a prática de tráfico de drogas, circunstância que justificaria a aplicação eventual da pena de perdimento do referido bem em favor da União, nos termos do que preconiza a Lei n° 11.343/2006.

3. **Esta Corte tem entendido necessária a demonstração de que o bem apreendido fosse utilizado habitualmente ou tivesse sido preparado especificamente para a prática do tráfico de entorpecentes, para que se possa declarar o perdimento do bem relacionado a tal delito.** Precedentes: AgRg no REsp 1185761/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 30/10/2014; AgRg no AREsp 175.758/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 14/11/2012 e AgRg no REsp 1053519/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/08/2011.

4. Se, por um lado, o art. 118 do Código de Processo Penal veda a restituição de coisas apreendidas em ações/inquéritos penais antes do trânsito em julgado da sentença, por outro lado, ele também ressalva que tais coisas devem ser mantidas em poder do Juízo "enquanto interessarem ao processo". Precedente.

5. Não havendo provas contundentes de que os bens apreendidos tenham sido adquiridos com produto do crime, nem dúvidas da propriedade do bem, a ausência de provas de que o veículo de propriedade da impetrante tivesse sido utilizado em ocasião anterior para a prática do tráfico de drogas, ou de que tivesse sido especialmente preparado para tal finalidade autoriza a liberação do veículo apreendido.

6. Recurso ordinário a que se dá provimento.

(RMS 50.630/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Assim, não sendo mais útil ao processo o veículo CITROEN/C3, bem como diante da ausência de comprovação de que o automóvel era produto do

Acesso ao Sumário

tráfico de drogas; ou de que foi adquirido com o produto do crime; ou, ainda, que se destinava habitualmente à prática de tal delito, é de rigor a sua restituição à legítima proprietária.

Posto isso, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, a fim de determinar a restituição do veículo CITROEN/C3 GLX 1.4, ano 2005/2006, placas DRN 4423, a MARINES RAMOS DE BRITO, nos termos acima estabelecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008298-76.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que é apelante EDSON TADEU RANGEL PULINO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto por Edson Tadeu Rangel Pulino para ABSOLVÊ-LO da imputação constante na denúncia, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.957)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ FERNANDO VAGGIONE (Presidente) e ALMEIDA SAMPAIO.

São Paulo, 28 de janeiro de 2019.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: LAVAGEM DE DINHEIRO – CRIME ANTECEDENTE – Não é necessária prova segura e inconteste do crime antecedente. Tampouco é exigida a demonstração da autoria delitiva desse delito anterior, que poderá, ainda, ser fulminado pela ausência de culpabilidade – Todavia, nota-se que, no caso concreto, não houve sequer indicação pela exordial acusatória acerca do crime cujos produtos teriam sido embelezados e insertos no sistema financeiro por meio da ação do réu. Esse cenário, portanto, extrapola o traçado pela relativa autonomia entre os dois processos (decorrentes do crime inicial e do presente), trazida pelo artigo 2º, inciso II, da Lei 9.613/98, e encontra vedação no parágrafo primeiro

Acesso ao Sumário

do citado artigo – De todo modo, posto que a análise da retidão da denúncia se vê preclusa com a prolação da sentença condenatória, alvo deste recurso, necessário concluir que não foi minimamente demonstrada a materialidade delitiva do delito de lavagem de dinheiro, o que conduz à imperiosa absolvição do réu.

VOTO

Vistos.

Adotado o relatório da r. sentença (fls. 442 e s.), que passa a fazer parte deste voto, cabe mencionar que se trata de recurso de apelação interposto por **Edson Tadeu Rangel Pulino**, inconformado com a decisão que o condenou às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 17 dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 1º, § 1º, inciso I, da Lei 9.613/98, em continuidade delitiva. Seus corréus, **Roberto Ferreira de Carvalho** e **Rodrigo Pio Novo** foram absolvidos da imputação constante na denúncia, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

A Defesa, em suas razões (fls. 450/456), requer a absolvição por carência probatória, ressaltando que não há sequer identificação do crime antecedente. Subsidiariamente, busca o afastamento dos maus antecedentes, ante a ocorrência de *bis in idem*, e, ainda subsidiariamente, a redução da fração adotada para o mínimo de um sexto.

O Ministério Público apresentou contrarrazões a fls. 458/461 e a Douta Procuradoria de Justiça ofereceu seu parecer, opinando pelo desprovimento do apelo (fls. 470/475).

É o relatório.

Narra a denúncia que o apelante, **Roberto** e **Rodrigo**, entre os dias 09 de novembro de 2012 e 30 de abril de 2013, converteram em ativos lícitos valores provenientes de infração penal, visando ocultar ou dissimular a sua procedência.

Prossegue a exordial acusatória indicando que em 9 de novembro de 2012 **Edson** abriu uma conta corrente na agência bancária do banco Santander, fazendo uso de nome falso. No período mencionado, os acusados fizeram diversos depósitos em cheque, provenientes de ilícitos penais, cujos valores posteriormente eram sacados em espécie.

No que concerne à prova pericial, o laudo de fls. 116/119 examina as cédulas de identidade e as cártulas empregadas no crime. O Laudo de fls. 223/225 não conclui pela assinatura proveniente de Rodrigo Pio Novo nos documentos bancários. Já o laudo de fls. 297/300 conclui que as assinaturas constantes na proposta de abertura de conta, cédula de crédito bancário e termo de contratação

Acesso ao Sumário

de pacote de serviços foram exaradas por **Edson.**

Em seguida, parte-se à prova oral, que carrega a confissão do réu, expondo que o valor movimentado pela conta era, efetivamente, proveniente de crimes diversos.

Todavia, em que pese essa manifestação, carrega razão a combativa Defensoria ao levantar a carência probatória para a condenação.

De início, bem destacou o d. Juízo *a quo* que não é necessária prova segura e inconteste do crime antecedente. Tampouco é exigida a demonstração da autoria delitiva desse delito anterior, que poderá, ainda, ser fulminado pela ausência de culpabilidade. À jurisprudência trazida agrego a que segue, que caminha, em partes, no mesmo sentido:

> Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. LEI Nº 7.492/86, ARTS. 4º, 16 E 22, PARÁGRAFO ÚNICO. CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO. LEI Nº 9.613/98, ART. 1º, VI E VII C/C ARTIGO 1º, § 1º, II C/C ARTIGO 1º, § 2º, II C/C ARTIGO 1º, § 4º. CONEXÃO HÁBIL A FIXAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO PREVENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA QUE PREJUDICA A ANÁLISE DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA DA INÉPCIA DA DENÚNCIA. COMPATIBILIDADE ENTRE OS CRIMES DOS ARTIGOS 4º E 16 DA LEI 7.492/86. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA NA VIA ESTREITA DO *HABEAS CORPUS*. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A conexão probatória impõe a reunião das ações penais para julgamento simultâneo, máxime quando se trata de delitos financeiros apurados em determinado juízo de onde emanam informações de negócios cruzados entre as empresas envolvidas. 2. É cediço na Corte, *verbis*: "*HABEAS CORPUS*. COMPETÊNCIA. JUÍZO PREVENTO. EXISTÊNCIA DE CONEXÃO. APLICAÇÃO DO ART. 72 DO CPP. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA. 1. A questão discutida nos autos do presente habeas corpus diz respeito à competência por prevenção do Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba – PR para o julgamento de ação penal proposta contra o paciente. 2. A competência para julgamento das ações penais referentes ao 'Caso Banestado' foi fixada no Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba – PR, especializada em crimes financeiros. Por esse motivo, a ação penal contra o paciente foi distribuída por dependência àquele Juízo. 3. Percebe-se dos autos a existência de conexão entre as condutas imputadas ao paciente e os crimes investigados nos inquéritos policiais e ações penais instaurados em decorrência do 'Caso Banestado'. 4. Por ocasião do oferecimento da

Acesso ao Sumário

denúncia contra o paciente, o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal da Subseção de Curitiba – PR já estava prevento para as causas referentes ao 'Caso Banestado'. Com efeito, correta a distribuição por prevenção para aquele Juízo. 5. A prevenção não é mero critério para decidir um conflito positivo entre dois juízos igualmente competentes. Ela também possui a função de impedir que se demore na propositura da ação penal, sob o pretexto de não se saber qual o juízo competente. 6. Quando já existente um Juízo prevento, não se aplica a regra do art. 72 do Código de Penal. 7. No presente writ, a impetração não alega ou comprova, em nenhum momento, a ocorrência de algum prejuízo causado ao paciente em decorrência da fixação da competência do Juízo Federal de Curitiba. 8. A alegação de nulidade, relativa ou absoluta, deve ser acompanhada da demonstração de prejuízo, o que não ocorreu na espécie. Precedentes. 9. *Writ* denegado". (HC 103510/PR, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJe 29/10/2009). 3. A decisão de exceção de incompetência relativa que rejeita a alegada incompetência do juízo, declarando-o competente ao afirmar a conexão hábil a manter o feito sob sua jurisdição, torna a matéria preclusa, mercê de eventual nulidade quanto ao critério territorial ser relativa. **4. A denúncia que descreve minuciosamente fatos que se subsumem ao disposto no art. 1º, VI, da Lei 9.613/98, qual seja, o crime contra o sistema financeiro nacional, não é inepta, porquanto traz a narrativa dos crimes antecedentes. Para a instauração da ação penal ou para o ato de recebimento da denúncia, não se faz necessária a certeza quanto aos crimes antecedentes. 5. O processo e julgamento do crime de lavagem de dinheiro é regido pelo Princípio da Autonomia, não se exigindo, para que a denúncia que imputa ao réu o delito de lavagem de dinheiro seja considera apta, prova concreta da ocorrência de uma das infrações penais exaustivamente previstas nos incisos I a VIII do art. 1º do referido diploma legal, bastando a existência de elementos indiciários de que o capital lavado tenha origem em algumas das condutas ali previstas. 6. A autonomia do crime de lavagem de dinheiro viabiliza inclusive a condenação, independente da existência de processo pelo crime antecedente. 7. É o que dispõe o artigo 2º, II, e § 1º, da Lei nº 9.613/98: "O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: II - independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país; § 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime." 8. A doutrina do tema assenta: "Da própria redação do**

Acesso ao Sumário

dispositivo depreende-se que é suficiente a demonstração de indícios da existência do crime antecedente, sendo desnecessária a indicação da sua autoria. Portanto, a autoria ignorada ou desconhecida do crime antecedente não constitui óbice ao ajuizamento da ação pelo crime de lavagem. (...) Na verdade, a palavra 'indício' usada na Lei de Lavagem representa uma prova dotada de eficácia persuasiva atenuada (prova semiplena), não sendo apta, por si só, a estabelecer a verdade de um fato, ou seja, no momento do recebimento da denúncia, é necessário um início de prova que indique a probabilidade de que os bens, direitos ou valores ocultados sejam provenientes, direta ou indiretamente, de um dos crimes antecedentes. Não é necessário descrever pormenorizadamente a conduta delituosa relativa ao crime antecedente, que pode inclusive sequer ser objeto desse processo (art. 2º, II, da Lei 9.613/98), mas se afigura indispensável ao menos a sua descrição resumida, evitando-se eventual argüição de inépcia da peça acusatória, ou até mesmo trancamento da ação penal por meio de habeas corpus. (...) De se ver que, no momento do recebimento da denúncia, a lei exige indícios suficientes, e não uma certeza absoluta quanto à existência do crime antecedente" (*in* Luiz Flávio Gomes - Legislação Criminal Especial, Coordenador Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, Lavagem ou Ocultação de Bens – Renato Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 588/590). 9. *In casu*, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça observou que a ausência de justa causa que justificaria o trancamento da ação penal seria aquela que evidenciasse clara causa extintiva de punibilidade ou fato narrado atípico, *verbis*: "O fato de não estar, de imediato e cabalmente comprovada a ocultação de valores, não indica a impossibilidade de manutenção da ação penal, sobretudo por estarem presentes indícios fortes da ocorrência criminosa. O trancamento da ação penal só é cabível quando evidente está uma causa extintiva da punibilidade, o fato narrado é atípico e ressalta aos olhos, de plano, a ausência de justa causa para o seu prosseguimento, o que não se pode, na hipótese dos autos, se verificar sem aprofundamento na prova, situação totalmente incompatível com o writ. É notório que a vultuosa quantia transacionada internacionalmente é presumidamente de origem ilícita, posto que, se não fosse, não haveria a necessidade de se recorrer a tal caminho obscuro. Diante disto, entendo que a denúncia atacada contém os elementos necessários exigidos em lei, descreve fato típico, há aparentes indícios de autoria e da existência do delito imputado ao paciente, logo, não se justifica o pleiteado trancamento da ação penal." 10. A jurisprudência do E. STF é assente no sentido de que a superveniência de sentença condenatória torna precluso o argumento

Acesso ao Sumário

de ausência de justa causa. Precedentes (HC 102730, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-071 DIVULG 13-04-2011 PUBLIC 14-04-2011 EMENT VOL-02503-02 PP-00169; RHC 86535, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-01 PP-00071 LEXSTF v. 32, n. 374, 2010, p. 272-279). 11. Deveras, as condutas previstas nos artigos 4º e 16 da Lei nº 7.492/86 não se mostram incompatíveis quando imputáveis ao mesmo acusado, uma vez que gerir fraudulentamente se encarta na seara da má gestão da instituição, enquanto fazer operar sem a devida autorização diz respeito ao funcionamento irregular (Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa; Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio: Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa). 12. Consoante a doutrina do tema, as expressões legais "gestão fraudulenta" (art. 4º) e "fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa" (art. 16) não se confundem. "A gestão fraudulenta caracteriza-se pela ilicitude dos atos praticados pelos responsáveis pela gestão empresarial, exteriorizada por manobras ardilosas e pela prática consciente de fraudes" (*in* Mantecca, Paschoal - Crimes contra a Economia Popular e Sua Repressão. São Paulo, Saraiva, 1985, p.41). 13. O termo "fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração falsa" visa coibir atividade não autorizada ou cuja permissão adveio do fornecimento à autoridade competente de documentação não autêntica para a finalidade. O art. 16 não se preocupa com a qualidade da gestão da instituição, como o faz o art. 4º da Lei 7.492/86. 14. Os tipos penais dos artigos 4º e 16 não são incompatíveis, porquanto podem ser praticados em concurso formal, vale dizer, podem configurar-se com apenas uma conduta do agente, conforme doutrina do tema, *verbis*: "Em minha posição o delito tanto poderá ocorrer em instituição financeira regular, autorizada, quanto naquela que funciona sem autorização (TRF4, HC 20060400006062-0/PR, Néfi Cordeiro, 7ª T., u., 4.4.06; STJ, HC 19.909/PR, Jane Silva [Conv.], 5ª T., u., 13.11.07), caso em que haverá concurso formal com o delito do art. 16. A interpretação contrária, ao argumento de que o art. 4º está dirigido somente a instituições regulares, acaba por deixar aquele que atua irregularmente em situação privilegiada." (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 334-335) 15. Consoante dispõe o art. 1º, I, da Lei nº 7.492/86, o legislador pretendeu ampliar a incidência da lei

Acesso ao Sumário

especial penal, *verbis*: "Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.", por isso que não há de se fazer distinção entre instituições regulares ou irregulares, para fins de subsunção ao tipo penal, porquanto a proteção deve recair sobre a lisura, a correção e a honestidade das operações atribuídas e realizadas pelas instituições financeiras e equiparadas, sendo o bem jurídico tutelado a credibilidade das instituições de crédito e a proteção ao Erário. 16. A doutrina do tema assenta: "O inciso II deixa patente que, mesmo que de forma eventual ou esporádica, a pessoa natural que desempenhe quaisquer das atividades dispostas no art. 1º desta Lei será considerada instituição financeira para os fins criminais" (*in* Luiz Flávio Gomes - Legislação Criminal Especial, Coordenador Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, Sistema Financeiro – Adel El Tasse, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 915). 17. No caso em tela, o tribunal *a quo*: "Ao tomar dinheiro, ao fazer câmbio ou depósitos em instituição com aparência de regular, pensa o cidadão estar acobertado pelo Sistema Financeiro Nacional e merece a devida proteção. Ninguém pede ao banco que entra, ou ao consórcio, ou à firma de câmbio, provas da regularidade no sistema financeiro nacional. O dano que vier a sofrer, é dano de ente do sistema financeiro nacional – ainda que de forma irregular". 18. O Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido entendeu não haver contradição na denúncia que imputa ao acusado o crime de fazer operar instituição financeira sem autorização, com o de gestão fraudulenta: "Trata-se, portanto, de um conceito amplo, que não cuida da regularidade da operação da instituição, não existindo, assim, vedação para que a instituição financeira irregular seja gerida fraudulentamente, conforme narra o artigo 4º, da referida lei. Deste modo, penso que a gerência fraudulenta de instituição não guarda necessária relação com a sua autorização para funcionar, razão pela qual, é possível concluir que uma instituição financeira, corretamente autorizada, seja gerida fraudulentamente ou não e, do mesmo modo, também é possível que o crime do artigo 4º ocorra com a instituição não autorizada ou indevidamente autorizada. Esta também pode, apesar desta irregularidade,

Acesso ao Sumário

ser gerida sem fraude, isto é, sem a ocorrência do crime de gestão fraudulenta. Portanto, não há qualquer vínculo entre os crimes, nem mesmo a possibilidade de uma conduta ser abrangida pela outra. Trata-se de uma questão polêmica, que não encontra base jurisprudencial e sequer, doutrinária. Assim, o recomendável é o prosseguimento da ação penal, com a possibilidade de melhor discussão da matéria fora da sede de *habeas corpus*, que tem rito célere". 19. O trancamento da ação penal por meio da via estreita do remédio constitucional consiste em medida excepcional, mercê da análise dos elementos de convicção acerca das circunstâncias avaliadas negativamente na sentença condenatória não é compatível com a via estreita do *habeas corpus*, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. 20. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que, *verbis*: "1. Inviável, nos limites do *habeas corpus*, a apreciação das alegações dos Impetrantes, no sentido de que a) o Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba-PR seria incompetente para processar e julgar a ação penal; b) a denúncia seria inepta; c) não haveria justa causa para a ação penal; e d) os procedimentos de investigação seriam inconstitucionais e ilegais, em razão de que essas questões demandariam exame profundo do conjunto probatório existente nos autos da ação penal, ainda em formação. 2. A alegada inépcia da denúncia e a falta de justa causa, assertivas jurídicas apresentadas pelos Impetrantes, não infirmam a inquestionável validade do ato impugnado. 3. Não se pode trancar a ação penal, quando descritos, na denúncia, comportamentos típicos, ou seja, quando factíveis e manifestos os indícios de autoria e materialidade delitivas. Precedentes. 4. O exame da alegada inocência do Paciente não se coaduna com a via processual eleita, sendo essa análise reservada aos processos de conhecimento, nos quais a dilação probatória tem espaço garantido, na forma constitucionalmente. 5. *Habeas corpus* indeferido." (HC 91158/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 31/10/2007). 21. Demais precedentes da Corte: HC 91158/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 31/10/2007; HC 100.228/SP, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, PRIMEIRA TURMA, DJe 05/02/2010; HC 95156/AM, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, PRIMEIRA TURMA, Dje 20/11/2009; RHC 101358/RJ, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJe 10/09/2010; HC 92844/DF, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, SEGUNDA TURMA, Dje 19/12/2008. 22. Parecer do *parquet* pela denegação da ordem: "*HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE LIMINAR. LAVAGEM DE DINHEIRO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. INÉPCIA DA

Acesso ao Sumário

DENÚNCIA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS CRIMES DOS ARTS. 4º E 16 DA LEI Nº 7.492/86. COMPETÊNCIA. CONEXÃO. COAÇÃO ILEGAL AUSENTE. - Não é inepta a denúncia que evidencia de forma clara e precisa os fatos típicos imputados aos pacientes, lastreando-se em suporte probatório apto a ensejar a viabilidade da ação penal e o exercício da ampla defesa. - O liame entre as provas discutidas em um processo e aquelas pertencentes a outros processos que tramitam em determinado juízo torna-o competente para o processamento e julgamento dos feitos relacionados. - Não há incompatibilidade entre os arts. 4º e 16 da Lei nº 7.492/86, pois inexiste exigência legal de que a gestão fraudulenta se dê em instituição financeira regularmente constituída. - Parecer pelo não conhecimento do *writ*, no tocante ao paciente absolvido, e pela denegação da ordem, com relação ao outro". 23. Ordem denegada.

(HC 93368, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09/08/2011, DJe-163 DIVULG 24-08-2011 PUBLIC 25-08-2011 EMENT VOL-02573-01 PP-00030. Grifos da reprodução.)

Todavia, nota-se que, no caso concreto, não houve sequer indicação pela exordial acusatória acerca do crime cujos produtos teriam sido embelezados e insertos no sistema financeiro por meio da ação do réu.

Mesmo a r. sentença condenatória, a fls. 443, conclui que não é possível apurar qual seria exatamente o delito antecedente (expondo que, ao que tudo indica, tratar-se-ia de estelionato ou furto).

Esse cenário, portanto, extrapola o traçado pela relativa autonomia entre os dois processos (decorrentes do crime inicial e do presente), trazida pelo artigo 2º, inciso II, da Lei 9.613/98, e encontra vedação no parágrafo primeiro do citado artigo:

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente.

Ademais, a necessidade de descrição, ainda que sucinta, do crime anterior é trazida também pela jurisprudência mencionada, vedando hipóteses como a presente, na qual sequer é feita menção, na exordial acusatória, do delito antecedente.

De todo modo, posto que a análise da retidão da denúncia se vê preclusa com a prolação da sentença condenatória, alvo deste recurso, necessário concluir que não foi minimamente demonstrada a materialidade delitiva do delito de lavagem de dinheiro, o que conduz à imperiosa absolvição do réu.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação

Acesso ao Sumário

interposto por **Edson Tadeu Rangel Pulino** para **ABSOLVÊ-LO** da imputação constante na denúncia, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001584-62.2013.8.26.0547, da Comarca de Santa Rita do Passa Quatro, em que são apelantes JOSE FERNANDO NASCIMENTO, ESTEVAN DA SILVA, RUDI DA SILVA SA e CLAUDINEI JOSE BELTRAME, é apelado 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 provimento ao recurso para anular a decisão recorrida, determinando-se o sobrestamento do feito até que seja proferida sentença pelo juiz presidente do Tribunal do Júri. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.306)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente) e GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 31 de janeiro de 2019.

CLÁUDIO MARQUES, Relator

Ementa: Apelação – Crime de falso testemunho (artigo 342, §1º, do Código Penal) – Insurgência contra decisão que condenou os acusados do delito de falso testemunho antes de proferida sentença pelo juiz presidente do Tribunal do Júri – Inteligência do artigo 342, §2º, CP – Possibilidade de retratação – Recurso provido para anular a decisão recorrida, determinando-se o sobrestando do feito até que seja proferida sentença pelo juiz presidente do Tribunal do Júri.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por José Fernando Nascimento e Outros contra a r. sentença que julgou procedente a denúncia para condenar o apelante José Fernando Nascimento como incurso no artigo 342, §1º, do Código Penal, a cumprir a pena de 01 ano, 03 meses e 22 dias de reclusão, além do pagamento de 12 dias-multa, no patamar mínimo legal, em regime aberto e para

condenar os réus Estevan da Silva, Rudi da Silva Sa e Claudinei José Beltrami como incursos no artigo 342, §1º, do Código Penal, a cumprirem a pena de 01 ano e 02 meses de reclusão, além do pagamento de 11 dias-multa, no patamar mínimo legal, em regime aberto. Quanto ao réu Aparecido Donizete Baptista, julgou extinta a punibilidade, nos termos do artigo 107, inciso IV c/c artigo 342, §2º, ambos do Código Penal. Por fim, o foi concedido aos réus o benefício da suspensão condicional da pena privativa de liberdade pelo prazo de 02 anos, mediante as condições especiais de não se ausentar da Comarca onde reside, sem prévia autorização judicial; comparecer pessoal e obrigatoriamente em juízo todos os meses e comprovar que tem atividade lícita.

Em suas razões, alegaram os apelantes, preliminarmente, que nos termos do artigo 342, §2º, do CP, poderia o testemunho ser alterado, antes da sentença, de modo que o fato deixaria de ser punível. Assim, deveriam ser absolvidos, nos termos do artigo 386 do Código de Processo Penal.

No mérito, alegou insuficiência de provas para condenação.

É o relatório.

Infere-se dos autos que os apelantes foram condenados como incursos no artigo 342, §1º, do Código Penal, por entender o magistrado que de forma intencional e consciente, fizeram afirmação falsa com o intuito de fragilizar a prova produzida no inquérito policial que apurou delito cometido por Cláudio Israel Beltrami, o qual foi denunciado por infração ao artigo 121, §2º, inciso IV, do Código Penal.

Entretanto, observa-se que o crime de falto testemunho foi, em tese, praticado em processo da competência do Tribunal do Júri, de modo que a retratação prevista pelo §2º do artigo 342 do CP, pode ser exercida até a data do julgamento pelo Conselho de Sentença.

Assim, tendo em vista que o processo por falso testemunho foi instaurado quando ainda em curso o processo no qual foi, supostamente, foi o falso praticado, vez que ainda não houve sentença, deve o feito ficar sobrestado até que seja proferida decisão pelo Conselho de Sentença.

Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE FALSO TESTEMUNHO. AÇÃO PENAL. INSTAURAÇÃO. POSSIBILIDADE. É possível a propositura da ação penal para se apurar o crime de falso testemunho antes de ocorrer a sentença no processo em que o crime teria ocorrido, desde que fique sobrestado seu julgamento até a outra sentença ou decisão. Recurso provido" (7 STJ REsp 596500/DF Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca Quinta Turma DJ 22/11/2004).

Deste modo, de rigor o sobrestamento do feito.

Diante do exposto, anula-se a decisão recorrida, determinando-se o

Acesso ao Sumário

sobrestando do feito até que seja proferida sentença pelo juiz presidente do Tribunal do Júri.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007853-79.2014.8.26.0322, da Comarca de Lins, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada M.F.O.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO ao apelo ministerial para condenar a acusada M.F.O. à pena de 02 anos de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 10 dias- multa, como incursa ao art. 15, *caput*, da Lei nº 10.826/03, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.677)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), LUIS SOARES DE MELLO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 29 de janeiro de 2019.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – DISPARO DE ARMA DE FOGO – Sentença absolutória – Pleito de condenação – Necessidade – Autoria e materialidade delitiva comprovada – Palavra do policial militar firme e segura, em consonância com o restante do conjunto probatório – Depoimentos que se revestem de fé-pública – Negativas contraditórias – Provas colhidas no inquérito, quando corroboradas em juízo, não devem ser de todo descartadas – Delito de disparo de arma de fogo que é crime de perigo abstrato, que independe de resultado naturalístico para a sua configuração – Regime aberto e substituição da pena – Recurso ministerial provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo **MINISTÉRIO**

PÚBLICO, em face da r. sentença de fls. 323/325, que absolveu M.F.O. da prática do delito previsto no art. 15, *caput*, da Lei nº 10.826/03.

Consta dos autos que, durante pelo menos o ano de 2014, até o dia 18 de outubro, na Rua (...), Cidade de Guaiçara, Comarca de Lins, A.J.G. possuía arma de fogo e munições, de usos permitidos, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência.

Consta, ainda, que, no dia 18 de outubro de 2014, por volta das 17h22min, na Rua (...), altura do nº (...), na mesma Comarca, M.F.O. disparou arma de fogo em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela.

Em relação ao acusado A., o processo foi suspenso em razão de ele ter aceitado a proposta do art. 89, da Lei nº 9099/95, feita pelo Ministério Público.

O feito seguiu, portanto, em face de M., a qual, depois de realizada a instrução, foi absolvida.

Inconformado, apela o Ministério Público, buscando, em síntese, a condenação da acusada (fls. 328/336).

Ofertada as contrarrazões (fls. 341/345), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso ministerial (fls. 354/361).

Relatei.

De fato, razão assiste ao *Parquet.*

A materialidade e a autoria delitivas vêm demonstradas conforme farta documentação juntada aos autos, a saber, portaria (fls. 02), boletim de ocorrência (fls. 05/07), auto de exibição e apreensão (fls. 18/19), laudos periciais (fls. 24/25 e 26/31), bem como, e principalmente, pela prova oral colhida ao longo dos autos.

Vejamos.

M. disse que a arma pertencia ao seu sogro, o qual havia falecido há pouco tempo. Esclareceu que estava fazendo uma arrumação em sua casa e encontrou o artefato, que disparou acidentalmente, pois não sabia que estava municiada. Disse que o disparo não teve nada a ver com a briga de seu marido, até porque ocorreu momentos antes.

A.J.G., na fase inquisitiva, disse que no dia dos fatos estava no bar localizado ao lado de sua residência, que estava em pé na sarjeta conversando em uma roda de conhecidos, quando de repente chegou ao local um indivíduo desconhecido, posteriormente soube que se chamava E.L.B.C., o qual lhe deu um violento empurrão, e, só não caiu porque foi de encontro a uma árvore onde se segurou. Que E., dono do bar, ao ver a agressão, quis revidar, tentando agredir E., mas os demais fregueses entraram no meio impedindo. Contudo, sua mulher, M.F.O., ao ver a confusão e tomar conhecimento de que E. o havia agredido, entrou em sua residência e pegou uma arma de fogo antiga e efetuou um disparo

Acesso ao Sumário

para o chão de terra. Acredita que sua mulher fez isso para assustar o agressor, mas não tinha intenção de feri-lo. Esclareceu que tal arma é uma garrucha antiga, que era de seu avô e estava com seu pai, o qual faleceu há cerca de um ano, quando então a trouxe para sua casa.

E.D.T., proprietário do bar em que aconteceram os fatos, disse na polícia que no fatídico dia A.J. e E. estavam bebendo juntos, quando começaram a discutir. E. tentou agarrar A., mas os presentes no bar separaram. A. deixou o local e logo em seguida a mulher dele, M., foi até o bar e começou a xingar E., o qual também acabou revidando os xingamentos. Em seguida, M. foi para sua casa, que fica a uns quarenta metros do bar. E. permaneceu no local. Voltou a servir os clientes quando ouviu um disparo. Pensou que fosse uma "bomba", mas posteriormente ficou sabendo que foi um disparo de arma de fogo, quando a polícia chegou, e soube que teria sido M. a autoria do disparo.

FABRICIO DANILO KATAOKA, policial militar, disse na fase investigativa que foi acionado a comparecer no local, que era um bar, onde alguém teria realizado um disparo de arma de fogo. Que ao chegar, E. disse que uma mulher, de nome M., residente próximo ao bar, havia disparado contra ele. Disse que compareceu até a casa indicada e encontrou uma garrucha, porém M. negou o disparo, informando que apenas jogou uma "bomba caseira". Destacou que a arma encontrada estava municiada com dois cartuchos, sendo que um deles estava deflagrado.

E.L.B.C. informou na delegacia que estava no bar no dia dos fatos e que começou a discutir com um senhor, chegando a empurrá-lo. Disse que a esposa dele atirou em direção a sua pessoa e outros indivíduos. Escutou o barulho, mas não achou que o tiro fosse em direção ao bar. Depois do disparo, ouviu clientes do bar dizendo "corre... corre... senão ela vai matar você".

Em juízo, o miliciano FABRICIO relatou que foi acionado para comparecer ao local dos fatos ante a ocorrência de um disparo em meio a uma briga. Chegando ao local teve contato com uma testemunha, a qual confirmou a discussão ocorrida momentos antes no estabelecimento e que a esposa de um dos envolvidos havia desferido um tiro. Compareceu até a residência da acusada e apreendeu a arma de fogo utilizada, a qual possuía dois cartuchos, um já deflagrado. Disse que a acusada negou ter realizado qualquer disparo.

A ré, em juízo, negou a imputação, informando que não realizou qualquer disparo, mas sim apenas jogou uma "bomba caseira" no indivíduo que agrediu seu marido.

Como se vê, a prova é farta.

A par das contradições aparentes nos depoimentos da acusada – ora diz que disparou acidentalmente, ora diz que apenas jogou uma "bomba caseira" –, fato é que os elementos de convicção colhidos dão a certeza do disparo.

Acesso ao Sumário

Ora, não bastassem os relatos uníssonos e seguros das testemunhas e do próprio marido da acusada, o qual confirmou o disparo realizado por ela, há, ainda, o laudo residuográfico acostado às fls. 24/25, que atestou micropontos de chumbo nas mãos de M.F.O.; aliado a isto, há, ainda, o fato de a garrucha ter sido encontrada com dois cartuchos, sendo que um deles se encontrava deflagrado.

E, apesar de E., em juízo, não ter se lembrado acerca de qualquer disparo, os fatos foram devidamente corroborados pelo policial FABRICIO, o qual corroborou os depoimentos prestados naquela oportunidade, sendo, ainda, revestido de fidedignidade, pois é funcionário do Estado, vocacionado no importante dever de proteção da população e investigação de crimes.

No mais, não se pode desmerecer o depoimento da testemunha policial apenas por sua condição de agente da lei, sendo firme a jurisprudência neste sentido:

> *"O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar - tal como ocorre com as demais testemunhas - que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência."* **(HC 73518/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 26/03/1996, Primeira Turma, DJ 18-10-1996).**

E consoante lição do mestre ARY BELFORT:

> *"A tese da insuficiência testemunhal quando emane de agentes de Polícia, consiste em velharia em boa hora mandada ao bolor dos armários de reminiscências especiosas. Desde que verossímeis; desde que partidas de pessoas insuspeitas ou desinteressadas, desde que nada se lhes oponha de valia há nenhuma razão, de ordem alguma, para que se repudie a palavra de, precisamente, pessoas a quem o Estado confere a missão importantíssima de, coibindo o crime, operar, e nada menos, a própria prisão."* **(RJTJESP – 136/477).**

Ao contrário: é testemunha que depõe compromissada, com presunção de veracidade por ser funcionário público, narrando sobre os atos que, de ofício, foram praticados no exercício das suas funções.

Em sendo assim, tal depoimento reveste-se de inquestionável eficácia probatória, principalmente quando prestado em juízo, não havendo provas de que teriam o único intuito de incriminar pessoa inocente.

Assim, a prova produzida no inquérito policial não pode ser de todo descartada, mesmo porque está de acordo com o conjunto probatório produzido

Acesso ao Sumário

sob o contraditório.

Confira-se:

"Não se pode dizer, de forma absoluta, ter a prova do inquérito valor meramente informativo. Aquilo que se apura durante a investigação policial há, indubitavelmente, de ser ponderado e examinado como matéria útil ao conhecimento da verdade, dando-se-lhe a credibilidade que merecer, dentro da melhor técnica recomendada pela hermenêutica." **(TACRIM-SP – Rev. – Rel. Valentim Silva – JUTACRIM-SP 22/74).**

"É incontroverso que, na fase judicial, as partes podem produzir provas que possam invalidar aquelas constantes do inquérito policial, mas nem por isso se há de acolher a tese da imprestabilidade do inquérito policial, como se este fosse uma peça descartável após o oferecimento da denúncia." **(TJSP – AP – Rel. Andrade Junqueira – RJTJESP 71/339).**

Ademais, quando citada da acusação, conforme se verifica da certidão de fl. 237, a oficial de justiça disse que a acusada foi até o bar que fica ao lado da sua casa e passou a desferir palavras de baixo calão ao balconista. Depois, negou-se em ouvir a serventuária, declarando que não queria saber do teor do mandato e, ao entregar-lhe a cópia, em que continha a denúncia, jogou-a ao chão, no meio da rua, evidenciando, assim, completo descontrole.

Como bem salientou o Ministério Público em suas razões recursais, "*A fúria apontada pela oficial de justiça, quando da citação da Ré, bem demonstra que seus mecanismos de controle diante de situações adversas são extremamente tênues e limitados.".*

Por fim, e não menos importante, caso realmente se tratasse de um tiro acidental, dentro de sua residência, como informou na delegacia de polícia, bastaria exibir aos policiais o local danificado pelo projétil, o que não ocorreu por um motivo: não foi acidental, muito menos no interior do imóvel, e sim em direção ao bar, na rua.

É o que basta, pois, para a condenação.

Com efeito, o crime ora apurado é delito de mera conduta, que se configura com o simples disparo, não havendo necessidade de que alguém venha a ser lesionado, ferido ou colocado em perigo concreto em razão disso.

Acesso ao Sumário

Note-se que o Estatuto do Desarmamento pune o mero perigo abstrato causado pela posse de arma, apenando, inclusive, a posse apenas de munição, não tendo a lei exigido a efetiva exposição de outrem a risco.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI N.º 10.826/2003). ARMA DESMUNICIADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA. PERIGO ABSTRATO CONFIGURADO. 1. Segundo a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, é irrelevante, para a configuração dos crimes

de posse e porte ilegal de arma de fogo previstos na Lei n.º 10.826/2003, o fato de estar, ou não, a arma municiada. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório" **(HC 213915/ES – Habeas Corpus 2011/0170634-8 – Rel. Min. Laurita Vaz – 5ª Turma – Julgado em 18/10/11).**

Assim, a condenação é de ser mantida em seus exatos termos, tendo a prática do delito pela acusada sido devidamente comprovado nos autos.

Passa-se, por conseguinte, à dosimetria.

Na primeira etapa, fixo a pena-base no mínimo legal, e torno a sanção assim definitiva, à míngua de outras circunstâncias modificadoras. O regime deve ser o aberto, tendo em vista o *quantum* ora fixado, nos exatos termos que dispõe o art. 33, §2º, "c", do Código Penal.

Presentes os requisitos, substituo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade e multa, no mínimo.

Isto posto, **DOU PROVIMENTO** ao apelo ministerial para condenar a acusada M.F.O. à pena de **02 anos de reclusão, em regime inicial aberto, mais o pagamento de 10 dias-multa**, como incursa ao art. 15, *caput*, da Lei nº 10.826/03, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 3030531-16.2013.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes LAESSIO RODRIGUES DE OLIVEIRA, VALNIQUE BUENO e JORGE LUIZ DA SILVA, Apelantes/Apelados JANE CRISTINA FERNANDES DA SILVA TEIXEIRA, IWALOO CRISTINA SANTANA SAKAMOTO DE ALMEIDA e LEONARDO JORGE DA SILVA, é apelado RICARDO PEREIRA MACHADO e Apelado/Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por votação unânime, rejeitadas as matérias preliminares e não conhecido o inconformismo ministerial em relação a José Clevenon Alves Bezerra, negaram provimento aos recursos de Jane Cristina Fernandes da Silva Teixeira, Iwaloo Cristina Santana Sakamoto e Leonardo Jorge da Silva e acolheram parcialmente os demais apelos para, afastada a reincidência de Valnique Bueno e, para Jorge Luís da Silva, no tocante ao roubo, compensada a agravante com a atenuante da confissão espontânea e estabelecido no piso o aumento pelas majorantes, reduzir a pena do primeiro a

Acesso ao Sumário

03 (três) anos de reclusão e as do segundo a 09 (nove) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo unitário e; por Maioria de votos, com fulcro na detração, fixaram o regime inicial semiaberto para Laéssio Rodrigues de Oliveira e o aberto para Valnique, vencido o 3º juiz que não aplicava a detração, cassada a substituição das sanções corporais concedida a Jane, Iwaloo e Leonardo.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.177)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e PAULO ROSSI.

São Paulo, 30 de janeiro de 2019.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa:

1. Preliminar – Incompetência do juízo – Grupo criminoso dedicado ao roubo de obras raras – Mera presunção de envio da "res" para o exterior – Infração em detrimento da União não configurada pela subtração de bens que pertenceram a ex-presidente da República – Competência da Justiça Estadual.

2. Interceptação telefônica – Legalidade – Questão, ademais, já enfrentada no julgamento de *habeas corpus* impetrado em favor de um dos réus – Preclusão.

3. Inépcia da inicial – Conduta suficientemente descrita – Improcedência da alegação.

4. Revelia – Decretação conforme o art. 367, do CPP – Nomeação de defensor – Ausência de cerceamento de defesa.

5. Roubo – Réu confesso e identificado pelas vítimas – Suficiência de provas – Condenação mantida.

6. Associação criminosa – Divisão de tarefas, estabilidade e permanência demonstradas – Manutenção da condenação.

7. Pena – Aumento da básica por especialização em roubo de obras raras, com significativo prejuízo ao patrimônio histórico nacional – Acréscimo maior para o líder – Possibilidade – Culpabilidade maior.

8. Reincidência – Compensação integral com a confissão, considerada para a condenação Súmula 545 do STJ.

Acesso ao Sumário

8. Recidiva – Certidão sem data de trânsito em julgado da condenação – Exclusão.

9. Emprego de arma – Confirmação pelas vítimas – Suficiência para comprovar as respectivas causas de aumento de pena da associação e do roubo – Desnecessidade de apreensão ou de uso por todos os agentes.

10. Roubo – Majorantes – Ausência de fundamentação para aumento diferenciado – Ofensa ao art. 93, IX, da CF – Aplicação da fração mínima.

11. Regime – Alteração – Cabimento – Detração.

12. Substituição da pena corporal por restritivas de direitos – Cassação – Circunstâncias judiciais desfavoráveis.

VOTO

Laéssio Rodrigues de Oliveira, Valnique Bueno, Jorge Luís da Silva, Jane Cristina Fernandes da Silva Teixeira, Iwaloo Cristina Santana Sakamoto, José Clevenon Alves Bezerra e Leonardo Jorge da Silva foram condenados pela MMª. Juíza de Direito da 4ª Vara Criminal da Comarca de Campinas a 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, o primeiro, 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, o segundo e o terceiro, fixado para os três o regime inicial fechado, e 03 (três) anos de reclusão, no equipamento aberto, os demais réus, beneficiados ainda com substituição da sanção corporal por prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, como incursos no art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

A Jorge, impuseram-se ainda as penas de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, inicialmente no regime fechado, e 18 (dezoito) dias- multa, no valor mínimo unitário, pelo crime do art. 157, § 2º, I, II e V, do mesmo diploma legal.

Também acusado de associação criminosa, Ricardo Pereira Machado restou absolvido com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Em preliminar, Valnique, Jorge, Iwaloo, Jane e Leonardo suscitam incompetência do juízo. Leonardo, além disso, argui ilegalidade das interceptações telefônicas, inépcia da denúncia e cerceamento de defesa por ausência de interrogatório. No mérito, todos os sentenciados pedem absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteiam afastamento da causa de aumento da pena da associação criminosa armada e redução das reprimendas, admitida para Jorge a atenuante da confissão espontânea. Laéssio e Leonardo, ademais, requerem respectivamente regime prisional mais brando e substituição da sanção corporal por única restritiva de direitos.

Acesso ao Sumário

O Ministério Público, por sua vez, busca a condenação de Ricardo e regime semiaberto para Jane, Iwaloo, José e Leonardo, bem como cassação das substituições procedidas.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 2.036/2.043, 2.044/2.048, 2.050/2.055 e 2.061/2.070), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento dos recursos defensivos e pelo acolhimento do ministerial.

É o relatório.

1. Não passa de presunção, sem respaldo na prova colhida, a alegação de envio das obras subtraídas para outros Estados ou para o exterior. Os próprios policiais deixaram claro que nada de concreto se apurou nesse sentido, mencionando apenas anúncios em "sites" estrangeiros e listas de possíveis compradores. E tais circunstâncias, por si sós, não bastam para fixar a competência da Justiça Federal.

Tampouco se pode falar em infração em detrimento da União. O mero fato de se tratar de bens relevantes à cultura nacional, com origem em patrimônio de ex-presidente da República, não permite reconhecer-se a hipótese do art. 109, IV, da Constituição Federal. Ademais, conforme se pode verificar nos autos, privada a instituição vítima.

Assim, não configurada qualquer das hipóteses de competência da Justiça Federal, não procede a arguição de incompetência do juízo.

2. As interceptações telefônicas, consoante já bem salientado na sentença, foram autorizadas e executadas em consonância com a legislação pertinente.

De todo modo, cuida-se de impugnação já enfrentada e rejeitada no julgamento do *Habeas Corpus* nº 0208276-85.2013.8.26.0000, impetrado em favor de José. Preclusa, portanto, a matéria suscitada.

3. Consigna a denúncia que os acusados integravam quadrilha armada, atuante em diversas regiões do Brasil e também no exterior, responsável pelo roubo de mais de 200 obras literárias raras pertencentes a instituição cultural, bem como objetos e valores de funcionários e visitantes. Na peça, além das funções de cada réu no grupo, descrevem-se as ações praticadas no assalto ou noutros crimes paralelamente investigados.

Especificamente quanto a Leonardo, indicou-se que era "responsável pela parte operacional da quadrilha e intermediação das vendas das obras de arte no Rio de Janeiro" (fl. 3D).

Como se pode ver, a exordial permitiu o conhecimento do crime imputado. Adequadamente descrita a conduta, possibilitou o pleno exercício do direito de defesa.

De inépcia, portanto, não há que se cogitar.

4. Constatado que Leonardo se mudara, sem avisar, do endereço antes

Acesso ao Sumário

informado (fl. 1.269), correto o decreto de revelia ante a ausência do apelante na audiência de instrução (fl. 1.358), a teor do art. 367 do Código de Processo Penal.

Na ocasião, ao contrário do alegado, também se nomeou defensor para Leonardo (fl. 1.358).

Logo, não verificado cerceamento de defesa.

5. Não se conhece do recurso do Ministério Público em relação a José, pois declarada extinta sua punibilidade nos termos do art. 107, I, do Código Penal (fl. 1.929).

6. Segundo a denúncia, os acusados se associaram para roubar e comercializar objetos de valor histórico, integrantes do acervo de museus, fundações públicas e colecionadores.

Mentor da quadrilha, já conhecido como um dos principais ladrões de obras raras no Brasil, Laéssio planejava as ações, coordenava os comparsas e vendia os bens subtraídos.

Iwaloo comparecia aos locais visados pelo grupo e, apresentando-se como estudante, levantava as informações necessárias para realização dos crimes. Após estes, dava guarida aos assaltantes e levava as mercadorias para potenciais compradores.

Jane igualmente ocultava agentes e obras.

Jorge e Valnique executavam os roubos. O segundo ainda cuidava da logística, providenciando mão-de-obra armada e veículos. Em contraprestação, ficava com parte da "res" e a vendia.

Leonardo era responsável pela parte operacional da quadrilha e intermediava a comercialização dos itens subtraídos.

Ricardo, ex-companheiro de Laéssio, realizava vendas.

José, advogado de Laéssio, auxiliava na organização dos delitos e na manutenção da quadrilha, recebendo parte dos lucros.

Em 08.08.2013, Jorge e mais quatro compareceram ao Centro de Ciências, Letras e Artes de Campinas e, exibindo arma de fogo, renderam quatro empregados. Em seguida, enquanto alguns dos comparsas vigiavam os ofendidos no piso inferior, o denunciado e outro dominaram as pessoas presentes na biblioteca, bem como duas que reparavam o telhado, colocando-as todas com as primeiras vítimas.

Jorge com elas ficou, mantendo-as sob a mira da arma. Os demais assaltantes então começaram a recolher livros e outros objetos raros. Ao final de quase uma hora, apossados mais de 200 itens, bem como celulares e dinheiro dos ofendidos, os roubadores partiram em automóvel.

Autorizadas interceptações telefônicas com base em informações

Acesso ao Sumário

levantadas pela Polícia Civil e a ela fornecias pela Polícia Federal e pela Interpol, verificou-se o envolvimento dos recorrentes nesse delito e noutros que se seguiram.

Constatou-se, por exemplo, a participação de Iwaloo e Valnique no roubo de cerca de 700 gibis raros em 16.10.2013.

Em 06.11.2013, captados diálogos de planejamento de outro assalto, investigadores passaram a monitorar o lugar visado. Iwaloo e Valnique lá apareceram para praticar o crime e, assim, foram presos.

Em seguida, expedido mandado de busca e apreensão, diligenciou-se a residência de Laéssio. No local, presente o acusado, apreenderam-se documentos sobre quadros deixados em antiquário. Tratava- se, conforme depois se apurou, de peças roubadas da instituição em Campinas e deixadas na loja por Iwaloo, identificada por funcionária.

Na casa de Valnique, recuperou-se mais um desses quadros.

Vítimas do assalto foram chamadas para reconhecimento fotográfico e, exibido o retrato de Jorge, apontaram-no como o agente o armado.

Laéssio e Ricardo também foram identificados pelo proprietário dos gibis. Ele declarou que, pouco tempo antes do roubo, recebeu os acusados em seu estabelecimento.

Interrogado, Laéssio afirmou inocência. Já foi condenado por furtos de obras raras, mas não teve qualquer envolvimento nos crimes descritos. Experiente no mercado de objetos de arte ou históricos, no qual atuava intermediando vendas, nada possuía de ilícito. Seus cadernos continham apenas referências sobre livros, com anotações para orientar clientes que precisavam substituir páginas faltantes. Iwaloo, hospedada no imóvel após desentendimento com parente, era a dona das pastas mencionadas pela polícia. Além da codenunciada, tinha amizade com Jane e Ricardo, seu ex-companheiro. José era seu advogado. Nos diálogos interceptados, conversaram sobre honorários a pagar. Encontraram-se na residência de Jane porque o causídico lá estava morando, em razão de infestação de insetos na própria casa, e indicou o imóvel para tratarem de processos (fl. 1.375).

Iwaloo negou qualquer envolvimento com a criminalidade. Apenas era amiga de Laéssio e Valnique (fl.1.375).

Na mesma linha a versão de Valnique (fl. 1.375).

José, falecido algum tempo depois da sentença (fl. 1.924), confirmou que cobrava Laéssio apenas por honorários. Nos diálogos gravados, ao falar que fora parceiro do corréu, quis dizer que atuara como um pai. Quanto a haver declarado que Jane havia sido "ligeira" ao receber a polícia, apenas se valeu de força de expressão, sem maiores conotações. Ela o hospedou, permitindo que trabalhasse na casa dela, enquanto a própria residência passava por dedetização (fl. 1.375).

Acesso ao Sumário

Jane afirmou que, cunhada e estagiária de José, conheceu Laéssio quando este e Leonardo compareceram à casa dela para falar de processos. O advogado para lá se mudara, temporariamente, por conta de infestação de percevejos. Como ela e Laéssio ficaram amigos, o corréu às vezes aparecia para festas ou telefonava. Não tinham qualquer vínculo relacionado a atividades ilícitas (fl. 1.375).

Jorge confessou o roubo em Campinas, mas negou conhecer os codenunciados e até mesmo os coautores do delito. Contratado por credor, atuou para quitar a dívida (fl. 1.375).

Leonardo optou pela revelia.

Maria Alice Peganotte relatou que, durante o trabalho no centro de ciências em Campinas, homem subiu para o andar dela e saiu após breve olhada. Logo voltou com revólver na mão, anunciando assalto, e mandou todos descerem. Assim feito, vigiados todos os reféns no piso inferior, sob a mira do agente armado, três comparsas subiram. Algum tempo depois, ela e as demais vítimas foram levadas para cima e amarradas. Ao final de quase uma hora, os roubadores partiram com mais de 200 livros, além de quadros, transportando tudo em Fiat Fiorino conduzida por quinto agente. Também levaram quase R$ 500,00 dela e celular de colega. Foi por esse aparelho, aliás, que a polícia conseguiu levantar a identidade dos responsáveis pelo crime. Identificou, por fotografia, o assaltante armado. Não reconhece os réus apresentados em juízo (Laéssio, Valnique e Iwaloo) (fl. 1.464).

Os ofendidos Arnaldo Soares Caputo, Viviani Roberta Marques da Silva, Kelly Keiko Koti Dias, Ricardo de Oliveira Rocha e Josiani Bertoli relataram o mesmo, apontando Jorge, na sala de audiência, como a pessoa que as dominou com arma de fogo (fl. 1.375).

O delegado Rodrigo Luís Galazzo contou que, após o roubo, habilitou-se no celular de uma das vítimas chip registrado no nome da esposa de Jorge. Algum tempo depois, a Polícia Federal repassou denúncia anônima que referia a Laéssio, Jorge e alguns outros como responsáveis pelo assalto. Segundo o órgão, ademais, esses e outros acusados já eram conhecidos como membros de quadrilha especializada na subtração de obras de arte no Brasil. Ante tais informações, autorizou-se a interceptação telefônica da linha usada pela mãe de Laéssio, o qual indicara tal número de contato quando preso em Bangu, no Rio de Janeiro. As conversas por ele mantidas confirmaram o envolvimento no roubo em Campinas. Em sua casa, além disso, apreendeu-se lista na qual constavam os quadros roubados, posteriormente recuperados em galeria. Os diálogos também demonstraram que era o mentor de outras ações, como o roubo de gibis raros. Sabia o que subtrair, o valor das coisas e quem teria interesse em comprá-las. Iwaloo, identificada pelo dono das revistas roubadas, concorria passando-se

Acesso ao Sumário

por pessoa interessada em ver ou pesquisar as obras. Também reconhecido pela referida vítima, Valnique executava os delitos, valendo-se de arma de fogo. Leonardo colaborava com a comercialização dos objetos. Jane deu guarida para Laéssio e Leonardo, por alguns meses, a pedido de José, sabendo que se tratava de roubadores. Ela admitiu isso, mas negou participação nos crimes. Não lembra o que se apurou sobre Ricardo (fl. 1.375).

A delegada Denise Florencio Margarida esclareceu que os papéis possuídos por Laéssio registravam consignação de quadros em antiquário e, no estabelecimento, descobriu-se tratar-se de obras roubadas de Campinas. Funcionária ainda reconheceu Iwaloo como a pessoa que levara os objetos. Ela e Valnique foram presos quando se aproximavam da casa de padre referido em conversas de planejamento de roubo, nas quais aludiam a facada recentemente sofrida pela vítima, possibilitando sua identificação. Dentro do carro dos réus, havia fita isolante que, segundo os telefonemas, seria usada para imobilizar o sacerdote. Estavam acompanhados de comparsa, que logrou fugir. Na sequência, procedeu-se à busca na casa de Laéssio e sua prisão. A vítima do roubo dos gibis, evento comemorado nos diálogos interceptados, reconheceu Iwallo e Valnique como autores do crime (fl. 1.375).

A investigadora Denize Mauro Bruno, responsável pelo monitoramento telefônico e pelo cumprimento de alguns mandados de busca e prisão, relatou os fatos nos mesmos termos dos colegas. Acrescentou que Laéssio foi detido em quarto alugado, dividido com Leonardo, Iwaloo e os filhos desta. Pelas interceptações, antes estavam com Jane. O nome de Ricardo foi indicado pela Polícia Federal, pela participação noutro crime com Laéssio. As investigações, todavia, não permitiram concluir se integrava ou não a quadrilha (fl. 1.375).

O policial Rogério Glauco Stevanato contou que Valnique e Iwaloo foram detidos na porta da casa do padre identificado por meio das interceptações. O sacerdote disse que algumas pessoas haviam manifestado interesse em ver sua coleção de objetos raros (fl. 1.375).

Arrolada por Jane, Katia Santos abonou a conduta social da apelante (fl. 1.197).

Diante de tal quadro, correta a condenação de Jorge pelo roubo em Campinas.

Além de confesso, o acusado foi firmemente reconhecido pelas vítimas tanto na fase de inquérito quanto em juízo.

Bem demonstrado ainda que, ao executar o roubo, Jorge desempenhou função que possuía em grupo organizado para a subtração de obras raras.

Numa das conversas telefônicas interceptadas, interlocutor manda recado que atribui o crime a pessoas lideradas por Laéssio, noutra oportunidade ouvido negociando um dos livros roubados em Campinas (fls. 118/119 do apenso): “o

Acesso ao Sumário

trabalho, eles fizeram já. Se ele não me der o dinheiro, vai ficar ruim pra todo mundo (...). Eu aceitei ele me dar um cheque de dez mil. Vai todo mundo pra cadeia (...). Avisa para o Laéssio que, se ele não me pagar, a polícia de São Paulo vai adorar saber quem anda roubando livro aí" (fl. 137).

Os demais diálogos gravados confirmaram a liderança de Laéssio em diversos delitos semelhantes, com distribuição de tarefas entre os comparsas.

Verifica-se o papel de mentor das ações, por exemplo, quando o recorrente conta estar estudando certas coisas e viu "um lugar que tem tudo" (fl. 134), bem como ao dizer que, "antes de fazer a fita, o material já tava vendido" (fl. 124).

Sua ascendência sobre os demais integrantes do grupo também se revela em conversas sobre a responsabilidade de pagá-los. José, inconformado por ser o "último na escala de recebimento", reclama que vê "Laéssio pegando dinheiro, pagando todo mundo; ele paga parceiro que faz fita, ele paga a mãe dele (...), ele só me procura quando ele quer dinheiro" (fl. 128).

Observa-se que o recorrente ainda acompanhava a execução dos delitos. No dia do roubo dos gibis raros, telefona para comparsa que se dirige ao local do crime e, mais tarde, é avisado da volta do grupo e do lugar para encontro (fls. 121/122). Durante os preparativos para o assalto frustrado pela polícia, quando o interlocutor menciona pressa para ir "lá no padre", responde que comparsa "nem ligou para ele ainda" (fl. 151).

A incumbência de vender as obras é exemplificada em diálogo no qual se reclama de sua demora em obter o dinheiro, afirmando-se que "não é o mentor intelectual, não é o cabeça de nada, ele é a burrice de tudo, tem que arrumar outra pessoa para comprar isso daí muito rápido". Mais tarde, o próprio denunciado é ouvido comentando negociação de valores e proposta de receptador (fl. 124).

Iwaloo, interlocutora frequente de Laéssio, colaborava no levantamento de informações e na execução dos crimes. É a pessoa que o corréu refere ainda não ter telefonado para o padre, quem passa informações de que outro "ligou e a secretária dele falou que tinha um monte de coisa" (fl. 173), ajusta com comparsa para fazerem "daquele jeito", levando "só mais uma pessoa" (fl. 174), e, pouco antes da prisão diante da casa do sacerdote, comunica já estar pronta (fl. 174).

No assalto dos gibis, vale lembrar, a vítima a reconheceu como a mulher que compareceu ao local dos fatos para olhar a coleção e, no dia seguinte, voltou com outros para o assalto. Na mesma data, foi ouvida recebendo instruções sobre o que levar (fl. 121) e, após o crime, avisando Laéssio do retorno do grupo (fl. 122).

Importante ainda lembrar ainda que Iwaloo foi identificada como a pessoa que deixou no antiquário quadros levados no assalto de Campinas, cuja relação constava das coisas de Laéssio.

Acesso ao Sumário

Valnique, em cuja residência recuperada uma das pinturas roubadas (fls. 282/284 e 375), igualmente reconhecido no caso dos gibis e detido na porta da casa do padre com Iwaloo, mostrou-se responsável pela logística na execução dos roubos. É ele a pessoa que, nos diálogos supramencionados, instrui a corré sobre o que levar para o primeiro assalto e com ela trata sobre a estratégia do segundo, atuando de maneira semelhante com outros interlocutores. No dia em que subtraídas as revistas, por exemplo, ao receber aviso de deslocamento de parte do grupo para o local, informa que outro está chegando e vai pegar os primeiros (fl. 121). Para um dos agentes, diz que "não precisa usar aquela coisa, aquela máscara. Não precisa hoje" (fl. 121).

Verifica-se ainda que Valnique arregimentava mão-de-obra para a realização dos planos. Em conversa com Iwaloo, Laéssio conta que o codenunciado "vai colocar um pessoal mais barato, só pra carregar. E sobra o grosso pra nós" (fl. 135). Durante o planejamento da ação que resultou em sua prisão, após combinar "uma oração no padreco" na quarta e, "na quinta, pá", anuncia: "o rapaz que vai trabalhar comigo já está lá. Já tá no pente. Vai só nó três e o menino aí" (fl. 164).

Na sequência desse diálogo, nota-se que também lhe cabia providenciar arma de fogo. Comenta com Iwaloo que precisam de "uma máquina legal" e "vai ter que colocar o negócio na porta, para não dar problema lá" (fl. 164).

Leonardo era membro atuante na área operacional. Conforme se verifica nas ligações em que é questionado por Laéssio sobre o paradeiro do grupo e, na sequência, para obter a informação, entra em contato com Valnique, teve participação direta no caso dos gibis, acompanhando Iwaloo. Após o crime, aliás, ao responder a pergunta sobre a experiência, diz que "tirou a poeira, estava enferrujado" (fls. 121/122).

Noutras conversas, evidenciada ainda a colaboração na venda das coisas subtraídas. Ante reclamação de que Laéssio não pagava, explica: "eu ajudo ele a ganhar o capital, é isso que eu faço. Mas não posso arcar com prazo, aquilo outro, porque esse problema não me compete" (fl. 130). Noutra ocasião, atualiza Laéssio sobre os valores levantados e os previstos. Relata que lhe disseram "aqui você tá vendo 47; em cheque já tem 70; mais um jurozinho e mais o que ele te adiantou, tá pra lá de 100". E conclui que "cenzinho, então tá bom, pois o nosso material já tá avaliado um milhão" (fl. 129).

Jane, de acordo com o delegado Rodrigo, admitiu que acolhia os codenunciados mesmo sabendo que roubavam. E, além de nada nos autos indicar interesse da testemunha em prejudicar inocente, é o que também se depreende das interceptações.

Após busca na residência da recorrente, José comenta que a polícia "foi na Teté" e perguntou de todos, mas ela "foi ligeira nisso daí e disse que Laéssio

Acesso ao Sumário

e Leonardo não moraram com ela", "contou a estória certinha, que o advogado estava com problema de percevejo em casa e veio receber o Laéssio aqui" (fl. 125).

Noutro diálogo, a confirmar a participação no grupo, interlocutor sugere deixar recado com Jane se necessário entrar em contato com Laéssio, pois este era objeto de monitoramento telefônico (fl. 128).

Valnique também se refere à codenunciada, apontando-a como pessoa que possivelmente iria "ligar pro cara" relacionado a entrega de "moeda" (fl. 161).

As gravações demonstraram ainda a estabilidade e a permanência do grupo criminoso.

Num dos telefonemas, Laéssio diz para Iwaloo que Valnique "quer fazer dez coisas até novembro, porque depois acaba o prazo", acrescentando ter referido que a acusada "queria fazer um trabalho grande, para sair de férias" (fl. 135).

Noutra oportunidade, ao falar para Iwaloo que também trocará chip do celular, declara que o bando "tem que terminar os dois projetos este ano e, ano que vem", "volta no estilo antigo" (fl. 132).

Logo, acertada a condenação de Laéssio, Iwaloo, Valnique, Leonardo, Jane e Jorge por associação criminosa.

É de se manter também a absolvição de Ricardo.

Apesar de próximo a Laéssio, nada se apurou que demonstrasse participação do recorrido no grupo liderado pelo corréu. Os próprios policiais admitiram incerteza a esse respeito.

Nunca é demais lembrar que a condenação criminal demanda certeza e, se dúvida houver, a solução deve ser a mais favorável ao réu.

Quanto à pena pela associação, adequada a elevação da básica de Jane, Valnique, Iwaloo, Jorge e Leonardo ao dobro do piso legal.

Conforme bem ressaltado na sentença, os réus constituíam organização altamente especializada na subtração de obras raras, com significativo prejuízo para o patrimônio histórico nacional, merecendo a procedida reprovação.

Laéssio, além disso, liderava o grupo, valendo-se de conhecimentos técnicos para escolher os bens a subtrair e viabilizar a comercialização clandestina. Logo, justificada a fixação de sua sanção no teto cominado.

Anote-se que, devido à estipulação da reprimenda máxima já na primeira fase do cálculo, a Juíza deixou de aplicar aumento pela reincidência, adotando interpretação extensiva da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Ante a comprovada recidiva de Jorge (fl. 1.467), adequado o respectivo aumento de 1/6 sobre sua reprimenda.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que o sentenciado admitiu apenas o roubo, negando que fazia parte da associação criminosa. Quanto a este crime, portanto, inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

No caso de Valnique, cumpre excluir-se a agravante, pois identificada com fulcro em certidão que não registra a data do trânsito em julgado da condenação (fl. 1.134).

Correto, por sua vez, o acréscimo de metade pela quadrilha armada.

As vítimas atestaram o emprego de arma de fogo no roubo, obra do grupo criminoso, e é o que basta para se reconhecer a correspondente causa de aumento, pouco importando que não apreendido o instrumento, já que a circunstância pode ser suprida por qualquer outro elemento de convicção, inclusive a prova oral.

Esse o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 96099/RS, realizado na sessão plenária de 19 de fevereiro de 2009.

Na ocasião, consignou-se que "não se mostra necessária à apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato".

Naquela mesma oportunidade, afirmou-se também que, mesmo não sendo capaz de disparar projéteis, a arma de fogo "pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves".

Vale ainda destacar que, para caracterização da majorante, desnecessário que todos os agentes estejam armados (STF, RTJ 102/614).

Em consequência, a pena de Valnique pela associação fica reduzida a 03 (três) anos de reclusão, inalteradas as sanções dos corréus por tal crime.

No que tange às reprimendas de Jorge pelo roubo, verifica-se que as básicas permaneceram nos patamares mínimos, apesar das considerações negativas da Magistrada sobre as circunstâncias do delito.

O acréscimo pela comprovada reincidência, no entanto, deve ser compensado integralmente com a atenuante da confissão espontânea, de aplicação obrigatória, nos termos do art. 65 do Código Penal, e sempre preponderante.

Acesso ao Sumário

A rendição, conforme tem ressaltado a jurisprudência, "por ser de suma importância para o deslinde do feito, servindo para dirimir quaisquer dúvidas que venham a surgir no espírito do julgador, é atenuante de primeira grandeza, devendo prevalecer sobre quaisquer circunstâncias agravantes, mesmo se for a da reincidência" (RJDTACRIM 47/87).

Em igual sentido, afirmou-se ainda que a confissão espontânea revela a personalidade do agente e, por conseguinte, constitui circunstância preponderante para os fins do art. 67 do CP (STF, HC 101.909/MG, rel. Min. Ayres Britto, j.

em 28/02/2012).

Como se não bastasse, expressamente considerada a rendição para a condenação (fl. 1.763). Nesse caso, estabelece a Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça que "o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal".

As majorantes do roubo restaram bem demonstradas.

O concurso de agentes deflui da própria dinâmica dos fatos narrados.

Os ofendidos também confirmaram o emprego de arma de fogo, o que autoriza a identificação da causa de aumento, conforme já mencionado.

A majorante da privação de liberdade das vítimas também era medida que se impunha ante os relatos de que permaneceram reféns dos agentes por cerca de uma hora, lapso mais do que suficiente para a consumação do delito.

Não fundamentado, todavia, o respectivo acréscimo de metade, em flagrante violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal. Só resta, portanto, a aplicação da fração mínima de 1/3.

O acréscimo pelo concurso formal, apesar do número de patrimônios lesados na mesma ação, foi o mínimo de 1/6.

Em resultado, as penas de Jorge pelo roubo ficam definidas em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo unitário.

Em razão do concurso material com a associação criminosa, o total das penas do apelante passa a ser de 09 (nove) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa de 15 (quinze) diárias, no piso.

O regime inicial, em face da recidiva e da quantidade da reprimenda, não comporta abrandamento.

É de se manter o equipamento inicial aberto para Jane. Apesar de graves as ações da quadrilha, a sentenciada nelas não tinha participação direta, limitando-se a dar guarida aos corréus. Assim, além de compatível com a sanção imposta, suficiente a medida para reprovação e prevenção da conduta, mormente se considerado que se trata de ré primária e sem antecedentes, sem notícias de outras atividades ilícitas.

Quanto a Iwaloo e Leonardo, forçoso reconhecer que as circunstâncias pelas quais exasperadas as penas-base, somadas à relevância dos papéis exercidos pelos réus na quadrilha, obstavam a procedida opção pelo estágio aberto. Cumpria impor-se o semiaberto, tal qual postulado no apelo ministerial.

Ocorre que Iwaloo e Leonardo ficaram cautelarmente recolhidos, por este processo, de 06.11.2013 a 18.08.2015 (fl. 1.457) e 27.11.2015 a 03.02.2017 (fl. 1.774), respectivamente. Resgatado mais de 1/6 das reprimendas, ambos fazem jus à detração, só restando agora preservar-se o regime final.

Acesso ao Sumário

Para Valnique, afastada a reincidência, era possível desde logo o equipamento prisional intermediário, em vez do fechado. Nesse cenário, tendo em vista que sua prisão provisória se estendeu de 08.11.2013 a 13.08.2015 (fls. 1.460/1.461), lapso superior a 1/6 da sanção ora imposta, ao sentenciado também se aplica a hipótese do art. 387, § 2 º, do Código de Processo Penal, impondo-se o regime aberto.

Quanto a Laéssio, adequado o regime inicial fechado ante a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis. No entanto, preso provisoriamente de 08.11.2013 a 13.08.2015 (fls. 1458/1459), igualmente tem direito à detração. Em consequência, para início de resgate da corporal, adota-se o equipamento semiaberto.

Assiste razão ao órgão ministerial ao impugnar a substituição procedida em favor de Leonardo, Jane e Iwaloo, pois incompatível a medida com circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 44, III, do CP). De rigor, portanto, a cassação do benefício em relação aos três sentenciados.

7. Frente ao exposto, rejeitadas as matérias preliminares e não conhecido o inconformismo ministerial em relação a José Clevenon Alves Bezerra, nega-se provimento aos recursos de Jane Cristina Fernandes da Silva Teixeira, Iwaloo Cristina Santana Sakamoto e Leonardo Jorge da Silva e acolhem-se parcialmente os demais apelos para, afastada a reincidência de Valnique Bueno e, para Jorge Luís da Silva, no tocante ao roubo, compensada a agravante com a atenuante da confissão espontânea e estabelecido no piso o aumento pelas majorantes, reduzir a pena do primeiro a 03 (três) anos de reclusão e as do segundo a 09 (nove) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo unitário, bem como, com fulcro na detração, fixar o regime inicial semiaberto para Laéssio Rodrigues de Oliveira e o aberto para Valnique, cassada a substituição das sanções corporais concedida a Jane, Iwaloo e Leonardo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003617-31.2013.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante EDNA ALVES DE ARAÚJO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para absolver Edna Alves de Araújo, com fundamento no art. 386, I, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.780)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e CARLOS BUENO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2019.

FRANCISCO BRUNO, Relator

Ementa: Apelação. Tentativa de estelionato. Denúncia contraditória, impossibilitando a plena defesa da acusada, por descrever duas condutas diversas para obter o mesmo fim. Anulação, porém, que viria em prejuízo da ré. Conduta de que ela afirma ter-se defendido inexistente, como reconheceu o próprio Ministério Público (implicitamente) em suas alegações finais. Decisão absolutória que se impõe, desde logo.

VOTO

Ao relatório da r. sentença (fls. 512 e ss.), acrescento que Edna Alves de Araújo foi condenada a oito meses de reclusão, regime aberto, e sete dias-multa, no mínimo, por infração do art. 171, *caput* , c.c. o art. 14, II, do Código Penal; a privativa de liberdade foi substituída por dois salários-mínimos de prestação pecuniária. Apelou (fls. 532 e ss.), afirmando não ter a r. sentença respeitado os limites da denúncia; acrescentou não terem sido demonstrados os fatos nem a materialidade do delito.

Respondido o recurso (fls. 573 e ss.), manifestou-se o assistente de acusação (fls. 579 e ss.); a douta Procuradoria Geral de Justiça é pelo não provimento (fls. 601 e ss.).

É o relatório.

Embora seja de lamentar, e com todo o respeito, o processo é nulo a partir da denúncia, inclusive: ela é contraditória e, obviamente, não permitiu à apelante sequer saber do que estava sendo acusada.

Para demonstrá-lo, transcrevo abaixo trechos dela (fls. 179 e ss.; especificamente, fls. 180 e 181; os destaques são meus, omitidos os do original):

> Segundo consta, a denunciada registrou o BO n.° 1.230/2012, no DP de Cubatão/SP, noticiando fraudulentamente a subtração do veículo Mitsubishi Pajero TR4 4x4, placas DXQ-8610. (…)
>
> Então, **após ocultar o referido veículo** e comunicar o falso sinistro (n.° 960221228), induzindo a seguradora em erro, a denunciada tentou obter, para si, vantagem ilícita, consistente em indenização no valor do seguro. (…)
>
> Por meio de auditoria, a empresa segurada apurou que o veículo **nunca foi visto estacionado nas proximidades ou em poder da denunciado**.

Acesso ao Sumário

> Pelo contrário, segundo consta, ela se utilizava de uma bicicleta como meio de transporte.
>
> Ademais, **as condições econômicas da denunciada indicam que ela não possuía capacidade financeira para adquirir e manter** um veículo Pajero TR4 4x4, pois na época dos fatos (período de 2010 a 2012**) ela não possuía saldo em conta bancária (fls. 160/165) e sequer apresentou declaração de bens à Receita Federal.**

Ora, de que estava sendo acusada a apelante? De comprar um veículo, ocultá-lo, criar roubo inexistente e tentar receber o seguro, ou de criar a existência (*rectius*: a compra) do próprio veículo e, em seguida, por meio de um pretenso roubo, tentar receber o seguro?

Como bem anotou a douta Defensora, em excelentes razões de recurso, ao final da instrução o Ministério Público acabou por escolher a segunda hipótese; porém, é inegável que a denúncia, tal como formulada, quando menos dificultou enormemente a defesa. É o que a douta Defensora afirma (fls. 534; os destaques são do original):

> A acusada ainda juntou, a fls. 347/348, **VISTORIA DO VEÍCULO, REALIZADA NO DETRAN**, em 4/5/12, para demonstrar que o bem havia sido aprovado para circulação, de modo que se encontrava em perfeito estado.
>
> Tendo em vista que a acusação versava sobre OCULTAÇÃO DE VEÍCULO, a defesa técnica tratou de concentrar a atividade probatória no sentido de demonstrar que a alegação não era verdadeira.

Ora, creia-se ou não na afirmativa, é bastante claro que, juridicamente, ela é irretorquível: o prejuízo à defesa foi inequívoco, não se podendo deixar de reconhecer afronta a direito constitucional dos mais sagrados.

Todavia, a anulação do feito viria em claro prejuízo da apelante: tendo em vista o que dispõe o art. 110, § 1.°, *fine*, do Código Penal, nada impediria fosse apresentada nova denúncia, e fosse ela submetida a novo processo – isso passados mais de seis anos dos fatos.

Daí por que é caso de absolvê-la, desde logo, pena de afrontar outro direito não menos sagrado: a proibição da *reformatio in pejus* . E, tendo em vista que o próprio Ministério Público, nas alegações finais, reconheceu a inexistência do fato de que a vítima afirma ter-se defendido, esse há de ser o fundamento da improcedência (prova da inexistência do fato **de que a ré se defendeu**).

Pelo exposto, meu voto **dá provimento** ao recurso, para absolver Edna Alves de Araújo, com fundamento no art. 386, I, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005809-98.2016.8.26.0619, da Comarca de Itápolis, em que é apelante SÉRGIO LUIZ CORRÊA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento. Expeça-se alvará de soltura clausulado. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 9.200)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores LUIZ FERNANDO VAGGIONE (Presidente sem voto), ALMEIDA SAMPAIO e FRANCISCO ORLANDO.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2019.

KENARIK BOUJIKIAN, Relatora

Ementa: Furto qualificado. Art. 129, §4º, incisos I e IV, §6º do Código Penal.

1. Preliminar de nulidade. Alegação de que a sentença foi *extra/ultra petita*. Inocorrência. De acordo com o principio da correlação entre a sentença e a acusação, o provimento jurisdicional deve se amoldar ao pedido deduzido, sob pena de configurar sentença *extra petita*. O juiz não está vinculado à capitulação legal da denúncia proposta pelo Ministério Público, mas sim aos fatos nela descritos. Hipótese em que os fatos atribuídos ao réu encontram-se regularmente descritos na denúncia.

2. Conjunto probatório fornece certeza quanto à autoria e materialidade delitiva.

3. Concorrência de duas formas qualificadas no crime de furto, aquelas previstas no artigo 155, §§4º e 6º, do Código Penal. Hipótese em que a conduta do acusado deve ser enquadrada em apenas uma delas. Furto de "bem semovente domesticável de produção". Prática delitiva descrita no §6º, considerando-se nela subsumida em observância ao princípio da especialidade.

4. Pena-base fixada em 1/5 (um quinto) acima do mínimo legal, 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24

Acesso ao Sumário

(vinte e quatro dias) dias de reclusão. Mantida em observância às circunstâncias do delito.

5. Afastada a causa de aumento prevista no artigo 155, §1º, do CP, pois aplicável apenas à pena cominada para o furto simples e quando o crime é praticado em residência habitada, situação não verificada.

6. Pena fixada em 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro dias) dias de reclusão.

7. Fixado regime inicial aberto, nos termos do art. 33, §2º, alínea "c", tendo em vista a quantidade de pena fixada, a primariedade do réu e o tempo de prisão cautelar.

8. Substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, e na prestação pecuniária de 1 (um) salário mínimo.

Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos

Trata-se de apelação interposta por Sérgio Luiz Corrêa (fls. 491/497) contra sentença (fls. 458/477), que o condenou ao cumprimento de 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, tendo-o como incurso no artigo 155, §4º, incisos I e IV e no §6º, do Código Penal. O réu foi absolvido com relação ao delito previsto no artigo 288 do Código Penal com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Preliminarmente, a Defesa requer reconhecimento de nulidade da sentença, pois houve decisão *extra* e/ou *ultra petita* ao incluir a capitulação prevista no artigo 155, §6º, do CP para agravar a pena imposta ao réu. Sustenta não ser possível majorar a pena-base considerando o número de qualificadoras, tal como aplicadas na sentença. Requer a desclassificação do delito para a forma tentada porque o réu foi detido logo após o delito, sem que tenha tido posse mansa e pacífica. Sustenta ser inaplicável a causa de aumento atinente ao repouso noturno. Por fim, alega ser possível a fixação de regime aberto, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e destaca que o acusado é primário e portador de bons antecedentes.

O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 154/157) aduzindo o acerto da sentença.

A D. Procuradoria de Justiça (Dr. Edilson Mougenot Bonfim) opinou pelo

Acesso ao Sumário

não provimento do recurso defensivo (fls. 553/564).

É o relatório.

Consta da denúncia que no dia 09 de novembro de 2016, por volta de 00h30min, na propriedade rural denominada Sítio São Sebastião, localizada no Bairro da Onça, zona rural, Itápolis, Sergio Luiz Correa, associado com pelo menos outras três pessoas não identificadas para o fim específico de cometerem crimes patrimoniais, em especial o furto de cabeças de gado, agindo em concurso, cada qual aderindo à conduta do outro, subtraíram para eles coisas alheias móveis, consistentes em 22 (vinte e duas) cabeças de gado da raça nelore, avaliadas no total de R$ 39.600,00 (trinta e nove mil e seiscentos reais), pertencentes à vítima Antônio de Agostini Neto, mediante arrombamento da cerca da propriedade rural.

Pois bem.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

Não se trata de sentença *extra petita* ou *ultra petita*. De acordo com o principio da correlação entre a sentença e a acusação, o provimento jurisdicional deve se amoldar ao pedido deduzido, sob pena de configurar sentença *extra petita.*

Porém, o juiz não está vinculado à capitulação legal da denúncia proposta pelo Ministério Público, mas sim aos fatos nela descritos.

Nesse sentido, destaco dos ensinamentos de Eugênio Pacelli:

> O juiz criminal estaria vinculado apenas à imputação dos fatos, atribuindo-lhes, uma vez reconhecidos, a consequência jurídica que lhe parecer adequada, tanto no que respeita à classificação (juízo de tipicidade) quanto à pena e à quantidade de pena a ser imposta. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p.646)

No caso em tela, verifica-se que a denúncia (fls. 01/03) descreveu a conduta do réu consistente em, por volta de 00h30min, subtrair vinte e duas cabeças de gado nelore, para tanto, houve participação de terceiros nessa empreitada, que arrombaram uma cerca para acessar o sitio onde a *res furtiva* encontrava-se. O réu foi condenado com incurso artigo 155, §4, inciso I e VI, e no §6º, do Código Penal.

Portanto, forçoso concluir que há correlação entre o fato imputado ao réu e ao delito ao qual foi condenado, o que enseja a rejeição da preliminar suscitada pela Defesa.

A prova é segura e firme para embasar o decreto condenatório.

A materialidade delitiva restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 04/05), boletim de ocorrência (fls. 16/19), auto de exibição e

Acesso ao Sumário

apreensão (fls. 20/21), auto de avaliação (fls. 63), laudo do local dos fatos (fls. 187/190), bem como através da prova oral (fls. 239; 322/337; 390/394).

A autoria está devidamente comprovada pelas provas colhidas sob o crivo do contraditório.

Ao ser interrogado em juízo, o réu Sérgio Luiz Corrêa negou que tenha praticado furto. Disse que seu interrogatório policial não condiz com a realidade dos fatos, pois, apresentou aquela versão porque foi agredido pelos policiais militares da cidade de Taquaritinga. Relatou que é rolista na compra de automóveis e que um indivíduo chamado Rogério lhe procurou em sua chácara perguntando se o acusado queria comprar um caminhão, sendo que não efetivou a compra, pois não tinha condições financeiras. O indivíduo fez uma proposta e perguntou se não realizaria um frete, especificamente buscar gado, e que como pagamento receberia o valor de R$ 500,00 (quinhentos reais). Aceitou o serviço. Não realizou outros negócios com Rogério anteriormente. Explicou que dirigia o caminhão de Rogério, enquanto seguia o veículo em que ele estava sozinho, um automóvel da marca gol. Já era tarde quando chegaram ao local, pensou em retornar, mas teve medo, então transportou os animais após carregar o caminhão. Perguntou o motivo da cerca cortada e ele disse que o mata-burro estava quebrado. Esclareceu que, com o caminhão carregado, foi parado pela polícia militar e foi agredido por policiais para assinar os papéis. Explicou que não conhecia os outros envolvidos. Confirmou que Fernando era seu cunhado, mas que não conhece Nei e Jurandir. Relatou que não se lembra muito bem sobre os telefones que informou a polícia em seu interrogatório policial, disse que estava assustado, pois nunca tinha passado por uma situação semelhante e os policiais militares estavam lhe agredindo. Finalizou dizendo que estava sozinho no caminhão quando foi abordado e que em seu caminhão havia 10 (dez) cabeças de gado (mídia).

Ouvida em juízo, a vítima Antônio de Agostini Neto disse que recebeu uma ligação durante a madrugada, onde o interlocutor lhe perguntava se estava na propriedade, pois os cachorros nas imediações estavam latindo e que do local saía um caminhão. Acionou a polícia dirigiu-se até o local, que aparentava normalidade. A porteira e o cadeado estavam intactos, entretanto ao olhar para o lado percebeu que os fios estavam cortados e que os palanques estavam fora do lugar, dando passagem para os veículos passarem. Informou que os policiais identificaram os rastros deixados, sendo possível vislumbrar por onde os indivíduos saíram. Contou que nesse momento, a pessoa que havia lhe avisado sobre os caminhões mostrou por onde eles saíram. Salientou que os policiais já haviam iniciado a busca dos responsáveis pelo furto e que se dirigiram para o sentido de Taquaritinga, seguindo as trilhas deixadas pelos canaviais. Esclareceu que os policiais encontraram o caminhão na estrada e que havia dois caminhões e ambos estavam sendo escoltados por um veículo marca Gol, que se

Acesso ao Sumário

evadiu. Foram furtadas 22 (vinte e duas) cabeças de gado, mas no momento que chegou na propriedade não conseguiu contá-las por ser de madrugada. Um dos condutores dos caminhões fugiu e ao chegar à Delegacia de Polícia da cidade de Taquaritinga, descobriu que se tratavam de 22 (vinte e duas cabeças), pois já havia sido feito o auto de apreensão. Contou que o condutor do caminhão abordado era a o denunciado, ou seja, Sérgio Luiz Correa. Esclareceu que o gado lhe pertencia, pois eram marcados no cupim com uma marca tradicional de sua família. O vizinho havia ligado informou sobre o furto não visualizou quantas pessoas estavam no local, pois ele não foi até lá. Relatou que, para o manejo do gado no tempo de 30 minutos, eram necessários de 3 (três) a 4 (quatro) cavaleiros, e na situação do caso em tela, provavelmente os criminosos estariam encurralando o gado, acreditando serem necessárias no mínimo 6 (seis) pessoas. Disse que os indivíduos saíram e entraram pelo buraco feito na cerca, existindo marcas no chão. Narrou que das cabeças recuperadas 3 (três) morreram, 1 (uma) no local devido ao transporte e as outras 2 (duas), morreram dias depois. Segundo a testemunha, os animais que morreram valiam em torno de R$ 2.300,00 (dois mil e trezentos reais) cada, pois acabaram de parir, e acrescentou que os bezerros foram deixados para trás. Em relação a cerca, com R$ 50,00 (cinquenta reais) ou R$ 100,00 (cem reais), era possível repará-la. Posteriormente a prisão do réu, na semana seguinte, entraram em contato avisando que uma de suas vacas estava na pista com uma corda amarrada. Quando entraram em contato avisando sobre o furto do gado, era 1:10 da manhã, mas que o seu vizinho já escutava barulhos há algum tempo. Explicou que o valor passado na delegacia, sendo de R$ 1.800,00 (um mil e oitocentos reais), era a média do valor das vacas restituídas, enquanto o valor de R$ 2.300,00 (dois mil e trezentos reais), era referente às três vacas que morreram. Finalizou dizendo que ninguém mora na propriedade (mídia).

A testemunha Sidney Mendes, policial militar, disse que se encontrava em serviço, juntamente com o soldado Rodinei. Foram informados pelos policiais militares da cidade de Itápolis, que disseram ter ocorrido um furto de gado num sítio de um bairro rural desta cidade. Dirigiram-se para a rodovia, onde se depararam com dois caminhões, ficando a testemunha com um caminhão e seu parceiro com outro, recebendo auxílio da Força Tática de Matão. Abordou o caminhão do réu, que estava sozinho. O outro condutor jogava o caminhão para cima das viaturas, pegou a vicinal de Santa Ernestina, entrou num canavial abandonando o veículo e evadiu-se. Recuperaram 22 (vinte e duas) cabeças de gado, apreenderam um telefone celular e algumas anotações dentro do caminhão de Sérgio, anotações que provavelmente se referiam a outros furtos, constando datas e locais.

Verificou o certificado de licenciamento do caminhão em que Sérgio estava, constatando que era produto de crime. O acusado disse que existia um carro, marca Gol com outros indivíduos, que auxiliaram na prática do furto.

Acesso ao Sumário

Encontraram 10 (dez) animais no caminhão do denunciado e outros 12 (doze) no caminhão que foi abandonado. Disse que o réu informou acerca da existência do Gol, porém os policiais não encontraram. Relatou que o réu ao ser abordado confessou que pertencia a um grupo que praticava furtos no sul de Minas e em todo Estado de São Paulo, porém na região era a primeira vez. Comentou que durante a abordagem, o acusado tentou fugir, parando a mais de um quilômetro do sinal de parada. No momento da abordagem, estava acompanhado somente de seu parceiro, já que as outras viaturas foram atrás do outro caminhão (fls. 322/337).

No mesmo sentido foi o depoimento o depoimento da testemunha Rodnei Francisco da Silva, policial militar (fls. 322/337).

As testemunhas Naine da Conceição Silva e Fabiano Ferreira Lima não presenciaram os fatos e fizeram relatos sobre a pessoa do réu (mídia).

Este conjunto probatório fornece certeza no tocante à materialidade e autoria delitiva.

Forçoso reconhecer que a autoria restou bem demonstra, pois os policiais foram claros ao afirmar que o réu foi preso na direção do caminhão, quando transportava os bens subtraídos, não sendo admissível acolher a negativa do réu acerca da ciência de que participava de um furto.

O delito ocorreu em horário avançado da noite, com rompimento da cerca que guarnecia o local onde o gado estava, além do veículo serem conduzidos com luzes apagadas.

Ademais, não há que se acolher a tese recursal no tocante ao reconhecimento da forma tentada do veículo. O réu, junto com terceiros, já tinha recolhido a *res furtiva* e se retirado do local dos fatos, só sendo detido já em rodovia com destino a outro município, o que impõe dizer que todo o *iter criminis* foi percorrido na integralidade.

Passo à análise da pena.

Na fixação da pena, verifica-se que acertadamente a sentença considerou o réu como incurso na forma qualificada prevista no artigo 155, §6º, do Código Penal, pois a subtração foi de "bem semovente domesticável de produção".

Conquanto a denúncia não tenha denunciado o réu nesses termos, tal forma qualificada foi regularmente descrita na denúncia e o juiz não está vinculado à capitulação legal proposta pelo Ministério Público.

Por outro lado, não há que se atribuir simultaneamente ao réu duas formas qualificadas, eis que cada uma delas possui pena cominada distinta, razão pela qual o enquadramento da conduta deve ficar adstrito a apenas uma delas.

A fim de esclarecer as escolhas legislativas, veja- se que para os casos de lesão corporal, o legislador separou este delito em quatro formas qualificadas

Acesso ao Sumário

(art. 129, §§1º, 2º, 3º e 9º), cada qual com sua respectiva pena cominada, sem possibilidade de se imputar ao réu mais de uma delas.

No entanto, diante da possibilidade do autor estar incurso na forma qualificada prevista no §9º do art. 129 em razão da violência doméstica contra a mulher e concomitantemente a lesão praticada ser grave (§1º, art. 129), o próprio legislador cuidou de ordenar que se considere a forma qualificada pela lesão grave e a circunstância qualificadora do §9º seja aplicada na forma de causa de aumento, tal como expressamente determinado no §10º do dispositivo em questão.

Não se utilizou deste mecanismo no trato da concorrência de formas qualificadas previstas no artigo 155 do CP. Assim, diante de prática delitiva em que se constata atos que caracterizam mais de uma forma qualificada, a subsunção deverá ocorrer com observância ao princípio da especialidade que, no caso em tela, impõe aplicação das disposições do artigo 155, §6º.

Ainda assim, verifica-se que a pena-base foi fixada em 1/5 (um quinto), por considerar que o réu praticou o delito em concurso de pessoas e porque para a prática de delitiva o réu rompeu obstáculo à subtração da coisa. Apesar de não se admitir a aludida majoração com qualificadoras do crime, tais constituem circunstâncias judiciais a serem consideradas para admitir a fixação da pena-base acima do mínimo legal, motivo pelo qual mantenho a pena em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão.

Na segunda fase, ausentes agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, não há que se falar na aplicação da majorante do repouso noturno prevista no parágrafo 1º, do artigo 155 do Código Penal, a qual é incompatível com as figuras qualificadas do delito.

Com efeito, a majorante do furto noturno é aplicável apenas ao furto simples previsto no artigo 155, *caput*, do Código Penal, não se estendo ao qualificado, previsto no art. §4º do mesmo artigo.

Acerca do tema, confiram-se precedentes deste E. TJSP:

> Apelação criminal. Furto qualificado. Causa de aumento de pena. Repouso noturno. **Não se aplica, no furto, a circunstância legal referente ao repouso noturno simultaneamente às circunstâncias qualificadoras dispostas no parágrafo 4º do artigo 155 do Código Penal. A disposição geográfica da norma aponta para a impossibilidade da aplicação daquela majorante em conjunto com as qualificadoras, que já comportam situação em si mais gravosa e digna de integral tratamento penal mais severo, devendo a topografia dos dispositivos, nesse caso, ser entendida como especialmente importante para fundar uma situação de antinomia.** (TJSP; Apelação 0010234-36.2016.8.26.0566; Relator (a): Sérgio Mazina Martins; Órgão Julgador:

Acesso ao Sumário

2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Carlos - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 16/04/2018; Data de Registro: 18/04/2018 grifado).

Apelação Criminal. FURTO QUALIFICADO. Materialidade e autoria demonstradas. Palavra do proprietário do estabelecimento comercial, corroborada pelo relato dos policiais militares, restando isolada a negativa do réu. Incidência do Princípio da Insignificância afastada. Qualificadoras do rompimento de obstáculo e da escalada demonstradas. Causa de aumento de pena do art. 155, § 1º, do CP. **Crime praticado durante o repouso noturno. Inaplicabilidade, tratando-se de delito qualificado na forma do § 4º.** Suficiência dos limites máximo e mínimo de punição previstos para o furto qualificado. Figura majorada reservada às hipóteses de furto simples. Precedentes. Majorante afastada, com reflexos na pena. Pena-base corretamente exasperada em razão dos péssimos antecedentes do sentenciado, além da existência de duas qualificadoras do furto. Regime fechado mantido. Provimento parcial do recurso. (TJSP; Apelação 0002937-06.2015.8.26.0083; Relator (a): Diniz Fernando; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Aguaí – Vara Única; Data do Julgamento: 04/12/2017; Data de Registro: 09/12/2017 – grifado).

APELAÇÃO CRIMINAL – Furto qualificado pela escalada, rompimento de obstáculo e concurso de agentes – Tentativa Artigo 155, §§1º, 2º e 4º, incisos I, II e IV, c. c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal – Autoria e Materialidade comprovadas – Pena – Dosimetria – Necessidade de afastamento da causa de aumento do repouso noturno – Causa de aumento incompatível com o furto na modalidade qualificada, sendo aplicável apenas à figura simples – Aplicação de somente pena de multa ante ao reconhecimento do furto privilegiado – Inadequado – Sequer era caso de se aplicar o privilégio, restando, pois, o réu beneficiado – APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP; Apelação 0000056-91.2016.8.26.0545; Relator (a): Silmar Fernandes; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bragança Paulista - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 27/11/2017; Data de Registro: 28/11/2017).

Ademais, exige-se para configuração da causa de aumento que o delito seja praticado em casa habitada, cujos moradores estejam em repouso, no horário que segundo os costumes sociais seja destinado ao repouso. Nesse sentido, comentários de Celso Delmanto e outros:

O furto noturno, também chamando de agravado ou qualificado pelo repouso, configura-se quando a subtração é praticada durante o **repouso noturno**. **Aplica-se, tão só, à figura do furto simples (155, *caput*).** Predomina hoje (na maioria dos tribunais) a orientação que exige para a qualificação que o furto seja praticado em casa habitada, cujos moradores

estejam repousando. Quanto à razão de ser do dispositivo, prende-se a remota tradição de que seria mais perigoso o furto praticado enquanto a vítima dormia, e à diminuição de sua vigilância durante o repouso. Nos dias de hoje, entretanto, quando crescem os crimes violentos, como o de roubo, esta figura e outras, com a destreza, perderam sua significação original. (DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO Júnior, Roberto. DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado.* 8ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, pp. 557/558)

O furto ocorreu por volta de 00h30min e, segundo a prova colhida nos autos, o local é um sítio onde sequer há residentes no local.

Destarte, após a terceira fase, a pena totaliza 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão.

Fixo o regime aberto, nos termos do art. 33, §2º, alínea "c", tendo em vista a quantidade de pena fixada, primariedade do réu e o tempo de prisão cautelar.

Por fim, estando **preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, impõe-se a substituição da pena carcerária do réu** por duas restritivas de direitos consistentes em: a) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; e b) prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo.

Isto posto, dou parcial provimento ao recurso para condenar Sérgio Luiz Corrêa à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime aberto, que substituo por duas restritivas de direitos consistentes em: a) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; e b) prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo.

Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor do réu Sérgio Luiz Corrêa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002052-23.2017.8.26.0535, da Comarca de Santa Isabel, em que são apelantes WELLIGTON DA SILVA PIMENTA DE ALMEIDA e PAULO RICARDO DOS SANTOS, 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 recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.900)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE e AMARO THOMÉ.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2019.

SÉRGIO COELHO, Relator

Ementa: Apelação. Tráfico de drogas. Pretensão de absolvição por insuficiência de provas. Descabimento. Autoria e materialidade comprovadas. Conjunto probatório robusto, suficiente para sustentar a condenação dos réus nos moldes em que proferida. Pedidos de redução da pena-base, aplicação da causa de diminuição do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, e fixação de regime prisional menos gravoso. Impossibilidade. Pena e regime prisional bem fixados e que não comportam modificação. Apelos defensivos não providos.

VOTO

Pela r. sentença de fls. 469/475, cujo relatório fica adotado, **Paulo Ricardo dos Santos**, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa; e **Wellington Silva Pimenta de Almeida**, também qualificado nos autos, foi condenado à pena de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, no unitário mínimo, ambos como incursos no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Inconformados, apelam os réus.

A digna defesa do acusado Wellington busca a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base, aplicação da causa de diminuição do § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, e fixação de regime prisional menos gravoso (fls. 571/579).

Por outro lado, a nobre defesa de Paulo Ricardo busca tão somente a aplicação do redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, com redução da pena (fls. 597/601).

Os recursos foram regularmente processados, com contrarrazões (fls. 635/638), manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento dos apelos defensivos (fls. 649/659).

Este é o relatório.

Inicialmente, convém registrar que o processo teve andamento regular

Acesso ao Sumário

e aos réus foi assegurado o exercício do contraditório e a amplitude de defesa, bem como foi respeitado o devido processo legal.

Quanto ao mais, a condenação dos réus foi bem decretada.

Realmente, ficou bem comprovado que no dia 24/08/2017, às 11h40, na Rua Açucena, nº 10, Jardim Novo Eden, na Comarca de Santa Isabel, os acusados Wellington Silva Pimenta de Almeida e Paulo Ricardo dos Santos traziam consigo 146 (cento e quarenta e seis) invólucros plásticos de "cocaína", com peso de 221,33 gramas; 01 (um) invólucro plástico de "maconha", com peso de 904,36 gramas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal e regulamentar.

Segundo o apurado, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina, devido ao recebimento de diversas denúncias, quando Wellington e Paulo, ao avistá-los, imediatamente, tentaram fugir.

Em seguida, os policiais militares lograram detê-los, momento em que foram revistados. Com Wellington foram encontrados o tijolo de "maconha" e um celular; e com Paulo os "eppendorff's" contendo "cocaína" (fls. 01-d/03-d).

Assim resumidos os fatos denunciados, importa assinalar que o acusado Wellington negou a prática da traficância, alegando ser apenas usuário de drogas, acrescentando que, na ocasião dos fatos, foi ao local comprá-las, onde adquiriu uma cápsula de "cocaína". Quanto à pessoa que lhe vendeu, conhece-a apenas por Paulo (fls. 13/14 e mídia).

Já o corréu Paulo Ricardo confessou a prática delitiva, dizendo que estava no local dos fatos vendendo drogas. Afirmou, ainda, que o acusado Wellington adquiriu dele uma cápsula de "cocaína" (fls. 11/12 e mídia).

A versão apresentada pelo réu Wellington, no sentido de ser apenas usuário, já se tornou comum em se tratando de traficantes surpreendidos com drogas e que não têm como negar a posse da substância proibida. Com isso, objetivam suavizar sua situação e conseguir uma pena de advertência, prestação de serviços comunitários ou, quiçá, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, que são aquelas previstas para o usuário de drogas (artigo 28 da Lei nº 11.343/06).

No caso dos autos, todavia, a prova é francamente desfavorável aos réus.

De fato, os informes prestados pelos policiais que procederam à prisão em flagrante dos réus, acrescidos do boletim de ocorrência (fls. 16/18), dos autos de exibição e apreensão (fls. 21/22), do laudo de constatação (fls. 25/28) e dos laudos de exame químico toxicológico (fls. 234/236 e 237/239) servem como prova cabal da materialidade delitiva e também se constituem em importantes elementos de prova para a definição da autoria e formação do juízo de culpabilidade.

Registre-se que os policiais militares Leandro Gualberto e José

Acesso ao Sumário

Aparecido da Silva deram plena conta do ocorrido, confirmando os fatos acima reproduzidos e, consequentemente, o quadro de tráfico de drogas envolvendo os réus. Em depoimentos coerentes e harmônicos, os policiais disseram que realizavam patrulhamento pelo local dos fatos, após receberem diversas denúncias de comércio de drogas ao final da rua, ocasião em que perceberam dois indivíduos em atitude suspeita. Ato contínuo, acionaram a equipe da ROCAM e quando os acusados perceberam a aproximação das motocicletas da ROCAM tentaram fugir, sendo necessário o uso de força bem como algemas para contê-los. Revistados, com o acusado Wellington foram localizados 01 (um) tijolo de "maconha e um aparelho celular da marca Samsung; e com o réu Paulo Ricardo encontraram 146 "*eppendorf's*" contendo "cocaína", além de um aparelho celular da marca *IPhone* e a quantia de R$ 220,00 (duzentos e vinte reais). Acrescentaram que no local localizaram ainda 70 (setenta) "*eppendorf's*" vazios e uma balança (fls. 07/08, 10/11 e mídia).

Não há razão para se duvidar da veracidade dos relatos dos policiais, que merecem fé até prova em contrário, assim como o de qualquer pessoa idônea. A presunção *juris tantum* de que agiram escorreitamente no exercício de suas funções não ficou sequer arranhada. Vale observar, ainda, por relevante, que a jurisprudência dominante tem se inclinado para admitir que os testemunhos de policiais, quanto aos atos de diligência, prisão e apreensão, devem merecer credibilidade desde que não evidenciada má-fé ou abuso de poder por parte dos agentes do Poder Público, o que não se verifica na hipótese dos autos, tanto assim que nada se comprovou a respeito.

Pequenas discrepâncias nos depoimentos dos policiais não desmerecem a prova. Aliás, segundo a doutrina e jurisprudência "*As pequenas contradições na prova decorrem das próprias imperfeições do psiquismo humano, agravadas, em geral, pelas condições em que a prova é realizada. Assim, de se desconfiar do testemunho demasiado perfeito, sendo, sim, importante, verificar se, embora discrepantes em detalhes mínimos, concordam os depoimentos nos pontos essenciais, quanto às circunstâncias decisivas do fato*" (Apelação nº 583.153/2 - 7ª Câmara - Relator Juiz José Habice - j. 05-04-90 - RJDTACRIM 6/78). "*Pequenas divergências existentes nos depoimentos colhidos não têm o condão de anular a prova oral, não havendo que se cogitar em imprestabilidade das declarações se a contradição diz respeito a fatos de somenos importância, pois, a par das pequenas divergências serem inerentes às imperfeições do psiquismo humano, somadas ainda às condições, muitas vezes precárias, da colheita da prova, é bem de ver que o essencial é saber se, no fundo, o dictum, tido como discrepante, guarda o mesmo sentido*". (Apelação nº 991.973/9 - 11ª Câmara - Relator Juiz Xavier de Aquino - J. 31-01-1996 - RJTACRIM 29/196). "*Pequenas contradições nos depoimentos acusatórios não têm o condão de anular a prova oral, se estes são unânimes quanto ao principal*" (Apelação nº 1.085.033/8 - 14ª Câmara - Relator Juiz Oldemar Azevedo - J. 27-01-1998 -

Acesso ao Sumário

RJTACRIM 37/335). "*Pequenas incoincidências em detalhes não infirmam o valor da prova, suscetível de análise contextual. O sistema da livre apreciação propicia ao juiz valer-se também de sua experiência comum, chegando ao convencimento em virtude de adequada análise de todos os elementos contidos nos autos, sem desatentar do normalmente ocorrível*" (Apelação n.º 1.098.767/8 - 11.ª Câmara - Relator Juiz Renato Nalini - J. 11-05-98 - RJTACRIM 39/253).

As testemunhas de defesa nada de relevante trouxeram para os autos (fls. mídia).

Não é demasiado enfatizar, também, em consonância com o melhor entendimento jurisprudencial, que o crime de tráfico de drogas, além de ser de mera conduta, é de ação múltipla e conteúdo variado, não havendo que se falar na necessidade da prática de atos de mercancia para a sua configuração. Neste sentido: "*Não é indispensável a prova efetiva do tráfico para a formação de um juízo de certeza, pois tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido" (RT 729/542). "Para a caracterização do tráfico de entorpecente, irrelevante se torna o fato de que o infrator não foi colhido no próprio ato da venda da mercadoria proibida. Ademais, esse delito é de caráter permanente, consumando-se com a detenção do tóxico pelo agente para comercialização*" (*RT* 714/357). "*O crime de tráfico de entorpecentes é configurado ainda que não haja venda de tóxico, mas evidenciada somente a posse do produto destinado a consumo de outrem. Configurando crime de perigo abstrato, o tráfico não exige efetiva oferta da droga a terceiro, pois o bem jurídico tutelado é a saúde pública. É condenável a simples possibilidade de distribuição (gratuita ou onerosa) do entorpecente*" (*RT* 776/663).

Nessa conjuntura, é bem de ver que o desfecho condenatório era mesmo de rigor. De fato, a grande quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas (146 (cento e quarenta e seis) invólucros plásticos de "cocaína", com peso de 221,33 gramas; e 01 (um) invólucro plástico de "maconha", com peso de 904,36 gramas), aliadas às demais circunstâncias da apreensão, bem esclarecidas nos depoimentos dos policiais, que fizeram referência à existência de denúncias anônimas dando conta da prática do tráfico pelos acusados e à apreensão de certa quantia em dinheiro, além da ausência de comprovação de que os réus exerciam atividade lícita, não deixam dúvidas de que os apelantes estavam, efetivamente, envolvidos com o tráfico de drogas, não havendo que se falar, portanto, em absolvição por insuficiência de provas.

Para que não fique sem registro, anoto, ainda, que o fato de o acusado Wellington ser usuário de drogas não afasta a condição de traficante, uma vez que os usuários, frequentemente, também passam a comercializar entorpecentes, justamente para obter dinheiro e garantir o vício e o próprio sustento, acrescentando-se, por oportuno, que uma conduta não exclui a outra.

Acesso ao Sumário

Descabido falar-se, ainda, em aplicação do princípio *in dubio pro reo*, uma vez que as provas são robustas e harmônicas no sentido de que os réus praticaram o delito pelo qual se viram condenados, sendo certo, ademais, que as dignas Defesas não provaram o que alegaram, tal como lhes competia, nos termos do art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal.

Passo à análise da dosimetria das penas, que, adianto, não comporta nenhum reparo.

Na primeira fase do cálculo, em atenção ao disposto no artigo 59, do Código Penal, e do artigo 42, da Lei de Drogas, a pena do acusado Wellington foi corretamente acrescida na fração de 1/3 (um terço), tendo em vista ser ele portador de maus antecedentes, conforme constam das certidões de fls. 296, 297, 412/413 e 417/418. A fração de acréscimo aplicada, a meu ver, deve ser mantida, eis que traduz uma resposta justa e condizente com o princípio da proporcionalidade. Quanto ao acusado Paulo, a pena foi acrescida na fração de 1/6 (um sexto), em razão de sua personalidade desvirtuada, voltada para a prática de crimes, como demonstram as folhas de antecedentes - 266/268 e certidões de fls. 291 e 419.

Na segunda fase, a pena do acusado Wellington foi majorada na fração de 1/6 (um sexto), já que é portador de reincidência (certidão de fls. 422), o que deve ser mantido, portanto, a pena passou a ser de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa. Já a pena do acusado Paulo foi reduzida para o mínimo, diante da presença da atenuante da confissão espontânea, ficando estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, tornando-se definitiva ante a ausência de causas de aumento e/ou de diminuição.

Para que não fique sem registro, observo que não há falar em *bis in idem*, pela consideração, em separado, dos maus antecedentes e da reincidência para o acusado Wellington, nas duas primeiras fases do cálculo, desde que baseado em condenações anteriores distintas. Ora, como já se decidiu, "*não está errado, na dosagem da reprimenda, considerar os maus antecedentes e a reincidência separadamente, visto que são circunstâncias individualizadoras da pena distintas (uma é circunstância judicial e a outra é circunstância legal, considerada agravante obrigatória), não se confundindo "maus antecedentes" com "reincidência"* (JUTACRIM 100/215 e, no mesmo sentido, JUTACRIM 92/47). De fato, *"(...) 1. É permitido ao julgador utilizar-se de uma condenação anterior do acusado para exasperar a pena, em um primeiro momento, considerando como desfavorável circunstância judicial e, num segundo, considerando outra condenação anterior, fazer incidir a agravante da reincidência, não existindo, pois, afronta ao princípio ne bis in idem"* (STJ - *Habeas Corpus* nº 158218/SP, Relatora a eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. 04.09.2012).

Acesso ao Sumário

Observo que andou bem a nobre Magistrada de primeiro grau ao deixar de reduzir a pena dos acusados com base no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006. Ora, as circunstâncias do caso em comento constituem indícios sérios de envolvimento com a criminalidade. Como é cediço, a referida causa de diminuição de pena tem por objetivo beneficiar somente o traficante eventual, de "*primeira viagem*", e não aqueles que estão inseridos em atividade criminosa, efetivamente comprometidos com o tráfico e que fazem do comércio de drogas o seu meio de vida, como, certamente, é o caso dos acusados Wellington e Paulo Ricardo. Registre-se, ademais, por oportuno, que na aplicação do preceito o Juiz deve levar em conta, também, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do delito, sem o que estará violando o princípio da individualização da pena e, no caso vertente, os réus demonstram acentuada periculosidade, pois sequer comprovaram exercer atividade lícita, não havendo dúvida de que vinham se dedicando a essa atividade criminosa. Se não bastasse, o acusado Wellington é portador de maus antecedentes e é reincidente, ao passo que o acusado Paulo Ricardo possui personalidade desvirtuada, voltada para a prática de crimes, como demonstram as folhas de antecedentes - 266/268 e certidões de fls. 291 e 419, o que também inviabiliza o reconhecimento do denominado tráfico privilegiado.

Por outro lado, a despeito da atual orientação jurisprudencial acerca da possibilidade de substituição da pena no crime de tráfico de drogas, anoto que no caso em comento a quantidade de penas aplicada impede a concessão do benefício, ausente o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do Código Penal. Ademais o réu Wellington é reincidente e portador de maus antecedentes, bem como o acusado Paulo Ricardo é portador de personalidade desvirtuada, o que também impede e concessão de penas alternativas (artigo 44, incisos II e III e § 3º, do *Codex*).

Correto, também, o regime inicial fechado, bem justificado no *decisum*, sendo oportuno acrescentar que as já referidas circunstâncias do caso concreto não recomendam a fixação de regime prisional menos rigoroso, que não seria suficiente para a reprovação e prevenção do delito praticado pelos réus.

Ante o exposto, nego provimento aos apelos defensivos, mantida a r. sentença monocrática.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0011209-54.2011.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, em que são apelantes RAMIRO DE CAMPOS e MARIO RODRIGUES DE MOURA JUNIOR, 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 RECURSOS. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.742)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 7 de fevereiro de 2019.

SILMAR FERNANDES, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Artigo 89 da Lei 8.666/93 – Dispensa ilegal de licitação – Contratação de serviços de publicidade oficial sem prévia licitação – Preliminar – Ilegitimidade passiva – Descabimento – Particular que concorre para o crime – Mérito – Ausência de dolo – Inocorrência – Contexto probatório que demonstra a responsabilidade dos réus pelos fatos narrados na denúncia – Irrelevante o dolo específico – Fracionamento do objeto da licitação – Utilização como pretexto para dispensa indevida do certame – Condenação como medida que se impõe – Substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos – Regime inicial aberto em caso de conversão – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta em face da decisão de fls. 853/865, que julgou procedente a ação penal e condenou os réus na seguinte forma; i) Ramiro de Campos: 03 (três) anos de detenção, em regime inicial aberto, além do pagamento multa equivalente a 5% da quantia de R$ 31.794,89, como incurso no artigo 89, *caput* da Lei 8.666/93. Substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária equivalente a 10 (dez) salários mínimos destinados a entidade a ser oportunidade designada pelo Juízo das Execuções, e prestação de serviços comunitários, à razão de uma hora por dia de condenação; ii) Mario Rodrigues de Moura Junior: 03 (três) anos de detenção, em regime inicial aberto, além do pagamento multa equivalente a 5% da quantia de R$ 31.794,89, como incurso no artigo 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93. Substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária equivalente a 05 (cinco) salários mínimos destinados a entidade a ser oportunidade designada pelo Juízo das Execuções, e prestação de serviços comunitários, à razão de uma hora por dia

Acesso ao Sumário

de condenação.

Irresignados, recorrem os réus. Ramiro de Campos objetiva a absolvição por atipicidade da conduta nos termos do artigo 386, III, do CPP, alegando, em síntese, a ausência de dolo, a inexistência de prejuízo a administração (fls. 897/907). Por sua vez, Mario Rodrigues alega ilegitimidade passiva, vez que o delito imputado é considerado como crime funcional próprio. No mérito, requer a absolvição, por inexistência de dolo (fls. 922/931).

Ofertadas contrarrazões (fls. 910/912 e 934/943), a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 945/949).

É o relatório.

2. Inicialmente, de preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva não se sustenta, senão vejamos.

Consta da inicial acusatória que o apelante Ramiro de Campos, Prefeito do Município de Cesario Lange, nas gestões 2009/2012 e 2013/2016, dispensou licitação fora das hipóteses previstas em lei, para a contratação de empresa jornalísticas para publicação de atos oficiais.

Consta, ainda que no período acima mencionado, o apelante Mario Rodrigues de Moura Junior, na qualidade de sócio gerente da empresa Jornalística "Junior Ltda.", concorreu para o crime, beneficiando- se da dispensa da licitação.

Extrai-se da dinâmica fático-probatória, decorrente da instrução: o prefeito efetuou a contratação da empresa jornalística de propriedade do corréu Mario sem realizar o procedimento licitatório, realizando o pagamento de R$ 31.794,89, fracionado em treze notas de empenho. Segundo apurado, Mario Rodrigues tinha conhecimento da necessidade do procedimento licitatório, posto que já havia contratado com outro ente público, tendo sido condenado por improbidade administrativa no município de Tietê a não mais contratar com o Poder Público pelo prazo de cinco anos. Todavia, não obstante o impedimento judicial, Mario beneficiou- se com a contratação sem licitação no município de Cesario Lange.

Desta forma, não há falar-se em ilegitimidade passiva do corréu Mario, pois o artigo 89, parágrafo único, da Lei 8666/93 prevê expressamente a configuração da prática criminosa do **particular** que concorre para o ato ilegal (dispensa ou inexigibilidade ilegal), nos seguintes termos: "*Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público*".

Assim, a preliminar de ilegitimidade passiva deve ser rechaçada.

A materialidade restou demonstrada pelo ofício de fls. 02, cópia da ação civil pública (fls. 02/26), ofício de fls. 31, notas de empenho (fls. 154/192),

Acesso ao Sumário

laudo pericial contábil (fls. 452/456), além da prova oral.

Quanto à autoria, resta igualmente comprovada.

Nas oportunidades em que ouvido, o corréu Ramiro admitiu a inexistência de licitação para a contratação da empresa em questão justificando desconhecimento da legislação. Acrescentou que sempre fazia uso do conhecimento dos funcionários mais antigos da prefeitura, sustentando ainda que desconhecia a quantidade de notícias oficiais que deveriam ter publicidade. Aduziu que, como os valores eram pequenos, criou apenas uma planilha para conferir qual empresa ofertava o menor valor. Afirmou que as gestões anteriores também não licitavam a contratação de serviços de publicidade oficial. Disse, ainda, que à época não sabia que a empresa do corréu estava impossibilitada de contratar com o Poder Público. Por fim, alegou que jamais pretendeu causar qualquer dano ao erário e tampouco desrespeitar a legislação (fls. 351/354 e mídia a fls. 746).

De seu lado, o corréu Mario, silente em solo extrajudicial (fls. 346), sob o crivo do contraditório afirmou que, quando contratado, sua condenação em ação civil pública por improbidade administrativa não havia transitado em julgado. Afirmou que o valor de 31 mil reais foi dividido em vários meses, referente a diversas publicações. Disse que era prática rotineira em outros municípios dividir o valor das publicações em vários meses (fls. 746).

Não obstante o alegado, a versão trazia pelos réus destoa da prova produzida.

A testemunha Miguel Arcanjo Correa narrou que é proprietário da empresa "Aliança Artes Gráficas Ltda.", sediada no município de Cesario Lange. Declarou que durante a gestão do prefeito Ramiro, iniciada em 2009, não foi informado de qualquer intenção do Município em contratar serviço de publicação. Asseverou que somente no final do ano de 2010 participou de uma licitação, da qual participou e sagrou- se vencedor. Foi ajustado o valor de centímetro de coluna publicada (R$ 0,26 por centímetro), sendo contratados 10 mil centímetros, perfazendo o valor de R$ 2600,00 (mídia de fls. 746).

A testemunha Maria Rozeli Mendes afirmou ser servidora pública municipal, responsável pelo setor de compras da Municipalidade. Confirmou que mesmo antes da gestão do prefeito Ramiro, no caso de contratações "pequenas", muito abaixo do limite legal, não eram realizados procedimentos de licitação. Quanto aos fatos, afirmou que os serviços contratados do corréu Mario eram referentes a 13 notas de empenho, razão pela qual, mesmo totalizando a importância de 31 mil reais, houve a contratação sem prévia licitação. Afirmou que as contratações sem licitação eram efetuadas mediante análise de melhor preço por meio de uma planilha (fls.440/442 e 746).

Pois bem.

Acesso ao Sumário

Conforme demonstra a prova dos autos, o apelante Ramiro, na condição de prefeito municipal celebrou contrato administrativo com o apelante Mario para serviços de publicação, sem o necessário certame licitatório.

Não obstante o alegado, não convence a tese defensiva de ausência de dolo.

Com efeito, o corréu Ramiro, na qualidade de prefeito municipal, ainda que não possuísse conhecimento das regras de celebração de contratos administrativos, poderia valer-se da assessoria jurídica da municipalidade para tal fim. Por sua vez, o corréu Mario, na condição de sócio gerente de empresa que participava rotineiramente de procedimentos licitatórios, também não poderia alegar desconhecimento acerca da legislação, até porque sua empresa havia recebido punição de proibição de contratar com ente público em ação civil pública, ainda que não houvesse o trânsito em julgado, como por ele alegado.

Não soa nada crível, portanto, que tenham agido de boa fé e que desconhecessem estar violando preceitos legais e constitucionais.

Portanto, eventual desconhecimento acerca de elemento constitutivo do tipo penal não se sustenta. Em verdade, as circunstâncias externas tornam inconteste que os recorrentes possuíam conhecimento da ilicitude do fato, razão pela qual o apontado erro de proibição não restou caracterizado, porquanto, para beneficiar o recorrente, deveria ser impossível de ser evitado, nos termos do artigo 21 do Estatuto Repressor.

E, como bem preleciona Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, "*... todo homem deve ser prudente e verificar a ilicitude de seus atos; se há erro por leviandade, imprudência, descuido etc., não se exclui a culpabilidade. Assim, se o agente, nas circunstâncias do fato, tinha ou podia ter consciência da antijuridicidade de sua conduta, mas não a teve por desprezar o dever de informar-se a respeito dela, é culpado...*" (**Manual de Direito Penal**: Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP. 24ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 201).

Como bem destacou o Magistrado de primeiro grau:

> *"Ora o desconhecimento da lei, que, no máximo, atenua a pena (art. 65, II, do CP), não se confunde com a potencial ignorância da proibição da conduta, esta sim capaz de elidir a culpabilidade do agente, o que não se verificou in casu. De fato, não obstante até possa se cogitar do desconhecimento da regra legal da periodicidade da contratação, não há como afirmar erro de proibição, já que ambos possuíam potencial conhecimento da ilicitude de seus comportamentos"* (fls. 859).

No mais, não se exige a existência de dolo específico ou existência de prejuízo. Afinal, o tipo penal descrito no artigo 89 da Lei 8666/93 busca proteger não somente o patrimônio público, mas também a moralidade administrativa, impessoalidade e igualdade dos licitantes ao procedimento previsto em Lei, com

Acesso ao Sumário

vistas a atender o interesse público, bem como garantir o princípio da isonomia entre os participantes (artigo 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal).

Acerca do tema, confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> *" ...O tipo previsto no artigo 89 da Lei 8666/93 é delito de mera conduta, não exige dolo específico, mas apenas o genérico, representado, portanto, pela vontade de contratar sem licitação, quando a lei expressamente prevê a realização do certame. Independe, assim, de qualquer resultado naturalístico, como por exemplo, prejuízo ao erário)* (6ª Turma, HC 113067/PE, Relator Ministro Og Fernandes, j. 10/11/2008).

Inviável, pois, afastar-se o dolo de sua conduta.

No mais, importante frisar que o fracionamento da licitação, por si só, não é vedado por lei. De outro lado, o fracionamento utilizado como pretexto para utilização de modalidade de licitação inferior à determinada pela legislação ou mesmo visando a dispensa ou inexigibilidade indevida constitui conduta tipificada na Lei de Licitações.

Nesse sentido, a orientação do Tribunal de Contas da União, em Licitações & Contratos – Orientações Básicas, 4ª edição, Brasília, 2010, p. 105:

> *"É vedado fracionamento de despesas para adoção de dispensa de licitação menos rigorosa que a determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado".*

E, no caso em tela, era previsível a necessidade de diversas publicações por parte do Poder Público Municipal, razão pela qual deveria ser levado em conta o valor total do contrato. Não é demais lembrar, ainda, que é vedada a celebração de contrato administrativo por prazo indeterminado ou mensal (artigo 57, §3º da Lei 8666/93).

Outrossim, a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, estabelece a obrigatoriedade do processo licitatório, com vistas a atender o interesse público, bem como garantir o princípio da isonomia entre os participantes. Desta forma, a dispensa da licitação somente é admitida em caráter excepcional, nas estritas hipóteses do artigo 24 da Lei 8.666/93, comprovando-se situação de emergência concreta e efetiva.

Acesso ao Sumário

Na hipótese vertente, a contratação em questão não caracterizava situação emergencial, não se constatando situação excepcional a justificar a dispensa do certame.

Desta forma, por qualquer ângulo de observação, extrai-se da dinâmica fático-probatória a necessária certeza da responsabilidade penal dos apelantes em relação aos fatos que lhe foram imputados na denúncia, razão pela qual a condenação é medida que se impõe.

No que tange à dosimetria, ainda não haja insurgência específica quanto

a este tópico, verifico que as penas porquanto fixadas de acordo com o princípio da legalidade e pautadas por critérios de razoabilidade, não merecem qualquer reparo. Com efeito, estabelecidas na minimidade, foram substituídas as privativas de liberdade por duas sanções restritivas de direitos, fixado o regime inicial aberto no caso de eventual conversão.

3. Ante o exposto, rejeitada a matéria preliminar, **NEGO PROVIMENTO AOS RECURSOS.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007808-39.2015.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante LUCAS MARCOLINO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicada a reanálise do regime inicial para cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, pelas razões apontadas no Ven. Acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.035)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 31 de janeiro de 2019.

GRASSI NETO, Relator

Ementa: Pena – Detração – Cômputo do tempo de prisão provisória para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade – Art. 387, § 2º, do CPP, com a redação dada pela Lei n. 12.736/12 – Fixação a ser efetuada ponderando-se conjuntamente o *quantum* da pena aplicada com as condições subjetivas previstas nos arts. 33, § 3º e 59 do CP – Entendimento.

O merecimento do reeducando integra necessariamente os requisitos para sua promoção de regime, sendo vital à individualização da pena que a promoção não se dê de modo automático, como sugeriria uma interpretação desavisada e superficial

Acesso ao Sumário

da redação do § 2º, do art. 387, do CPP, após a reforma de 2012, mesmo porque tal depende do preenchimento de requisitos tanto objetivos quanto subjetivos. Deve-se ressaltar que a lei a ser utilizada por ocasião da fixação do regime inicial é o CP e não o CPP. Na medida em que a reforma empreendida pela Lei n. 12.736/2012 não revogou o art. 33, § 3º, do CP, a fixação de regime inicial deve ainda considerar obrigatoriamente se foram ou não preenchidas as condições subjetivas, previstas no art. 59 do mesmo estatuto penal.

A posterior progressão de regime vem, ademais, necessariamente regida pela Lei de Execução Penal que, em razão de sua especialidade, tem preponderância sobre as demais, de natureza diversa. Para que seja efetuada aludida progressão, destaque-se, faz-se necessário que sejam sopesados os respectivos requisitos pelo Juiz natural da causa, que é o Magistrado das Execuções Penais, e não o prolator da sentença, nem tampouco a Turma Julgadora.

VOTO

Vistos,

Pela r. sentença de fls. 79/81, prolatada pela MMª. Juíza Maria da Conceição Pinto Vendeiro, cujo relatório ora se adota, LUCAS MARCOLINO foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, II, do CP, às penas de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 13 dias-multa, à razão de 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, negado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformado, apelou o réu em busca de sua absolvição por insuficiência e fragilidade de provas. Alternativamente, persegue o reconhecimento da forma tentada do delito, da participação de menor importância, a redução da reprimenda pela incidência das atenuantes da confissão espontânea do acusado e de sua menoridade relativa e a fixação de regime inicial menos gravoso, por força do disposto no art. 387, § 2º, do CPP.

Processado e contra-arrazoado o recurso, a Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo seu desprovimento.

Esta Colenda 8ª Câmara de Direito Criminal deste Eg. Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia 1º de dezembro de 2016, por votação unânime, negou provimento ao apelo Defensivo interposto em favor de LUCAS MARCOLINO,

Acesso ao Sumário

restando mantida a r. sentença por seus jurídicos fundamentos.

O combativo Defensor Público, com fundamento no art. 105, III, "a", da CF, interpôs Recurso Especial em face do Ven. Acórdão proferido por esta Colenda 8ª Câmara (fls. 123/137), alegando desrespeito ao disposto no art. 14, II, do CP, uma vez que não houve o reconhecimento da figura tentada do delito de roubo circunstanciado.

Mencionou, ainda, subsistir desrespeito ao quanto disposto no art. 33, § 3º, do CP, pois foi fixado regime inicial fechado, em decisão carente de fundamentação, uma vez que baseou-se, tão só, na gravidade em abstrato do delito.

Afirmou, outrossim, negativa de vigência ao art. 387, § 2º, do CPP, pois a decisão atacada teria deixado de analisar o tempo em que o recorrente esteve cautelarmente preso. Aplicada a detração penal, deveria ter sido fixado regime menor gravoso, prequestionando a matéria.

Devidamente processado o Recurso Especial, verifica-se que, nos termos do telegrama encartado a fls. 173, o Col. STJ deu parcial provimento ao recurso interposto em favor de LUCAS MAERCOLINO para fixar o regime semiaberto, determinado, ainda, o retorno dos autos à origem para exame da possível detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP.

Em razão do aludido telegrama, o Magistrado de Primeira Instância determinou a remessa dos autos a esta Superior Instância (fls. 193). Os autos vieram, então, conclusos.

É o Relatório.

Em cumprimento à r. decisão do Col. Superior Tribunal de Justiça, analisa-se o pedido do apelante LUCAS MARCOLINO.

Embora o entendimento firmado nesta Colenda Oitava Câmara seja no sentido da inaplicabilidade do disposto no art. 387, § 2º, do CPP, uma vez que não caberia ao prolator da sentença ou à Turma Julgadora, mas, sim, ao Juiz natural da causa, que é o Magistrado das Execuções Penais, analisar o preenchimento dos requisitos objetivo e subjetivo para a alteração do regime fixado no édito condenatório, levando-se em consideração a detração; verifica- se, no caso em análise, que o pedido resta prejudicado.

Em razão das informações contidas no ofício de fls. 193, verifica-se que o acusado se encontra em livramento condicional situação mais benéfica na qual não se questiona regime desde 13 de abril de 2017 (fls. 188) e o MM. Juízo a quo já adotou todas as providências necessárias para que o Juízo da Execução Criminal instruísse adequadamente o processo de execução do condenado.

Ante o exposto, julga-se prejudicada a reanálise do regime inicial para cumprimento da pena reclusiva, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, pelas razões acima apontadas.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001306-49.2016.8.26.0129, da Comarca de Casa Branca, em que é apelante EDUARDO JUNIO DIVITO MARTINS BARROS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.873)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Ementa: FURTO TENTADO. Insuficiência de provas – Não configurado – Autoria comprovada – REVELIA. Negativa de autoria. Réu reconhecido através das câmeras de monitoramento da escola, o que foi confirmado pelos pais do apelante. Aquele que pula o muro da escola, arromba a porta e foge após o disparo do alarme tem a intenção de furtar. Ausência de provas contrárias. Prova extrajudicial que somente valorizaram os depoimentos judiciais. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Não se conformando com a R. decisão de fls. 159/162 dos autos, contra ela **EDUARDO JUNIO DIVITO MARTINS BARROS** apresenta recurso de apelação pedindo sua reforma. O apelante foi condenado por fato de 13 de março de 2016, por infração ao artigo 155 § 1º e § 4º, I e II, combinado com o artigo 14, inciso II, todos do Código Penal, à pena privativa de 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias multa, fixados no mínimo legal. Substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito consistente na prestação pecuniária no valor de um salário mínimo nacional vigente à época dos fatos, a ser depositado nos moldes da Portaria 01/2013.

Entende que deva ser absolvido por insuficiência de provas, mormente

Acesso ao Sumário

porque a magistrada se baseou nas provas colhidas na fase extrajudicial, de vez que o policial civil não se recordou dos fatos. Ademais disso, não há comprovação de que aquele que ingressa em um local e, logo depois, saia, não tem o condão de comprovar a intenção do agente. (fls. 284/288)

Recurso tempestivo, arrazoado, respondido (fls. 292/294). Manifestando-se nos autos neste Grau o Procurador de Justiça, se posicionou pelo não acolhimento do pleito, mantendo a sentença em seus termos e extensão (fls.306/312).

É O RELATÓRIO.

Não há duvidas quanto à autoria.

O apelante foi citado, mas não compareceu ao chamamento judicial, tornando-se, assim, revel (FLS. 148).

Na delegacia, negou o cometimento do crime (fls. 75).

Diferente do que alega a defesa, o representante da vitima confirmou que reconheceu o apelante através das câmeras de monitoramento. O zelador da escola ligou dizendo que tinham entrado na escola. Viu que a porta da sala de monitoramento estava arrombada e nas imagens reconheceu o apelante como sendo um ex-aluno da escola. Pelo que viu das imagens, o alarme tocou e o apelante fugiu, sem nada levar. Há grades em volta da escola (gravação mídia).

Valoriza tal depoimento as declarações extrajudiciais do genitor do apelante, uma vez que reconheceu seu filho nas imagens de monitoramento. (fls. 09).

O policial ouvido não se recordou dos fatos, mas afirmou que já o conhecia de outros crimes. Lembrou-se que os pais do apelante o reconheceram nas filmagens.

Nesse diapasão, vê-se que a condenação não foi baseada unicamente com prova obtida no inquérito, mas corroborada com os depoimentos colhidos na fase judicial, estando em total harmonia.

Apresentasse a defesa provas para não valorizar os depoimentos da vitima e das testemunhas, render-se-ia ao juízo da dúvida para beneficiá-la, mas não ocorrendo isso e não comprovando o que alegou, prevalece a condenação, ainda mais não vindo em juízo para expor inocência.

Ademais disso, o dolo restou comprovado de forma indireta, pois aquele que pula um muro para adentrar o estabelecimento, danifica a porta e sai correndo em razão do disparo do alarme, tinha a intenção de furtar o local. Atrelado, ainda, nas informações do policial que confirmou o envolvimento do apelante em outros crimes de furtos.

De rigor a manutenção da condenação.

A pena foi bem fundamentada e deve ser mantida. Aplicada a base

Acesso ao Sumário

no mínimo legal, com aumento de 1/3 pelo furto noturno e reduzida em 2/3 pela tentativa, resultando na pena de 10 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de multa, com substituição.

Dessa forma, conhecendo do apelo, **NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0001069-52.2015.8.26.0322, da Comarca de Lins, em que são apelantes ELTON DIAS ROBERTO, CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA MUNHOZ, MARCELO SOARES CAMARGO, LUCAS ADRIANO NUNES DOS SANTOS, BRUNO HENRIQUE MUNIN RODRIGUES, HUGO FELIPE DA SILVA ROSSI, SARA GEREMIAS, JONATAN JUNIOR DE ARAUJO OLIVEIRA, JOSE HEITOR RODRIGUES FERREIRA, ROBSON MAIA DE CARVALHO, SANDRO ADRIANO PONCE MOURA, WELLINGTON APARECIDO SILVA PONCE, DIEGO HENRIQUE CARVALHO FELICIANO, JOAO FERNANDO DE OLIVEIRA MUNHOZ, ADEMIR MARIANO DA SILVA, CLAUDIA ADRIANA MANDUCA JACOB e LEANDRO DE LARA MUNHOZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram em parte a matéria preliminar, para reconhecer a litispendência do presente feito com o Proc. Crime 000054-87.2015.8.2.0600 e, em consequência, conceder *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO aos apelantes João Fernando de Oliveira Munhoz e Leandro de Lara Munhoz para trancar a presente ação penal em relação a esses acusados, por ausência de justa causa, com expedição de alvará de soltura clausulado, e, quanto ao mérito: a) negaram provimento aos recursos de Ademir Mariano da Silva, Jonathan Junior de Araújo Oliveira, Sandro Adriano Ponce Moura, Wellington Aparecido da Silva Ponce, Claudia Adriana Manduca Jacob, Hugo Felipe da Silva Rossi, José Heitor Rodrigues Ferreira, Robson Maia de Carvalho e Sara Geremias; b) deram parcial provimento aos recursos de Bruno Henrique Munin Rodrigues, Diego Henrique Carvalho Feliciano, Lucas Adriano Nunes dos Santos, Marcelo Soares Camargo, Carlos Henrique de Oliveira Munhoz e Elton Dias Roberto, apenas para, em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, reconhecer a unicidade do crime, e, em consequência, requalificar a conduta jurídica desses acusados para a prevista no art. 33, *caput*, combinado com art. 40, VI, em concurso material com o art. 35, *caput*, combinado com o art. 40, VI, todos da Lei 11.343/06, e, assim, apenas quanto ao crime de tráfico,

Acesso ao Sumário

reduzir as penas de Elton para 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, Carlos Henrique para 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa e de Bruno, Diego, Lucas e Marcelo para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, mantida, quanto ao mais, a r. sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.515)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente) e CARLOS BUENO.

São Paulo, 31 de janeiro de 2019.

NUEVO CAMPOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO – RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO EM RELAÇÃO AOS ACUSADOS CONDENADOS EM CONCURSO MATERIAL DE CRIMES – LITISPENDÊNCIA CARACTERIZADA EM RELAÇÃO AOS ACUSADOS JOÃO FERNANDO E LEANDRO CONDENADOS ANTERIORMENTE E DEFINITIVAMENTE PELOS MESMOS FATOS EM FEITO DIVERSO – CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO – MATÉRIA PRELIMINAR ACOLHIDA EM PARTE. MÉRITO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – CRIMES PERMANENTES – CRIMES COMETIDOS NO CONTEXTO DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA CONSTATADA A PARTIR DE UM MESMO PROCEDIMENTO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – MESMO CONTEXTO FÁTICO – RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO EM RELAÇÃO AOS ACUSADOS CONDENADOS EM CONCURSO MATERIAL DE CRIMES – DOSIMETRIA PENAL QUE COMPORTA REPARO EM RELAÇÃO AOS CORRÉUS BRUNO, DIEGO,

Acesso ao Sumário

LUCAS, MARCELO, CARLOS HENRIQUE E ELTON – DEMAIS RECURSOS DEFENSIVOS IMPROVIDOS.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recursos interpostos por João Fernando de Oliveira Munhoz, Leandro de Lara Munhoz, Elton Dias Roberto, Carlos Henrique de Oliveira Munhoz, Marcelo Soares Camargo, Lucas Adriano Nunes dos Santos, Bruno Henrique Munin Rodorigues, Diego Henrique Carvalho Feliciano, Hugo Felipe da Silva Rossi, Cláudia Adriana Manduca Jacob, Sara Jeremias, Johathan Junior de Araujo Oliveira, José Heitor Rodrigues Ferreira, Robson Maia de Carvalho, Sandro Adriano Ponce Moura, Wellington Aparecido Silva Ponce e Ademir Mariano da Silva contra a r. decisão monocrática de fls. 2.621/2.682, declarada à fl. 2.898, que julgou procedente a ação penal e condenou:

I) Ademir Mariano da Silva, Jonathan Junior de Araújo Oliveira, Sandro Adriano Ponce Moura e Wellington Aparecido da Silva Ponce, como incursos no art. 35, combinado com o art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e a 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa;

II) Bruno Henrique Munin Rodrigues, Diego Henrique Carvalho Feliciano, Lucas Adriano Nunes dos Santos e Marcelo Soares Camargo, como incursos, em concurso material, no art. 33, *caput*; no art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, VI; e no art. 35, combinado com art. 40 VI, todos da Lei 11.343/06, a 14 (quatorze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e a 1.899 (um mil, oitocentos e noventa e nove) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa;

III) Carlos Henrique de Oliveira Munhoz, como incurso, em concurso material, no art. 33, *caput*; no art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, VI; e no art. 35, combinado com art. 40 VI, todos da Lei 11.343/06, a 16 (dezesseis) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e a 2.115 (dois mil, cento e quinze) dias-multa, à razão de 1/10 (um décimo) do salário mínimo;

IV) Claudia Adriana Manduca Jacob, Cleusa Pavani Bueno, Hugo Felipe da Silva Rossi, José Heitor Rodrigues Ferreira, Robson Maia de Carvalho e Sara Geremias, como incursos no art. 35, da Lei 11.343/06, a 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e a 700 (setecentos) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa;

V) Elton Dias Roberto, como incurso, em concurso material, no

Acesso ao Sumário

art. 33, *caput*; no art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, VI; e no art. 35, combinado com art. 40 VI, todos da Lei 11.343/06, a 17 (dezessete) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime fechado, e a 2.280 (dois mil, duzentos e oitenta) dias- multa, à razão de 1/10 (um décimo) ao dia-multa; e

VI) João Fernando de Oliveira Munhoz e Leandro de Lara Munhoz, como incursos no art. 33, *caput*, combinado com art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e a 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa.

Foi indeferido o direito de recorrer em liberdade aos réus João Fernando, Leandro, Elton, Carlos Henrique, Marcelo, Lucas Bruno e Diego, e deferido o apelo em liberdade para Cleusa, Hugo, Cláudia, Sara, Jonatan, José Heitor, Robson, Sandro, Wellington e Ademir.

A r. sentença recorrida transitou em julgado para a acusada Cleusa Pavani Bueno (fl. 3.322).

Os autos foram desmembrados em relação ao réu Willian Rebesco Paiva denunciado como incurso no art. 35, combinado com at. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06 (fl. 1.799).

Pugnam as defesas de Diego, Carlos, Wellington, Bruno e Elton, preliminarmente, pelo pronunciamento de nulidade processual por ilicitude de prova e por cerceamento de defesa, sob os fundamentos de que as interceptações telefônicas foram realizadas sem a devida autorização judicial e de que as defesas não tiveram acesso ao conteúdo integral das interceptações telefônicas (fls. 3.055/3.066, 3.107/3.116, 3.166/3.171, 3.172/.3177, 3.259/3.269 e 3.363/3.370).

Pugna, preliminarmente, a defesa de João Fernando e Leandro, pelo pronunciamento de nulidade da r. decisão recorrida, sob o fundamento de que, em relação ao crime de tráfico cometido em 3/4/15, ocorreu hipótese de litispendência com os fatos objetos do Proc. Crime 0000054-87.2015.8.26.0600 (fls. 3.208/3.219).

Quanto ao mérito, pugnam as defesas de Diego, Carlos, Welington, Sandro, Hugo, João Fernando, Leandro, Jonathan, Ademir, José Heitor, Robson, Claudia, Sara, Bruno e Elton, em suma, pela absolvição, sob o fundamento da insuficiência probatória (fls. 3.204/3.205, 3.222/3.226, 3.229/3.239, 3.242/3.247 e 3.250/3.256).

Pugnam as defesas de Marcelo e Lucas pelo reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de tráfico (fls. 3.117/3.123 e 3.124/3.125).

Pede, subsidiariamente, a defesa de Diego, o reconhecimento do concurso formal, a redução da pena de multa, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a fixação do regime aberto e o deferimento do apelo

Acesso ao Sumário

em liberdade.

Busca a defesa de Carlos, subsidiariamente, o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes previstos na Lei 11.343/06.

A defesa de João Fernando e Leandro, pede, subsidiariamente, a desclassificação da imputação inicial para o crime previsto no art. 28, da Lei 11.343/06.

Busca, subsidiariamente, a defesa de Bruno, o reconhecimento do concurso formal, a redução da pena de multa, o afastamento das custas processuais, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a fixação do regime aberto e a concessão do direito de recorrer em liberdade.

Pedem, ainda, as defesas de Claudia e Elton a restituição dos bens apreendidos.

Contra-arrazoados os recursos (fls. 3.278/3.320 e 3.373/3.386), manifestou-se a D. Procuradoria de Justiça pelo não provimento dos apelos (fls. 2.599/2.621).

É, em síntese, o relatório.

A matéria preliminar deduzida pelas defesas João Fernando de Oliveira Munhoz e Leandro de Lara Munhoz comporta parcial acolhimento, apenas para, quanto a esses reús, reconhecer a hipótese de litispendência com o Proc. Crime 0000054-87.2015.8.26.0600 e, em consequência, conceder *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO para trancar a presente ação penal quanto a esses réus, por ausência de justa causa.

Pelo que verte dos autos, em conformidade com a cópia do V. Acórdão juntado relativo ao julgamento do recurso de apelação de 0000054-87.2015.8.26.0600, os réus João Fernando de Oliveira Munhoz e Leandro de Lara Munhoz já foram, naquele feito, definitivamente condenados pelos crimes previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, em razão da apreensão de droga ocorrida em 03/04/2015.

Como será a seguir analisado, quando da apreciação do mérito, as apreensões de entorpecentes ocorridas em 28/03/2015 e 03/04/2015, embora em oportunidades diversas e com indivíduos diferentes, referem-se à mesma atividade criminosa, impondo-se o reconhecimento de apenas um crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

Acesso ao Sumário

A caracterização de identidade de partes, pedido e causa de pedir em relação aos réus João Fernando e Leandro, impõem o reconhecimento da litispendência, matéria de ordem pública que pode ser reconhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Quanto ao mais, a matéria preliminar não comporta acolhimento.

Importa observar, de início, que a teor do art. 563, do Cód. de Proc.

Penal, o pronunciamento de nulidade tem como pressuposto a demonstração de prejuízo para a parte, o que não se demonstrou e não se vislumbra no caso em tela.

Há que se considerar, a propósito, que as interceptações telefônicas, quando justificadas e judicialmente autorizadas como no presente caso, constituem prova lícita, inexistindo óbice legal a que todo o resultado da apuração obtida com tal procedimento, desde que consistam em elementos de convicção relativos a práticas ilícitas de ação pública incondicionada, seja objeto de apuração.

O objetivo do regramento de regência da presente espécie, quer na esfera constitucional, quer na legislação ordinária, é evitar a possibilidade de atuação indiscriminada do aparato estatal, de modo a comprometer a higidez das liberdades individuais, ou seja, é preciso que qualquer interceptação telefônica, judicialmente autorizada, em sua origem, esteja amparada por justa causa, o que, à evidência, ocorre no caso em tela, pois deflagradas a partir de informações obtidas pelo setor de inteligência policial.

Pelo que verte dos autos, as interceptações telefônicas e as prorrogações realizadas durante a investigação dos fatos geradores do presente feito foram devida e judicialmente autorizadas em observância integral ao disposto na Lei 8.296/96, a partir de justa causa para tanto.

As interceptações telefônicas foram pleiteadas no desenvolvimento de extensas investigações, envolvendo estrutura criminosa organizada de proporções diferenciadas, o que, à evidência, apresenta contornos de especial complexidade, em particular, em razão da natureza dos delitos apurados e da quantidade de envolvidos.

De outra parte, estando a prova à disposição das defesas, nada se demonstrou de concreto, mesmo que pontualmente, a justificar o pleito de degravação integral das mídias.

Não é demais anotar, quanto às degravações das interceptações que foram realizadas por policiais civis, agentes públicos, e o relatório encontra pleno apoio na coesa prova da acusação.

A suficiência do abrangente conjunto probatório para o julgamento do feito, constituído, de forma coesa, por interceptações telefônicas, prova oral e perícias afasta a possibilidade de reconhecimento do cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito, apenas os apelos de Bruno Henrique Munin Rodrigues, Diego Henrique Carvalho Feliciano, Lucas Adriano Nunes dos Santos, Marcelo Soares Camargo, Carlos Henrique de Oliveira Munhoz e Elton Dias Roberto procedem em parte.

Ficou demonstrado, estreme de dúvida que os acusados associaram-se para o fim de praticar tráfico ilícito de entorpecentes, tendo as diligências realizadas por policiais resultado na apreensão:

Acesso ao Sumário

1) em 28/03/15, na posse de Wesley Dantas Gomes e do menor M.X.F., de uma porção de maconha (*cannabis sativa L*), num total líquido de 1kg 383,54g;

Wesley foi processado e condenado por tráfico ilícito de entorpecentes nos autos do Processo Crime 0001660-14.2015.8.26.0322, que teve curso perante o R. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Lins.

1) em 03/04/15, na posse de Alex de Souza Lopes, João Carlos do Amaral, Leandro de Lara Munhoz e João Fernando de Oliveira Munhoz, de 51 (cinquenta e uma) porções de cocaína, num total líquido de 89,23 gramas, 43 porções de cocaína, num total líquido de 22,10 granas, e uma porção de cocaína, num total líquido de 43,82 gramas.

Alex de Souza Lopes, João Carlos do Amaral, Leandro de Lara Munhoz e João Fernando de Oliveira Munhoz foram processados e condenados pelos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para fins de tráfico nos autos do processo crime 0000054-87.2015.8.26.0600, que teve curso perante o R. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Lins.

As substâncias entorpecentes apreendidas, por sua expressiva quantidade, forma de acondicionamento e circunstâncias da apreensão indicam a destinação ao comércio clandestino.

Diligências policiais para elucidar e desarticular atividades criminosas, relativas ao tráfico ilícito de entorpecentes, a partir de interceptações judicialmente autorizadas das comunicações telefônicas dos acusados Elton Dias Roberto e Carlos Henrique de Oliveira Munhoz, revelaram a participação destes e dos demais corréus em complexo esquema de comércio clandestino de entorpecentes, com divisão de tarefas e hierarquia entre os participantes da atividade ilícita e resultaram na apreensão dos entorpecentes acima descritas.

Apurou-se, assim, que os acusados Elton e Carlos Henrique comandavam a associação e adquiriam entorpecente de cartéis de drogas não identificados.

João Fernando, Leandro, Marcelo, Lucas, Bruno e Diego eram responsáveis pela revenda no atacado do entorpecente, venda direta aos usuários, armazenamento e entregas dos entorpecentes.

Os acusados Hugo, Claudia, Sara, Jonathan, José Heitor e Robson adquiriam frequentemente entorpecentes vindo da associação para revenda.

Os réus Sandro, Wellington e Ademir, por sua vez, atuavam como informantes ou colaboradores, avisando os criminosos sobre a presença de policiais em local de interesse da associação.

Sandro era responsável pela intermediação de negócios lícitos, tais como compra e venda de veículos e imóveis, para a associação criminosa.

Nesse sentido, é a coesa e insuspeita prova oral da acusação, constituída

Acesso ao Sumário

pelos testemunhos da D. Autoridade Policial, João Luis Lopes Pandolfi (fl. 2.283/CD), e dos policiais civis Thiago Fernando Alves Arioli (fls. 541 e 2.283/CD), Ederval Emerson de Souza Perin (fl. 2.284/CD), Lucas Piovesan Rodrigues (fls. 540 e 2.285/CD) e Eugênio Cicero Tomilheiro Mondi (fls. 549 e 2.2384/CD), que relatam ao desenvolvimento das investigações, assim como a identificação dos participantes das atividades ilícitas e suas respectivas atividades.

Importa considerar, ainda, os depoimentos na fase extrajudicial das testemunhas Gilberto Augustinho Vigarini (fls. 120/121), Carlos Vieira Lima (fls. 277/278), Nilson Gentile (fls. 279/280), Paulo Sulino da Silva (fls. 281/282), Ana Laura Faustroni Nunes (fl. 287), Milton Cesar Rodrigues Santana (fl. 291), Ludiomar Finco (fl. 301), João Alberto Bertin Sanches (fls. 397/398), e Luis Gustavo Goulart (fl. 566) e dos policiais militares Fabrício Ishikawa Rigoni (fl. 563) e Julio Cesar Ferraz (fl. 564).

Nada há nos autos a infirmar a prova oral da acusação ou a indicar por parte das testemunhas qualquer motivo para, injustificadamente, prejudicar os apelantes.

Quanto à credibilidade dos testemunhos dos agentes públicos, é preciso anotar que não há óbice legal a que prestem depoimento, sob compromisso, sobre seus atos de ofício.

Importa considerar, ademais, que a prova dos autos, constituída pelas interceptações, em especial, pelas transcritas na r. sentença recorrida, elucidou as práticas ilícitas imputadas aos acusados, bem como a ação conjunta dos réus, merece total credibilidade.

Os acusados Elton, João Fernando, Leandro, Sandro, Carlos Henrique, José Heitor e Marcelo permaneceram sugestivamente silentes na fase inquisitorial (fls. 583, 611, 625, 633, 659, 678 e 748) enquanto os demais acusados negaram envolvimento nas práticas ilícitas em tela (fls. 69, 398, 708, 716, 729, 742, 756 e 1.028).

As versões exculpatórias sustentadas pelos acusados em juízo (2.271/CD), sem ressonância nos autos e afastadas pela prova oral da acusação, não merecem credibilidade.

Ademir afirmou ser técnico de futebol e que conheceria apenas o acusado Leandro, bem como que teria perdido seu aparelho de telefone celular não se lembrando do número.

Bruno negou conhecer os corréus e apresentou versão consistente em assaque contra os policiais desprovido até mesmo do mérito da novidade. Afirmou, ainda, que não possuía aparelho celular.

O acusado Carlos Henrique afirmou que é genro do acusado Sandro e que conhece os réus Diego e Wellington, e, ainda, que não se recordava do número de seu aparelho celular.

Acesso ao Sumário

A acusada Claudia apresentou versão no sentido de que trabalharia em um shopping popular, bem como que iria aprender a consertar aparelhos celulares com defeito, razão pela qual teriam sido apreendidos vários aparelhos celulares em sua posse.

Os réus Diego, Elton e José Heitor negam o uso de aparelho celular e apresentaram versão consistente em assaque contra os policiais.

Hugo apresentou versão no sentido de que faria uso de aparelho celular apenas para contato de serviço.

João Fernando, por sua vez, não soube afirmar o número de seu aparelho celular e relatou que conhece apenas o acusado Jonathan, pois trabalhariam juntos.

O réu Jonathan afirmou ser usuário de entorpecente e que conhece os réus Fernando e Leandro, mas negou manter contato com eles ou com os demais réus.

Leandro apresentou versão no sentido de que estaria sozinho na residência de seu irmão, o acusado João Fernando, quando foi preso. Afirmou, também, que é usuário de entorpecente, bem como que conhece o acusado Ademir.

Lucas negou que possuísse telefone celular, apresentou versão no sentido de assaque contra os policiais e afirmou conhecer apenas o acusado Bruno.

O réu Marcelo, por sua vez, negou conhecer os corréus e negou, ainda, possuir qualquer aparelho para contato telefônico.

O réu Robson negou conhecer os demais acusados, bem como afirmou não se recordar do número de seu aparelho celular.

O apelante Sandro apresentou versão no sentido de apenas conhecer seu filho, os acusados Wellington, bem como seu genro Carlos Henrique, apresentando, também, versão consistente em assaque contra os policiais.

A ré Sara afirmou que trabalhava registrada e não conhece os demais corréus, e, ainda, que não possui qualquer aparelho para contato telefônico.

Por derradeiro, Wellington afirmou conhecer apenas seu pai e seu cunhado Sandro. Apresentou versão, ainda, no sentido de que o rádio de comunicação apreendido em sua posse se destinaria ao uso em seu emprego.

A prova oral das defesas de João Fernando, Carlos Henrique, Elton, Hugo, Marcelo, Lucas, Leandro, Robson, Ademir, Sandro, Wellington, Sara, Jonathan, José Heitor e Claudia, não se prestam a alterar o panorama do conjunto probatório (fls. 2.286/CD, 2.307/CD e 2.332/CD).

No âmbito da materialidade delitiva, a prova é complementada pelos relatórios de interceptações (fls. 45/112), autos de exibição e apreensão (fls. 136/140, 145, 150, 162/163, 171/172, 179/180, 184/188, 197/198, 202/204, 211/212, 220/222, 231/234, 366/368, 523/524, 525/526, 539, 555/557, 562 e

Acesso ao Sumário

1.071), auto de entrega (fl. 1.072), documentos (fls. 308/320), laudo em aparelhos celulares e peças (fls. 440/450, 451/455, 456/460, 461/468, 469/473, 474/480, 490/494, 495/503, 504/515, 570/581, 1.037/1.043, 1.044/1.050 e 1.051/1.054) e pelas transcrições das interceptações telefônicas (fls. 803/814, 1.073/1.083, 1.098/1.119, 1.120/1.155, 1.156/1.199, 1.203/1.317 e 1.319/1.344) e laudos de exame químicos toxicológicos (fls. 1.396/1.401).

No que tange à qualificação jurídica da conduta dos acusados, a r. sentença recorrida comporta reparo.

Impõe-se, quanto aos réus que foram condenados por duas vezes pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o reconhecimento da prática de apenas um crime de tráfico ilícito de entorpecentes, praticado em concurso material com crime de associação para fins de tráfico para todos os réus (fatos de 28/03/2015 e 03/04/2015).

Há que se anotar, a propósito, que as apreensões de entorpecentes, embora tenham sido com indivíduos diversos e ensejado, inclusive, persecuções penais diversas, são continentes, relativas a uma atividade permanente, revelada por um contínuo procedimento investigatório, que não teve solução de continuidade.

Os entorpecentes apreendidos nas duas oportunidades pertenciam, pelo que verte dos autos, a uma mesma associação criminosa. O transporte, guarda, ou depósito concomitantes de entorpecentes em locais diversos, com réus diversos, ou ainda a realização de vendas para indivíduos diferentes, não é suficiente para caracterizar a multiplicidade de crimes de tráfico de drogas.

Assim, é de rigor o reconhecimento do instituto da litispendência em relação aos réus João Fernando e Leandro, que restaram condenados definitivamente pela prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para fins de tráfico nos autos do Processo Crime 0000054-87.2015.8.26.0600, que teve curso perante o R. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Lins pelo fato ocorrido em 03/04/2015, com concessão de *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO para esses réus, para trancar a presente ação penal por falta de justa causa.

Quanto aos réus **Carlos Henrique de Oliveira Munhoz, Elton Dias Roberto, Bruno Henrique Munin Rodrigues, Diego Henrique Carvalho Feliciano, Lucas Adriano Nunes dos Santos e Marcelo Soares Camargo** suas condutas ora são requalificadas para a prevista no art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, em concurso material com a prevista no art. 35, combinado com art. 40 VI, ambos Lei 11.343/06.

No que tange à dosimetria das penas, a r. decisão recorrida comporta reparo apenas em relação aos acusados Carlos Henrique, Elton, Bruno, Diego, Lucas, Marcelo, diante da requalificação jurídica de suas condutas, ora operada.

Quanto a **Ademir, Jonathan, Sandro** e **Wellington**, que foram condenados apenas como incursos no art. 35, combinado com art. 40, VI, ambos

Acesso ao Sumário

da Lei 11.343/06, as penas-base foram fixadas nos mínimos legais e, a seguir, majoradas em 1/6 (um sexto) pela causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, devidamente demonstrada nos autos (3 anos e 6 meses de reclusão e 816 dias-multa).

Quanto aos réus **Claudia, Hugo, José Heitor, Robson** e **Sara**, que foram condenados apenas como incursos no art. 35, da Lei 11.343/06, as penas-base foram fixadas nos mínimos legais e, assim, mantidas (3 anos de reclusão e 700 dias- multa).

O não reconhecimento e incidência da causa especial de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, bem como a fixação do regime prisional aberto, para estes réus, ante a ausência de insurgência ministerial, restaram incontroversos.

Quanto aos recorrentes **Bruno, Diego, Lucas** e **Marcelo**, diante do reconhecimento da unicidade dos crimes de tráfico, permanecem condenados como incursos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, combinado com o art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, em concurso material como crime previsto no art. 35, combinado com art. 40, VI, ambos da Lei 11.343/06.

Assim:

a) quanto ao crime de tráfico, as penas-base foram fixadas nos mínimos legais. Operou-se, a seguir, a majoração em 1/6 (um sexto), relativa à causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, devidamente demonstrada nos autos, de modo que as penas resultaram em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

b) quanto ao crime de associação para fins de tráfico, as penas-base foram fixadas nos mínimos legais. Operou- se, a seguir, a majoração de 1/6 (um sexto), relativa à causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, devidamente demonstrada nos autos, de modo que as penas resultaram em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa.

Quanto ao recorrente **Carlos Henrique de Oliveira**, diante do reconhecimento da unicidade dos crimes de tráfico, permanece condenado como incurso no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, combinado com o art. 40, VI, em concurso material como crime previsto no art. 35, combinado com art. 40, VI, todos da Lei 11.343/06.

Assim:

a) quanto ao crime de tráfico, as penas- base foram adequadamente majoradas em 1/6 (um sexto), em razão da conduta social e personalidade de Carlos Henrique que é um dos líderes da organização. Operou-se, a seguir, a majoração de 1/6 (um sexto) em razão da causa especial de

Acesso ao Sumário

aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, devidamente demonstrada nos autos. As penas relativas ao crime de tráfico resultam, portanto, 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.

b) quanto ao crime de associação para fins de tráfico, as penas-base foram adequadamente majoradas em 1/6 (um sexto), em razão da conduta social e personalidade de Carlos Henrique que é um dos líderes da organização. Operou-se, a seguir, a majoração de 1/6 (um sexto) em razão da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, devidamente demonstrada nos autos. As penas relativas ao crime associação para fins de tráfico resultam, portanto, 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e 952 (novecentos e cinquenta e dois) dias-multa.

Quanto ao recorrente **Elton Dias Roberto**, diante do reconhecimento da unicidade dos crimes de tráfico, permanece condenado como incursos no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, combinado com o art. 40, VI, em concurso material como crime previsto no art. 35, combinado com art. 40, VI, todos da Lei 11.343/06.

Assim:

a) quanto ao crime de tráfico, as penas- base foram adequadamente majoradas em 1/5 (um quinto), em razão da conduta e personalidade do acusado, que comanda a associação, bem como em razão de antecedente criminal (fls. 12/13, do último apenso ao 4º volume). Operou-se, a seguir, o aumento de 1/6 (um sexto) com fulcro no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, do que resultou 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

b) Quanto ao crime de associação para fins de tráfico, as penas-base foram majoradas em 1/5 (um quinto), em razão da personalidade e conduta do réu que comanda a associação, bem como em razão de antecedente criminal (fls. 12/13, do último apenso ao 4º volume), o que se apresenta como adequado e deve prevalecer. A seguir, as penas foram novamente aumentadas em 1/6 (um sexto) pela causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, devidamente demonstrada nos autos, do que resultou 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 980 (novecentos e oitenta) dias-multa.

O regime prisional inicial fechado deve prevalecer considerados o *quantum* das penas impostas e a evidência de razoável envolvimento dos acusados com a criminalidade ligada ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Os pleitos defensivos subsidiários também não comportam acolhimento.

Os réus condenados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes não fazem jus ao benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois as circunstâncias do presente caso revelam importante envolvimento com a

Acesso ao Sumário

criminalidade ligada ao comércio clandestino de drogas.

Esta conclusão encontra suporte no art. 239, do Cód. de Proc. Penal, que trata da prova indireta, qual seja, a indiciária, cujo valor, no âmbito do sistema do livre convencimento motivado, é o mesmo da direta, em conformidade com o que expressamente é assinalado na exposição de motivos do estatuto adjetivo penal.

Importa anotar, ainda, que os indícios a serem considerados são apenas os veementes, com ocorre no caso em tela.

O cúmulo material das penas dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e de associação para fins de tráfico, em vista da diversidade de momentos consumativos, bem como por serem espécies delitivas distintas, embora da mesma natureza, deve prevalecer.

Não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade em relação aos condenados apenas pelo crime de associação para fins de tráfico, medida que se mostra como insuficiente para a reprovação penal no presente caso.

O pleito de redução da pena de multa, por ausência de suporte legal, não comporta acolhimento.

Quanto aos recorrentes Carlos Henrique e Elton, a fixação do dia-multa em 1/10 do salário mínimo foi devidamente motivada, ou seja, decorreu da demonstração de que possuem condição financeira diferenciada.

A condenação dos acusados ao pagamento de custas, dado o amparo legal, deve prevalecer.

A condenação dos acusados ao pagamento de custas processuais encontra fundamento no art. 4, § 9º, da Lei Estadual 11.608/2003, que não isentou de pagamento da taxa judiciária mesmo o beneficiário da Justiça Gratuita, e no art. 804, do Cód. de Proc. Penal.

Nesse aspecto, importa anotar que, a teor do § 2º do art. 24, da Constituição Federal, bem como do que se infere do art. 805, do Cód. de Proc. Penal, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, é certo que a Constituição Federal, em seus artigos 5º, XXXV e LXXIV, e 134, assegurou aos hipossuficientes o acesso à ordem jurídica justa, mediante a gratuidade da assistência jurídica, nos termos da lei.

Nesse sentido, inclusive, é a Lei 1.060/50, bem como os arts. 98 e seguintes, do Novo Cód. de Proc. Civil.

Portanto, a norma estadual deve ser interpretada, sistematicamente, não só com a Carta Magna, como também com a Lei 1.060/50 e os mencionados dispositivos da nova legislação processual civil, que tem aplicação subsidiária

ao Cód. de Proc. Penal.

Assim, a condição de beneficiário da assistência judiciária, não exclui a possibilidade de condenação ao pagamento da taxa judiciária, quer por ausência de previsão legal na Lei 11.608/03, quer porque, a teor do art. 98, §§ 2º e 3º, do Cód. de Proc. Civil, o diferimento só ocorrerá se o hipossuficiente não puder satisfazer o débito no prazo de cinco anos, a partir do trânsito em julgado da decisão, mesma data em que se extinguirão as obrigações do beneficiário.

No que tange ao perdimento dos bens e numerários apreendidos nos termos do art. 63, da Lei 1.343/06, era de rigor.

Por derradeiro, quanto ao pleito de recorrer em liberdade, ante o presente julgamento, restou prejudicado.

Face ao exposto, meu voto acolhe em parte a matéria preliminar, para reconhecer a litispendência do presente feito com o Proc. Crime 000054-87.2015.8.2.0600 e, em consequência, conceder *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO aos apelantes João Fernando de Oliveira Munhoz e Leandro de Lara Munhoz para trancar a presente ação penal em relação a esses acusados, por ausência de justa causa, com expedição de alvará de soltura clausulado, e, quanto ao mérito:

a) nega provimento aos recursos de Ademir Mariano da Silva, Jonathan Junior de Araújo Oliveira, Sandro Adriano Ponce Moura, Wellington Aparecido da Silva Ponce, Claudia Adriana Manduca Jacob, Hugo Felipe da Silva Rossi, José Heitor Rodrigues Ferreira, Robson Maia de Carvalho e Sara Geremias;

b) dá parcial provimento aos recursos de Bruno Henrique Munin Rodrigues, Diego Henrique Carvalho Feliciano, Lucas Adriano Nunes dos Santos, Marcelo Soares Camargo, Carlos Henrique de Oliveira Munhoz e Elton Dias Roberto, apenas para, em relação ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, reconhecer a unicidade do crime, e, em consequência, requalificar a conduta jurídica desses acusados para a prevista no art. 33, *caput*, combinado com art. 40, VI, em concurso material com o art. 35, *caput*, combinado com o art. 40, VI, todos da Lei 11.343/06, e, assim, apenas quanto ao crime de tráfico, reduzir as penas de Elton para 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, Carlos Henrique para 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa e de Bruno, Diego, Lucas e Marcelo para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão mínima ao dia-multa, mantida, quanto ao mais, a r. sentença recorrida.

Acesso ao Sumário

Cautelares Inominadas Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Cautelar Inominada Criminal nº 2264133-09.2018.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é requerente MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é requerido MM JUIZ(A) DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO VICENTE.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deferiram a medida cautelar inominada interposta pelo Ministério Público, para conferir efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito antes ajuizado, devendo ser restabelecida a prisão cautelar da indiciada Geovana da Costa Santos, ratificada a liminar antes concedida para tal fim, oficiando-se à MMª. Juíza para a expedição, incontinenti, do competente mandado de prisão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.452)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2019.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: MEDIDA CAUTELAR INOMINADA QUE OBJETIVA DEFERIMENTO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO AJUIZADO CONTRA DECISÃO PELA QUAL A MMª. JUÍZA AUXILIAR REVOGOU A PRISÃO PREVENTIVA DA INDICIADA, COM APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES. DENÚNCIA ESTRIBADA NOS ARTS. 33, *CAPUT* E 35, C.C. O ART. 40, IV E VI, TODOS DA LEI Nº 11.343/06, MAIS O ART. 329, *CAPUT*, NA FORMA DO ART. 69, AMBOS DO CP.

CASO EM QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS ENSEJAM O DEFERIMENTO DO PLEITO MINISTERIAL.

Medida cautelar deferida, com determinação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1 – Trata-se de ação cautelar inominada ajuizada pelo Ministério Público, com o fim de obter efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito, pelo qual busca o *Parquet* a reforma da decisão pela qual foi revogada a prisão preventiva de Geovana da Costa Santos, denunciada como incursa nas sanções dos artigos 33, *caput* e 35, c.c. o artigo 40, IV e VI, todos da Lei nº 11.343/06, mais o artigo 329, *caput*, na forma do artigo 69, ambos do Código Penal.

Aduz o doutor Promotor Justiça que o pleito se justifica pelo grave risco que a liberdade da ré representa à sociedade, diante do perigo de reiteração das práticas delitivas a ela imputadas, bem como de fuga do distrito da culpa, mormente em se tratando de reincidente específica, que se viu novamente presa em flagrante delito, na posse de enorme quantidade de drogas, em local conhecido como ponto de sua venda, agindo em conluio com adolescentes e outros coautores armados, tendo ainda resistido à prisão, tudo a denotar estarem presentes os requisitos ensejadores da medida extrema (fls. 01/11).

O pedido liminar foi concedido a fl. 30.

Juntadas as informações prestadas pelo MM. Juiz (fls. 38/40), pronunciou-se a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra da doutora Patrícia Dosualdo Pelozo, pelo provimento da ação, para ser atribuído efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito interposto em Primeiro Grau (fls. 123/125).

Este, em síntese, é o relatório.

2 – *Ab initio* denota-se que, neste caso, o Ministério Público acertadamente ingressou com a presente medida cautelar inominada, não empregando, para tal fim, o mandado de segurança, em conformidade com o quanto disposto no recente verbete nº 604, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, pela qual ficou inviabilizado o emprego do *mandamus* em casos como tal.

E quanto ao cabimento da referida medida para fim de obtenção de efeito suspensivo em situações como a que ora se apresenta, atinente a interposição, pelo *Parquet*, de recurso em sentido estrito, já se manifestou o Colendo Supremo Tribunal Federal: - "**Observem ter sido a custódia implementada no âmbito de processo alusivo a medida cautelar inominada incidental em recurso em sentido estrito, formalizado contra decisão judicial em que indeferido o pedido de prisão preventiva em primeiro grau. No tocante ao alegado descabimento da citada medida, ante a ausência de previsão legal específica, tem-se a incidência do artigo 297 do Código de Processo Civil, com aplicação subsidiária viabilizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal, a revelar o poder geral de cautela, a fim de evitar a ocorrência de dano irreparável ou insuficiência de outras providências. [...] Está em jogo a preservação da ordem pública. Sem prejuízo do princípio da não culpabilidade, presentes os fortes indícios de participação do paciente,**

Acesso ao Sumário

ao que tudo indica, em grupo criminoso, a custódia se impunha, ante a periculosidade, ao menos sinalizada. Daí ter-se como razoável e conveniente o ato atacado. A inversão da ordem do processo-crime – no que direciona a apurar para, selada a culpa, em verdadeira execução da pena, prender – foi justificada, atendendo-se ao figurino legal". (HC 151456 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03/04/2018, publicado em 06/04/2018).

Assim, tendo o *Parquet* lançado mão da presente medida cautelar, no caso vertente, tal há que ser recepcionada.

É certo que à ré é imputada a prática dos crimes de tráfico de drogas, de associação para tal fim, e de resistência, porque, em tese, agindo em conluio com seis coautores, sendo três deles adolescentes, teria resistido a sua prisão em flagrante delito mediante disparos de armas de fogo, quando trazia consigo 300 *eppendorf*s de cocaína; 16 porções individuais de maconha e outra a granel, pesando cerca de 1,5 kg; 926 pedras de *crack* e 15 frascos de lança-perfume, além de R$ 608,50, um rádio comunicador, uma balança de precisão e dois revólveres do calibre .38, ambos com suas numerações suprimidas, conforme consta na denúncia de fls. 81/84, amparada no auto de exibição e apreensão de fls. 20/22, e nos laudos de constatação e periciais de fls. 23, 161/165, 188/189, 190/192 e 193/206, todas do processo de conhecimento.

E da informação contida a fl. 22 destes autos, depreende-se que, efetivamente, a MMª. Juíza Auxiliar cuidou de revogar a prisão preventiva da denunciada, com adoção de medidas cautelares, por entender que "mostra-se incontroverso que a ré não portava nenhuma arma e nem disparou contra os policiais. Tem residência fixa no Distrito da culpa e não há prova nos autos de que tenha sido condenada em definitivo por igual crime", frisando, ainda, que "é direito da ré estar presa em localidade próxima à família, não podendo o Estado justificar o não cumprimento de seu dever denegando a ré seus direitos constitucionais e ainda, não deu a ré causa ao não encerramento efetivo da instrução nesta data uma vez que há determinação judicial ainda não cumprida e sem a qual sua defesa estará prejudicada".

Acesso ao Sumário

Todavia, observa-se que há, na espécie, *fumus boni juris* e *periculum in mora* a ensejar risco iminente à sociedade, por se tratar de imputação de delitos gravíssimos, mormente diante do noticiado nos autos quanto a ter a ré se valido de outros seis coautores, três deles menores de idade, para com eles praticar o narcotráfico, crime esse inafiançável e equiparado aos hediondos, a teor do que dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIII, ainda tendo eles, em tese, oferecido resistência à sua prisão em flagrante delito, inclusive com troca de tiros com os policiais, que resultou na morte de dois dos adolescentes coautores.

Frise-se, ainda, que a enorme quantidade de quatro tipos de drogas

distintas apreendidas, tratando-se de nada menos que, repita-se, 926 pedras de *crack*, 300 *eppendorfs* de cocaína, 15 frascos de cloreto de metileno e mais de 1,5 kg de maconha que, portanto, poderiam ser distribuídas a milhares de pessoas, colocando em risco a saúde pública e a tranquilidade social, enseja grave ameaça de lesão a tais valores.

Nessa esteira: - "**No conceito da ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face de gravidade do crime e de sua repercussão**." (Supremo Tribunal Federal, Min. Carlos Madeira, RTJ 124/033).

Não há que se descurar, aliás, que ao contrário do afirmado pela MMª. Juíza Auxiliar, e como bem apontado no inconformismo ministerial, trata-se a ré de reincidente em crime de tráfico de drogas, conforme se depreende da certidão de fl. 119 (processo nº 0004520-10.2016.8.26.0562), a indicar que a sua constrição se mostra necessária, a fim de ser evitada, em tese, eventual reiteração das condutas gravíssimas a ela imputadas, havendo que ser assegurada, no caso, a garantia da ordem pública, até que se promova o julgamento do Recurso em Sentido Estrito já ajuizado.

Assim, há que ser concedido em caráter liminar o pleito ministerial.

Isto posto, defere-se a medida cautelar inominada interposta pelo Ministério Público, para conferir efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito antes ajuizado, devendo ser restabelecida a prisão cautelar da indiciada **Geovana da Costa Santos**, ratificada a liminar antes concedida para tal fim, oficiando-se à MMª. Juíza para a expedição, incontinenti, do competente mandado de prisão.

Correições Parciais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Correição Parcial nº 2111738-66.2017.8.26.0000, da Comarca de Sumaré, em que é corrigente EDUARDO ANTONIO MIGUEL ELIAS, é corrigido JUÍZO DA COMARCA.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento à correição parcial, para cassar a r. decisão ora atacada, na parte em que aplicou a multa de quarenta salários mínimos em desfavor do causídico e o destituiu do patrocínio da causa, ratificada a liminar outrora concedida. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 001359)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente) e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 31 de janeiro de 2019.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, Relatora

Ementa: CORREIÇÃO PARCIAL. CASSAÇÃO DA DECISÃO QUE IMPÔS MULTA DO ARTIGO 265, *CAPUT*, DO CPP AO IMPETRANTE E O DESTITUIU DO PATROCÍNIO DA CAUSA. *1.* Impetrante que apresentou justificativa plausível antes da realização da audiência. Segundo entendimento majoritário, a ausência do advogado a um único ato do processo não caracteriza, por si só, abandono da causa, ainda mais quando devidamente justificada. Precedentes. *2.* A ausência do defensor à audiência, por si só, não autoriza ao Magistrado aplicar a multa de forma automática, sem observância mínima do contraditório e da ampla defesa. Multa cominada afastada e anulada a decisão de destituição. *3.* Destituição do advogado que gerou verdadeira inversão tumultuária do processo, haja vista que o patrocinado negou o abandono e recusou-se a ser defendido por outro advogado. *4.* Representação à Corregedoria obstada pela inexistência de qualquer infração funcional por parte do digno Magistrado prolator da decisão ora atacada, tratando-se de questão exclusivamente jurisdicional. *5.* Recurso parcialmente provido, para cassar a r. decisão ora atacada, na parte em que aplicou a multa de quarenta salários mínimos em desfavor do causídico e o destituiu do patrocínio da causa, ratificada a liminar outrora concedida.

Acesso ao Sumário

VOTO

O Ilustre Advogado **EDUARDO ANTONIO MIGUEL ELIAS** interpõe a presente correição parcial, com pedido liminar, alegando *error in procedendo* por parte do MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL E ANEXO DO JÚRI DE SUMARÉ/SP, que o destituiu do patrocínio dos interesses de seu cliente e aplicou-lhe multa no montante de 40 (quarenta) salários mínimos, ante o não comparecimento em audiência de instrução e julgamento, nos termos do artigo 265, caput, do Código de Processo Penal, nos autos de processo-crime

de nº 0002097-24.2011.8.26.0604, em que funcionou como defensor do réu RODOLFO RAMOS COSTA.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos da decisão ora atacada e, no mérito, a sua cassação, com comunicação à Corregedoria Geral de Justiça deste Egrégio Tribunal, para as providências cabíveis, alegando não ter comparecido à sessão plenária designada para o dia 01.06.2017 por motivos de saúde, haja vista ter sido acometido por arritmia cardíaca, que justificou a recomendação médica de descanso, razão pela qual pediu o adiamento do ato processual, o que foi indeferido pela digna Autoridade apontada como coatora. Não obstante, receoso com sua saúde, não compareceu ao ato designado, tendo as testemunhas arroladas pela Acusação deixado de comparecer à audiência, o que ocasionou pedido de insistência do Ministério Público nas suas oitivas. O Corrigido imputou a necessidade de redesignação à ausência do advogado e aplicou- lhe multa de 40 (quarenta) salários mínimos, entendendo configurado o abandono, nos termos do artigo 265 do Código de Processo Penal. Sustenta não estar configurado o abandono da causa, haja vista que teria atuado com diligência e constância, não tendo sido omisso ou desidioso no patrocínio da causa. Alega que comprovou de forma cabal, através de documentos hábeis, a impossibilidade de comparecer à sessão designada e, mesmo que estivesse presente, o ato judicial não teria se realizado. Argumenta, ainda, que o MM. Juízo a quo encerrou de forma indevida a relação entre advogado e cliente (fls. 1/464).

A liminar foi deferida para suspender a exigibilidade da multa imposta ao Corrigente, pelo Eminente Desembargador Camargo Aranha Filho (fls. 466/467), prestadas as informações de praxe pela digna autoridade apontada como coatora (fls. 474/481), tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em respeitável parecer lançado nos autos, opinado pelo não conhecimento da impetração (fls. 487/489).

É o relatório.

Como sabido, a correição parcial é instrumento destinado à impugnação de decisão judicial que, por *error in procedendo*, importe em inversão tumultuária do processo, sempre que não haja recurso específico previsto em lei.

Ainda, segundo o artigo 211 do Regimento Interno desta Egrégia Corte, "***Cabe correição parcial, no processo penal, para a emenda de erro ou abuso que importe inversão tumultuária dos atos e fórmulas processuais, quando não previsto recurso específico***", que poderá ser interposta no prazo de 15 (quinze) dias, tendo em vista a adoção, pelo Regimento Interno desta Corte, do procedimento do agravo de instrumento (art. 212).

Resguardado o devido acatamento ao entendimento da douta Procuradoria-Geral de Justiça, a presente correição parcial comporta provimento em parte, por

Acesso ao Sumário

se vislumbrar, *in casu*, entendimento processual que importou em verdadeira inversão tumultuária dos atos e fórmulas processuais.

O Ilustre impetrante objetiva a anulação da respeitável decisão que lhe aplicou pena de multa de 40 (quarenta) salários mínimos, ante o seu não comparecimento em sessão do Tribunal de Juri, nos termos do artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal, entendendo estar configurado o abandono processual.

Convém pontuar a existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.398 no Excelso Supremo Tribunal Federal, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, que questiona a constitucionalidade do artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal. No entanto, os respectivos autos encontram-se conclusos atualmente à Ministra Cármen Lúcia, em substituição ao Relator Ministro Dias Toffoli, conforme consulta ao andamento processual realizado em 10.10.2018, não tendo havido ainda naquela Suprema Corte qualquer manifestação acerca da validade da norma, que, assim, permanece em vigor.

Ademais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem declarado reiteradas vezes a constitucionalidade do mencionado dispositivo (RMS 56179/PR; AgRg no RMS 46227/SP; EDcl no RMS 44224/SP; RMS 50347/MG).

Entretanto, na hipótese em testilha, data vênia do entendimento do culto magistrado de piso, temos que, no caso concreto em análise, não se qualificou a ausência do patrono como abandono do processo, hipótese que admitiria a incidência da multa em combate.

Pelo que consta dos autos, o Peticionário requereu nos autos de origem o adiamento da sessão plenária designada para o dia 1º de junho de 2017, por razões de saúde, apresentando atestado médico assinado por médico devidamente registrado e ativo no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP, que atestou apneia do sono (CID: G47.3), infarto antigo do miocárdio (CID: I25.2), enxerto de angioplastia (CID: Z95.5), miocardiopatia isquêmica (CID: I25.5), hipertensão (CID: I11.0), hiperlipidemia mista (CID: E78.2) e obesidade (CID: 66.9), declarando que, em razão do diagnóstico, o causídico deveria permanecer "*em caráter permanente sob rigoroso, estreito, contínuo controle e acompanhamento médico, medidas dietéticas, reabilitação cardiovascular, intensiva terapêutica medicamentosa, assim como ter seu repouso noturno obrigatoriamente realizado em seu aposento de seu domicílio por necessitar da utilização do recurso de equipamento de prisão positiva contínua nas vias aéreas (CPAP) além de adequado controle de umidade e temperatura ambiente (ar condicionado) sob risco de ser acometido de evento cardiovascular potencialmente fatal" (416)*, circunstâncias que afastam situação de descaso ou imotivada ausência no ato processual , no qual lhe foi imposta a pena impugnada.

Acesso ao Sumário

Ademais, o Peticionário, imediatamente após a realização da audiência de instrução e julgamento, **apresentou declaração firmada pelo patrocinado RODOLFO, que afirmou não ter interesse em ser patrocinado por outro advogado, porquanto não teria sido abandonado pelo causídico** (fls. 464), do que restou configurada a inversão tumultuária do processo.

E, segundo entendimento majoritário, a ausência do advogado **a um único ato do processo não caracteriza, por si só, abandono do processo**, ainda mais quando previamente justificada, como *in casu*.

Nesse sentido é a iterativa e remansosa jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> *MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSIÇÃO DE MULTA POR ABANDONO DO PROCESSO – Impetração visando à anulação da decisão, desonerando a impetrante do pagamento da multa fixada nos termos do artigo 265 do CPP, no valor de 02 salários mínimos – POSSIBILIDADE EM PARTE – Apresentação de atestado médico um dia depois da realização da audiência, declarando o comparecimento da impetrante em consulta médica no dia do ato e recomendando o repouso por dois dias – Não comparecimento a um único ato processual – Nomeação de defensora ad hoc que acompanhou o ato regularmente – Apresentação de alegações finais pela própria impetrante – Não demonstrado prejuízo para as partes – Não configurado o abandono do processo ou desídia da advogada – CONCEDIDA PARCIALMENTE A SEGURANÇA.* (TJSP – 3ª Câmara de Direito Criminal; Mandado de Segurança nº 2042931-57.2018.8.26.0000, Relator Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, j. 05.06.2018, DJe 07.06.2018).
>
> *MANDADO DE SEGURANÇA – MULTA POR ABANDONO PROCESSUAL – Artigo 265 do CPP. Afastamento. Possibilidade excepcional. Não comprovação de desídia ou dolo em prejudicar o réu representado. Advogado reconstituído e que ofertou alegações finais. Pedidos defensivos realizados na busca do interesse e da defesa da ré RATIFICADA A MEDIDA LIMINAR E CONCEDIDA, EXCEPCIONALMENTE, A SEGURANÇA.* (TJSP – 10ª Câmara de Direito Criminal; Mandado de Segurança nº 2252642-39.2017.8.26.0000, j. 08.03.2018, DJe 08.03.2018).
>
> *MANDADO DE SEGURANÇA – AUSÊNCIA A AUDIÊNCIA – ABANDONO DA CAUSA – Não caracterização: A simples ausência na audiência não é suficiente para caracterizar o abandono previsto no art. 265, do CPP, havendo, de qualquer modo, a possibilidade de nomeação de defensor ad hoc. Segurança concedida.* (TJSP – 15ª Câmara de Direito Criminal; Mandado de Segurança nº 2052764-41.2014.8.26.0000, j.

Acesso ao Sumário

08.05.2014, DJe 14.05.2014).

Ademais, ainda que se considere que a multa prevista no artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal tenha natureza processual, certo é que a mera ausência do Defensor à audiência não autoriza ao Magistrado aplicá-la de forma automática, sem observância mínima do contraditório e da ampla defesa.

E, conforme bem preleciona Renato Brasileiro de Lima:

> *Ao contrário do dispositivo anterior, que condicionava o afastamento do advogado à prévia concordância do juiz, a quem incumbia verificar, previamente, se o motivo alegado era imperioso, a nova redação do art. 265 do CPP, acertadamente, dispensa esse prévio assentimento, evitando-se, assim, que o advogado seja obrigado a persistir na defesa de alguém a despeito de já ter manifestado seu interesse em se afastar do feito. Não obstante, subsiste a obrigação de o advogado comunicar o juiz acerca de sua saída do processo, expondo-lhe suas razões, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos,* ***multa esta que somente poderá ser imposta se a referida comunicação não for feita, e não pelo fato de o magistrado, eventualmente, não concordar com o motivo apresentado***. (*in* Manual de processo penal: volume único – 5ª ed. rev., ampl., e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, pag. 1261) (grifo nosso)

Desta forma, considerando-se que não se caracterizou em espécie o abandono da causa por parte do Impetrante, de rigor o parcial deferimento da presente correição parcial para cassar a decisão ora atacada, na parte em que aplicou a multa de quarenta salários mínimos em desfavor do causídico e o destituiu do patrocínio da causa, *ratificada a liminar outrora concedida.*

Por outro lado, o pedido de comunicação à Corregedoria-Geral de Justiça deste Egrégio Tribunal "para as providências cabíveis" não encontra qualquer fundamento, haja vista que inexistente nos autos nem o mais remoto indício de infração funcional por parte do MM. Juiz a quo, a justificar qualquer representação por esta Câmara. Ao revés, a atuação do Magistrado limitou- se ao exercício da atividade exclusivamente jurisdicional, na condução do processo, que vem promovendo de forma diligente, certamente com o escopo de assegurar a tramitação mais célere possível do feito, prevenindo-se redesignações de ato tão complexo quanto a sessão de julgamento.

Relevante ressaltar, diante do conteúdo dos atestados apresentados pelo Impetrante, que se seu estado de saúde não for compatível com participação em sessões de julgamento ou audiências em geral, deverá, em observância ao dever de lealdade processual, se o caso, declinar o patrocínio com antecedência necessária, de modo a não prejudicar a marcha processual, consignando-se que eventual ausência futura já não mais se qualificará como isolada, notadamente se em decorrência de fato de que tenha PRÉVIO CONHECIMENTO.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO à correição parcial, para cassar a r. decisão ora atacada, na parte em que aplicou a multa de quarenta salários mínimos em desfavor do causídico e o destituiu do patrocínio da causa, ratificada a liminar outrora concedida.**

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0005625-10.2018.8.26.0026/50000, da Comarca de Bauru, em que é embargante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado 16ª CÂMARA CRIMINAL DO TJSP.

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 19.206)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), CAMARGO ARANHA FILHO e NEWTON NEVES.

São Paulo, 17 de janeiro de 2019.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Embargos de Declaração. Alegada omissão no tocante ao reconhecimento de Repercussão Geral pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal quanto ao termo inicial para a contagem do prazo da prescrição executória. Inviabilidade. Existência de repercussão geral cujo mérito aguarda julgamento e, como tal, não obsta a análise da questão por esta C. Corte. Acórdão devidamente fundamentado que expõe pormenorizadamente todos os elementos de convicção. Omissão inexistente. Rejeitados.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Ministério Público, contra v. acórdão proferido por esta C. Câmara, nos autos do agravo em execução nº. 0005625-10.2018.8.26.0026, em sessão de julgamento realizada em 19 de outubro p.p., que negou provimento ao recurso ministerial, mantendo o reconhecimento da prescrição da pretensão executória em favor de CICERO ERIVAN NASCIMENTO DOS SANTOS.

Sustenta, em resumo, a existência de omissão por esta Relatoria, no tocante ao reconhecimento de Repercussão Geral, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, quanto ao termo inicial para a contagem do prazo da prescrição executória.

É o relatório.

Devidamente apreciado, os embargos não comportam acolhimento, devendo ser rejeitados.

De plano, imperioso observar ser admissível a oposição de embargos de declaração apenas nas situações elencadas no artigo 619 do Código de Processo Penal, ante a presença de *ambiguidade, obscuridade, contradição* ou *omissão*.

Quanto à aludida omissão, assim vimos entendendo:

> *É a lacuna ou o esquecimento. No julgado traduz-se pela falta de abordagem do magistrado acerca de alguma alegação ou requerimento formulado, expressamente, pela parte interessada, merecedor de apreciação*[1].

No entanto, *in casu*, inexiste a aventada omissão, porquanto o v. acórdão declinou de forma clara, objetiva e concatenada, a devida justificativa para o reconhecimento da prescrição da pretensão executória em favor do sentenciado.

Todavia, insatisfeito com o entendimento esposado, pretende o embargante, mediante a presente via, o afastamento da prescrição, salientando que o v. acórdão ignorou a decisão da Instância Superior que reputou ser tal matéria de repercussão geral e, não obstante, ainda sustenta que a prolação de acórdão condenatório é causa interruptiva da prescrição punitiva, portanto, impeditiva do transcurso da prescrição executória.

Porém, em verdade, o v. acórdão é explícito e inequívoco quanto aos alicerces que fundamentam o reconhecimento da prescrição executória, cujo cômputo se inicia a partir do trânsito em julgado para a acusação, nos moldes do art. 112 do Código Penal, destacando-se:

> "Como cediço, o trânsito em julgado ao *parquet*, além de impedir alterações desfavoráveis ao sentenciando, é o primeiro e, portanto, mais antigo marco condenatório, cuja adoção, malgrado tecnicamente

Acesso ao Sumário

1 NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*, 13ª ed., Forense, nota 6, art. 619.

incoerente, decorre de determinação legal. Sobre esse aspecto, assim vimos lecionando:

> ***Termo inicial da prescrição da pretensão executória****: é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória, 'para a acusação'. No entanto, é inconcebível que assim seja, pois o Estado, mesmo que a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, não pode executar a pena, devendo aguardar o trânsito em julgado para a defesa. Ora, se não houve desinteresse do Estado, nem inépcia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deveria estrar transcorrendo a prescrição da pretensão executória. Entretanto, a lei é clara: começa a ser computada a prescrição da pretensão executória a partir da data do trânsito em julgado da sentença condenatória.*"

Com efeito, não bastasse inexistir a aludia omissão, ainda insiste o embargante que o v. acordão, ao manter a prescrição executória, negou eficácia à decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, responsável por reconhecer a existência de repercussão geral da matéria.

Ocorre que o simples reconhecimento de repercussão geral, além de não impedir a análise da questão por esta C. Corte – visto inexistir suspensão dos recursos envolvendo semelhante discussão –, não demanda necessária menção dentre as razões de se decidir, sobretudo, pois nem mesmo se sabe qual será o entendimento adotado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento definitivo do mérito do recurso.

Nesse sentido, oportuno colacionar recente julgado proferido por esta C. Câmara, perfeitamente amoldável ao presente caso, in verbis:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Embargos que pretendem efeitos infringentes para cassar a decisão que concedeu ordem de habeas corpus para decretar a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, que havia sido negada em primeiro grau. Inconformismo que não pode ser sanado por embargos declaratórios. Ausência de omissões ou obscuridades a tratar.* ***Reconhecimento de repercussão geral da questão atinente ao início da contagem do lapso prescricional pela Suprema Corte, mas ainda sem decisão de mérito. Aplicação de entendimento jurisprudencial pacífico no C. STJ, no sentido da impossibilidade de interpretação contrária a texto expresso de lei em prejuízo do réu. Acórdão confirmatório que não interrompe a contagem da prescrição****. Precedentes do C. STJ, intérprete maior da lei federal. Embargos rejeitados.* (Embargos de Declaração 2111230-86.2018.8.26.0000; Relator Otávio de Almeida Toledo; 10/10/2018; v.u. - grifamos)

Com efeito, intangíveis os presentes embargos, porquanto, à evidência,

Acesso ao Sumário

visam ao mero afastamento da prescrição, a despeito da inexistência de qualquer omissão por esta Relatoria.

Ademais, oportuno registrar que, diferentemente do sustentado pelo embargante, o acordão confirmatório não têm o condão de interromper a prescrição, sob a égide da atual redação do inciso IV, do art. 117 do Código Penal. Quanto à distinção das decisões, assim temos nos posicionado:

> *Nem se diga que acórdão condenatório é o mesmo que acórdão confirmatório da condenação. Com a devida vênia, não é. O acórdão condenatório está em contraposição à sentença absolutória de primeira instância. Caso a decisão do colegiado simplesmente mantenha o que foi concretizado em primeiro grau, é acórdão confirmatório, embora substitua a sentença para efeito de cumprimento em execução*[2].

Em síntese, as alegações trazidas à baila pelo embargante encontram-se exaustivamente explicitadas no v. acórdão, inexistindo, portanto correção sanável pela presente via, restando de rigor sua manutenção, prestigiando, também, a coisa julgada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **rejeito** os presentes embargos de declaração, mantendo *in totum* a decisão atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 0005884-55.2017.8.26.0635/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes DANIEL DE CARVALHO DA SILVA e GABRIEL BARBOSA BEZERRA e Interessada AILA DA SILVA PENA, é embargado COLENDA 10ª CÂMARA DO 5º GRUPO DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram parcialmente os embargos declaratórios e declararam o v. Acórdão para o fim de afastar o perdimento do imóvel em favor da União, pelos motivos acima expostos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.252)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores RACHID VAZ DE ALMEIDA (Presidente), CARLOS BUENO e FÁBIO GOUVÊA.

São Paulo, 31 de janeiro de 2019.

RACHID VAZ DE ALMEIDA, Relatora

Acesso ao Sumário

2 NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, Forense, 14ª ed., nota 67 do art.117.

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Contrariedade – Reexame da prova produzida. Pena e regime prisional devidamente apreciados na decisão embargada. Perdimento do imóvel em favor da União. Imóvel adquirido muito antes dos fatos apurados nos autos. Único bem utilizado para a moradia da família. Afastamento do perdimento. Necessidade. ACOLHIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS.

VOTO

Embargos de declaração tirados contra o venerando Acórdão proferido em Apelação (fls. 958/977), visando sanar contradição nele existente, consistente na condenação pelo crime de associação para o tráfico, pena e regime prisional aplicado, bem como para reverter o perdimento do imóvel utilizado para a moradia da família (fls. 01/15).

É O RELATÓRIO.

Os embargos devem ser conhecidos, porquanto preenchem os requisitos de admissibilidade recursal.

No mérito, merecem acolhimento parcial apenas quanto ao perdimento do bem imóvel em favor da União.

No tocante à condenação pelo crime de associação para o tráfico, a pena aplicada aos delitos e o regime prisional fixado, em que pesem os argumentos despendidos pelos embargantes, o fato é que o indigitado vício não se verifica no v. acórdão.

Todos os elementos de convicção coligidos foram reexaminados, ampla e irrestritamente, sempre de modo motivado com avaliação das provas então produzidas em contraditório, que foram suficientes para a condenação dos embargantes.

Do mesmo modo, a pena e o regime prisional aplicado foram devidamente fundamentados, especialmente pela gravidade concreta da conduta perpetrada, como amplamente sopesado no v. Acórdão.

A decisão, reafirmo, apoiou-se em prova robusta, suficiente para atribuir a responsabilidade criminal aos embargantes, não ficando o órgão colegiado obrigado a rechaçar ou a acolher todos os argumentos, um a um, conforme entendimento jurisprudencial pátrio.[1]

Por outro lado, mesmo não havendo qualquer insurgência da defesa em suas razões de apelação quanto ao perdimento do imóvel pertencente à família do embargante Daniel, as razões trazidas nos embargos de declaração me fizeram

1 RJTJESP 115/207.

Acesso ao Sumário

refletir acerca de eventual omissão da decisão.

E isso porque, conforme documentos trazidos pelo embargante, o imóvel sobre o qual foi decretado o perdimento em favor da União foi destinado para a moradia da família de Daniel em data muito anterior ao crime apurado nesses autos.

Consta que não somente Daniel, mas, também, Deyse de Carvalho da Silva, são os responsáveis pela casa, de modo que, o perdimento do bem de família iria prejudicar não somente o embargante, mas, sim, e principalmente, terceiros de boa fé que residem no local e dependem do imóvel para manter a moradia da família.

É de se ressaltar que a casa em questão é frequentada inclusive por crianças, sobrinhos do embargante, de modo que o perdimento do único imóvel destinado à família traria consequências irreparáveis inclusive aos infantes.

Assim, declaro o v. acórdão para o fim de expressamente afastar o perdimento do imóvel situado na Rua Bispo Isaias F. Sucasas, 130, Ermelino Matarazzo.

Posto isto, por meu voto, acolho parcialmente os embargos declaratórios e declaro o v. Acórdão para o fim de afastar o perdimento do imóvel em favor da União, pelos motivos acima expostos.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2245937-88.2018.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE ITAPETININGA/SP.

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 integra este acórdão. **(Voto nº 25.140)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e NEWTON NEVES.

São Paulo, 27 de janeiro de 2019.
CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Pedido de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito para converter Medida de Tratamento Ambulatorial em Internação em Hospital de Custódia e Tratamento. Ausência de recomendação do perito judicial. *Periculum in mora* não evidenciado. Ilegalidade flagrante não constatada. Decisão bem fundamentada. Ausência de direito líquido e certo. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça. SEGURANÇA DENEGADA.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado pelo ilustre Promotor de Justiça, Dr. Pedro Rafael Nogueira Guimarães, contra ato do MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Itapetininga que, nos autos da execução criminal nº 995.766, indeferiu o pedido de conversão da medida de Tratamento Ambulatorial em Internação em Hospital de Custódia e Tratamento, uma vez que não houve recomendação pelo perito judicial.

Relata o impetrante que a sentenciada *Lucimara Rodrigues* teve convertida a pena privativa de liberdade que lhe foi originariamente imposta para tratamento ambulatorial em razão da superveniência de doença mental. Aduz que, realizado recente exame psiquiátrico para verificação da manutenção da periculosidade, veio à tona a informação de que a condenada está grávida e não vem se submetendo ao tratamento adequadamente, ostentando grave periculosidade, além de diversos apontamentos que atestam a situação de risco para o nascituro.

Sustenta o impetrante que, *em razão da absoluta impossibilidade de a sentenciada garantir o saudável desenvolvimento do nascituro; bem como o iminente risco a inimputável e a terceiros e, também, a desídia ou insuficiência no tratamento ambulatorial, solicitou sua conversão em medida segurança de internação*; o que foi negado pela autoridade coatora uma vez que tal medida não foi expressamente recomendada

Pugna pela concessão de efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério, determinando-se *a internação de Lucimara Rodrigues em Hospital de Custódia e Tratamento ou, em instituição equivalente voltada a pacientes psiquiátricos nesse regime.*

Acesso ao Sumário

A medida liminar foi indeferida (fls. 50/52).

A douta Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da segurança (fls. 78/86).

É o relatório.

A segurança deve ser denegada.

Consta dos autos que *Lucimara Rodrigues*, condenada pela prática do delito de furto, em razão de doença mental, teve a pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, substituída por medida de segurança de tratamento ambulatorial, em decisão datada de 9 de novembro de 2015.

O exame pericial concluiu que *A pericianda apresenta história clínica, documental e exame psiquiátrico compatíveis com CID (10 F 29, caracterizado por distanciamento da realidade, presença de alucinações e delírios, postura ambivalente e autista perante a vida com períodos de agravação e outros de amenização também com humor prejudicado. Sob a ótica médica legal psiquiátrica deve manter-se em acompanhamento médico psiquiátrico rigoroso ambulatorial, visto quadro grave com presença de periculosidade* (*sic*, fls. 64).

Em continuidade do tratamento ambulatorial, foi determinada a realização de novo exame pericial, cuja laudo apresentou idêntica conclusão, ou seja, pela manutenção da medida de acompanhamento médico psiquiátrico (fls. 66/67).

Consoante entendimento desta Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal e pelos Colendos Tribunais Superiores, é incabível a impetração do mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão que indefere o pedido de decretação da prisão preventiva, salvo situações excepcionais, onde forem demonstrados o *periculum libertatis*, o *fumus comissi delicti* ou a teratologia da decisão, que, *in casu*, entendo não evidenciados.

O primeiro requisito não ficou demonstrado diante da inexistência de potencial risco à sociedade, ante a ausência de recomendação quanto a intervenção psiquiátrica, mas sim de tratamento ambulatorial, com *acompanhamento mais rigoroso*.

Acesso ao Sumário

Ainda que relevantes os argumentos ministeriais, a decisão do magistrado *a quo* encontra respaldo no que foi angariado nos autos, razão pela qual não se vislumbra ilegalidade que mereça ser combatida por meio do presente *mandamus.*

A propósito do tema, cumpre colacionar as seguintes decisões:

[...] II - Afigura-se incabível, na espécie, a impetração de mandado de segurança para fins de conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão que defere pedido de liberdade

provisória (precedentes). Habeas corpus concedido para cassar a r. decisão objurgada no sentido de restabelecer a r. decisão de 1ª instância (liberdade provisória), sem prejuízo do resultado do ulterior julgamento do recurso em sentido estrito interposto pelo Parquet. (STJ, *Habeas Corpus* n.323820/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 18/8/2015).

[...] 2. obedece a uma lógica que presta reverência aos direitos e garantias fundamentais, iluminada pelo devido processo legal. Nesse contexto, segundo a jurisprudência desta Corte, revela constrangimento ilegal o manejo de mandado de segurança para se restabelecer constrição em desfavor do indivíduo, na pendência de irresignação interposta. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para, confirmada a liminar, 3. cassar o acórdão recorrido, que concedeu efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, restabelecendo a decisão liberatória proferida pelo juiz de primeiro grau (STJ, *Habeas Corpus* n. 294378/SP, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 6/09/2014).

[...] Consoante entendimento manifestado por esta Corte Superior de Justiça, é incabível, de regra, a impetração do mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão revogatória de custódia cautelar. [...] 3.Habeas corpus concedido para, cassando a liminar proferida nos autos do MS n.º 201100790248, restabelecer a decisão de primeiro grau que revogou a prisão preventiva do Paciente, com extensão dos efeitos ao Corréu RAPHAEL DE SOUZA SILVA, nos termos da liminar já deferida pela Presidência desta Corte (STJ, *Habeas Corpus* n. 229.982/RJ, Relª. Minª. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 21/6/2012).

"É firme o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é incabível mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito de decisão concessiva de liberdade provisória" (STJ, *Habeas Corpus* 45.830/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. em 29/11/2005).

Ademais, como bem apontou o ilustre Procurador de Justiça em seu parecer, *A impetração argumenta que a internação em hospital de custódia visa inclusive a proteção da criança em gestação; entretanto, tais medidas de proteção podem ser adotadas fora da área da execução penal.*

Logo, não vislumbrada a manifesta ilegalidade do ato atacado, estando ausente, pois, o direito líquido e certo do impetrante, a ordem deve ser negada.

Ante o exposto, **DENEGO A SEGURANÇA.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2251864-35.2018.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é impetrante IVO FERNANDO REICHERT SOARES, é impetrado MM. JUIZ (A) DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE ATIBAIA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, para se afastar o reconhecimento do trânsito em julgado da decisão condenatória e se determinar a reabertura do prazo para apresentação de recurso de apelação (com a intimação pessoal do defensor dativo), mantendo-se o direito do impetrante IVO FERNANDO REICHERT SOARES de apelar em liberdade, concedido na própria sentença condenatória, com determinação, ainda, de expedição de contramandado de prisão ou, caso esta já tenha sido realizada, de alvará de soltura clausulado. Comunique-se à douta autoridade impetrada, com urgência. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.436)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AUGUSTO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), FRANÇA CARVALHO e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2019.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetrante condenado em primeira instância por furto e estelionato, sendo-lhe concedido o direito de apelar em liberdade – Intimação de defensor dativo pelo Diário Oficial que, na verdade, não produziu efeito, pois deveria ter sido pessoal – Não obstante a realização de intimações pela imprensa em outras oportunidades, constatação de que não há termo firmado pelo referido advogado aceitando esta forma de intimação – Inteligência do art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal – Demonstração de prejuízo ao direito de defesa do paciente – Afastamento do trânsito em julgado, com reabertura de prazo para apresentação de razões de apelação – Manutenção do direito de recorrer solto, originalmente previsto na própria sentença condenatória – Ordem concedida, nesses termos, determinando-se a expedição de

Acesso ao Sumário

contramandado de prisão ou, se já for o caso, de alvará de soltura clausulado.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por IVO FERNANDO REICHERT SOARES, contra ato do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Atibaia (Processo nº 0011947-24.2011.8.26.0048).

Sustenta o impetrante, em síntese, que: a) o acusado foi condenado pelos crimes de furto e estelionato a dois anos, dez meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial fechado, e vinte e oito dias multa, no mínimo legal; b) o acusado não renunciou expressamente ao direito de recorrer; c) após a publicação da sentença condenatória foi determinada a intimação do réu, por oficial de justiça, para que se manifestasse quanto ao interesse de recorrer ou não; d) o oficial de justiça não logrou êxito em localizar o numeral 177, sendo que devolveu o mandado cumprido negativo; e) o juízo determinou a expedição de edital com prazo de noventa dias para intimação do réu, consignando que findo o prazo fixado no edital passaria a correr o prazo recursal; f) a decisão que determinou a intimação do réu por edital não foi publicada ao defensor e tampouco foi lhe informado que o réu não havia sido localizado, de modo que permaneceu aguardando os andamentos processuais; g) *"é certo que o edital foi publicado em 30 de julho de 2018, visto que sua disponibilização no diário oficial se deu em 27 de julho de 2018 (sexta-feira), de modo que aplicando-se o prazo de 90(noventa) dias, o prazo do edital se encerraria no dia 29 de outubro de 2018, marco inicial para interpor o recurso de apelação que teria prazo final em 05.09.2018"* (fls. 03); h) o defensor não recebeu a publicação sobre a certidão negativa do oficial de justiça e quando foi acessar os autos descobriu que estava bloqueado, não conseguindo ter acesso; i) o defensor foi diversas vezes ao fórum, sendo que a diretora do cartório chegou a abrir um chamado para a assistência técnica do Tribunal para que o acesso fosse reestabelecido, porém, só em 14 de novembro, o acesso foi formalizado e os fatos explicados à MM. Juíza com pedido de devolução do prazo para a apresentação do recurso de apelação; j) o pedido foi indeferido, "*com fundamento no art. 593 do CPP, sob a justificativa de que prazo para defensor é independentemente de prazo para o réu citado por edital, sem, contudo, indicar qual a fundamentação legal para tanto*" (fls. 04); k) o defensor apresentou pedido de reconsideração, "*justificando que os prazos, para advogados nomeados mediante convênio com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e OAB/SP, deveriam correr em dobro, visto disposição expressa de Lei que equipara o advogado nomeado a defensor público. Justificou ainda na necessidade de recurso que somente não foi interposto quando do término do prazo do edital em razão de bloqueio de acesso, o que configuraria cerceamento de defesa aos interesses do réu que*

Acesso ao Sumário

manifesta interesse no recurso" (fls. 04); l) *"ainda que se admita equívoco por parte do defensor que não apresentou o Recurso quando a r. sentença foi publicada, visto que aguardou a manifestação do réu se iria ou não recorrer, é certo que, ainda que o defensor tivesse renunciado ao direito de recorrer com ou sem peticionamento nos autos, temos que somente o réu ou advogado constituído com poderes especiais poderia renunciar a tal direito, fato que não ocorre nos presentes autos e que já foi objeto de análise em caso análogo e recente, sendo que a autoridade coatora é a mesma em ambos os casos (em anexo)*" (fls. 04); m) o acusado está sendo representado por defensor dativo e não pode ser prejudicado por questões de menor importância como formalidades legais; n) considerando a pena aplicada, existe chance de modificação do regime de cumprimento de pena; o) já foi emitido o mandado de prisão e a qualquer momento i impetrante pode ter sua liberdade restringida; p) deve ser revogado o mandado de prisão ou suspendido até análise do presente pedido; q) deve-se observar os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal; r) o entendimento predominante nos tribunais de justiça é justamente no sentido de que não havendo termo de recurso assinado pelo réu, único com poderes para renunciar ao direito de recorrer, a solução é o reconhecimento da nulidade do trânsito em julgado da sentença condenatória. Requer seja revogado o mandado de prisão expedido nos autos e, no mérito, seja decretada a nulidade da certidão de trânsito em julgado, em razão da ausência de termo de renúncia ao direito de recorrer assinado pelo réu que desde já manifesta interesse no recurso de Apelação, com a consequente reabertura do prazo recursal.

Indeferida a medida liminar (fls. 13/19 e 72), foram requisitadas informações da autoridade apontada como coatora, que as prestou (fls. 22/23, 75/76 e 99/100).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (fls. 103/106).

É o relatório.

Conforme consta dos autos, o paciente foi denunciado, processado e condenado à "*pena de 02 (dois) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, por infração ao artigo 155, caput, artigo 171, caput, na forma do artigo 71, todos do Código Penal*" (*sic* – fls. 22 e 75).

Questiona o impetrante a certificação do trânsito em julgado da sentença condenatória, buscando a reabertura do prazo para a apresentação do recurso de apelação.

Com efeito, consta dos autos que o impetrante, na condição de réu no processo de origem, solicitou lhe fosse nomeado defensor, em razão de não possuir condições financeiras para constituir advogado (fls. 260 dos autos

Acesso ao Sumário

principais), e, em decorrência do convênio de assistência judiciária firmado entre a Defensoria Pública do Estado e a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, foi indicado, para tanto, o advogado Antonio Joaquim Gonçalves, o qual, após sua nomeação, passou a patrocinar a defesa (fls. 262 dos autos principais).

Referido defensor dativo apresentou resposta à acusação (fls. 270/271 dos autos principais), compareceu às audiências (fls. 321 e 342 dos autos principais) e ofereceu memoriais (fls. 355/359 dos autos principais). Sobreveio a sentença condenatória (fls. 360/367 dos autos principais) e desta sentença o réu foi intimado por edital (fls. 403 dos autos principais).

Independente do fato de acusado não ter sido encontrado no endereço existente nos autos ou de terem existido, ou não, os problemas técnicos alegados pelo impetrante, é certo que há questão relevante que torna necessária a concessão da ordem almejada e impõe a reabertura do prazo para o oferecimento da apelação.

Isso porque a intimação do advogado dativo, para que tomasse conhecimento da sentença proferida nos autos, se deu por publicação no Diário Oficial (fls. 385 dos autos principais), em desacordo com o que dispõe o artigo 370, § 4º, do Código de Processo Penal, que assim determina:

> *"Art. 370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior.*
>
> *"[...] § 4º. A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal".*

E, de fato, eis o anotado, a respeito, por Júlio Fabbrini Mirabete (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª edição, editora Atlas, p. 477):

"Por determinação expressa da lei, a intimação do Ministério Público e do defensor nomeado deve ser pessoal, não se permitindo, pois, seja realizada pela imprensa ou por correspondência. [...] Aliás, há também no caso regra especial determinando que o defensor público ou equivalente seja intimado pessoalmente (art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, acrescentado pela Lei nº 7.871/89). A referência ao "defensor nomeado" alcança o defensor público, o procurador de assistência judiciária e o defensor dativo, pois todos só podem oficiar nos processos quando nomeados pelo juiz" (grifei).

Não existe, nos presentes autos, nenhuma indicação de que o aludido advogado nomeado foi intimado também pessoalmente, sendo que o Juízo, quando do indeferimento do pedido de reconsideração, fez constar: "*O defensor foi intimado da sentença, por meio do Diário Oficial, como o foi durante todo o processo, tendo atendido, inclusive, diligentemente a todas as intimação, bem assim aguardou-se o final do prazo fixado no edital, qual seja, se noventa dias, sendo certificado o trânsito em julgado da sentença somente depois. Assim, não*

Acesso ao Sumário

há se falar em 'devolução do prazo', vez que operada a preclusão" (fls. 426 dos autos de origem).

Contudo, ora se constata que, na verdade, ao contrário do verificado em outros casos, neste o advogado dativo não firmou termo aceitando receber intimações pelo DJE.

E há nos autos, apenas, demonstração de sua intimação pela imprensa, a qual, no entanto, não pode ser reputada suficiente, nem eficaz, pois vulnera preceito legal expresso.

O fato do causídico haver atendido anteriores intimações feitas por publicação, sem que, no entanto, houvesse dispensado expressa e inequivocamente a intimação pessoal, não pode permitir que se considere que esta passou, automaticamente, a ser desnecessária, mesmo porque, se estabelecida em lei sua obrigatoriedade, foi para garantia do direito de defesa. Inviável, pois, entender, como em última análise fez o Juízo, que ficou tacitamente dispensada.

Assim, tem-se que a intimação do defensor dativo foi irregular.

Logo, impõe-se a reabertura de prazo para apresentação de recurso de apelação. E, consequentemente, nulo se mostra o reconhecimento do trânsito em julgado da sentença.

Cabe determinar, outrossim, a expedição de contramandado de prisão ou, caso esta já tenha se concretizado, de alvará de soltura clausulado. Isto porque, na r. sentença condenatória foi facultado ao réu o direito de apelar solto, nos seguintes termos: "*Por outro lado, tendo respondido ao processo em liberdade, poderá aguardar, eventualmente, o julgamento de Segunda Instância em liberdade, aplicando-se a Súmula267 do C. STJ e o recente posicionamento do STF (HC 126.292/SP, ADC 43 e 44 e ARE 964246,com repercussão geral reconhecida)*" (fls. 367 dos autos principais).

Diante do exposto, **concede-se a ordem**, para se afastar o reconhecimento do trânsito em julgado da decisão condenatória e se determinar a reabertura do prazo para apresentação de recurso de apelação (com a intimação pessoal do defensor dativo), mantendo-se o direito do impetrante IVO FERNANDO REICHERT SOARES de apelar em liberdade, concedido na própria sentença condenatória, com determinação, ainda, de expedição de contramandado de prisão ou, caso esta já tenha sido realizada, de alvará de soltura clausulado. Comunique-se à douta autoridade impetrada, com **urgência.**

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2245937-88.2018.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE ITAPETININGA/SP.

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 integra este acórdão. **(Voto nº 25.140)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e NEWTON NEVES.

São Paulo, 27 de janeiro de 2019.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Pedido de efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito para converter Medida de Tratamento Ambulatorial em Internação em Hospital de Custódia e Tratamento. Ausência de recomendação do perito judicial. *Periculum in mora* não evidenciado. Ilegalidade flagrante não constatada. Decisão bem fundamentada. Ausência de direito líquido e certo. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça. SEGURANÇA DENEGADA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado pelo ilustre Promotor de Justiça, Dr. Pedro Rafael Nogueira Guimarães, contra ato do MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Itapetininga que, nos autos da execução criminal nº 995.766, indeferiu o pedido de conversão da medida de Tratamento Ambulatorial em Internação em Hospital de Custódia e Tratamento, uma vez que não houve recomendação pelo perito judicial.

Relata o impetrante que a sentenciada *Lucimara Rodrigues* teve

convertida a pena privativa de liberdade que lhe foi originariamente imposta para tratamento ambulatorial em razão da superveniência de doença mental. Aduz que, realizado recente exame psiquiátrico para verificação da manutenção da periculosidade, veio à tona a informação de que a condenada está grávida e não vem se submetendo ao tratamento adequadamente, ostentando grave periculosidade, além de diversos apontamentos que atestam a situação de risco para o nascituro.

Sustenta o impetrante que, *em razão da absoluta impossibilidade de a sentenciada garantir o saudável desenvolvimento do nascituro; bem como o iminente risco a inimputável e a terceiros e, também, a desídia ou insuficiência no tratamento ambulatorial, solicitou sua conversão em medida segurança de internação*; o que foi negado pela autoridade coatora uma vez que tal medida não foi expressamente recomendada

Pugna pela concessão de efeito suspensivo ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério, determinando-se *a internação de Lucimara Rodrigues em Hospital de Custódia e Tratamento ou, em instituição equivalente voltada a pacientes psiquiátricos nesse regime.*

A medida liminar foi indeferida (fls. 50/52).

A douta Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da segurança (fls. 78/86).

É o relatório.

A segurança deve ser denegada.

Consta dos autos que *Lucimara Rodrigues*, condenada pela prática do delito de furto, em razão de doença mental, teve a pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, substituída por medida de segurança de tratamento ambulatorial, em decisão datada de 9 de novembro de 2015.

O exame pericial concluiu que *A pericianda apresenta história clínica, documental e exame psiquiátrico compatíveis com CID (10 F 29, caracterizado por distanciamento da realidade, presença de alucinações e delírios, postura ambivalente e autista perante a vida com períodos de agravação e outros de amenização também com humor prejudicado. Sob a ótica médica legal psiquiátrica deve manter-se em acompanhamento médico psiquiátrico rigoroso ambulatorial, visto quadro grave com presença de periculosidade* (*sic*, fls. 64).

Em continuidade do tratamento ambulatorial, foi determinada a realização de novo exame pericial, cuja laudo apresentou idêntica conclusão, ou seja, pela manutenção da medida de acompanhamento médico psiquiátrico (fls. 66/67).

Consoante entendimento desta Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal e pelos Colendos Tribunais Superiores, é incabível a impetração do mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto

Acesso ao Sumário

contra decisão que indefere o pedido de decretação da prisão preventiva, salvo situações excepcionais, onde forem demonstrados o *periculum libertatis*, o *fumus comissi delicti* ou a teratologia da decisão, que, *in casu*, entendo não evidenciados.

O primeiro requisito não ficou demonstrado diante da inexistência de potencial risco à sociedade, ante a ausência de recomendação quanto a intervenção psiquiátrica, mas sim de tratamento ambulatorial, com *acompanhamento mais rigoroso*.

Ainda que relevantes os argumentos ministeriais, a decisão do magistrado *a quo* encontra respaldo no que foi angariado nos autos, razão pela qual não se vislumbra ilegalidade que mereça ser combatida por meio do presente *mandamus.*

A propósito do tema, cumpre colacionar as seguintes decisões:

[...] II - Afigura-se incabível, na espécie, a impetração de mandado de segurança para fins de conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão que defere pedido de liberdade provisória (precedentes). Habeas corpus concedido para cassar a r. decisão objurgada no sentido de restabelecer a r. decisão de 1ª instância (liberdade provisória), sem prejuízo do resultado do ulterior julgamento do recurso em sentido estrito interposto pelo Parquet. (STJ, *Habeas Corpus* n.323820/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 18/8/2015).

[...] 2. obedece a uma lógica que presta reverência aos direitos e garantias fundamentais, iluminada pelo devido processo legal. Nesse contexto, segundo a jurisprudência desta Corte, revela constrangimento ilegal o manejo de mandado de segurança para se restabelecer constrição em desfavor do indivíduo, na pendência de irresignação interposta. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para, confirmada a liminar, 3. cassar o acórdão recorrido, que concedeu efeito suspensivo ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, restabelecendo a decisão liberatória proferida pelo juiz de primeiro grau (STJ, *Habeas Corpus* n. 294378/SP, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 6/09/2014).

[...] Consoante entendimento manifestado por esta Corte Superior de Justiça, é incabível, de regra, a impetração do mandado de segurança para conferir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito interposto contra decisão revogatória de custódia cautelar. [...] 3.Habeas corpus concedido para, cassando a liminar proferida nos autos do MS n.º 201100790248, restabelecer a decisão de primeiro grau que revogou a prisão preventiva do Paciente, com extensão dos efeitos ao Corréu

Acesso ao Sumário

RAPHAEL DE SOUZA SILVA, nos termos da liminar já deferida pela Presidência desta Corte (STJ, *Habeas Corpus* n. 229.982/RJ, Relª. Minª. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 21/6/2012).

"É firme o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é incabível mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso em sentido estrito de decisão concessiva de liberdade provisória" (STJ, *Habeas Corpus* 45.830/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. em 29/11/2005).

Ademais, como bem apontou o ilustre Procurador de Justiça em seu parecer, *A impetração argumenta que a internação em hospital de custódia visa inclusive a proteção da criança em gestação; entretanto, tais medidas de proteção podem ser adotadas fora da área da execução penal.*

Logo, não vislumbrada a manifesta ilegalidade do ato atacado, estando ausente, pois, o direito líquido e certo do impetrante, a ordem deve ser negada.

Ante o exposto, **DENEGO A SEGURANÇA.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2251864-35.2018.8.26.0000, da Comarca de Atibaia, em que é impetrante IVO FERNANDO REICHERT SOARES, é impetrado MM. JUIZ (A) DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DE ATIBAIA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem, para se afastar o reconhecimento do trânsito em julgado da decisão condenatória e se determinar a reabertura do prazo para apresentação de recurso de apelação (com a intimação pessoal do defensor dativo), mantendo-se o direito do impetrante IVO FERNANDO REICHERT SOARES de apelar em liberdade, concedido na própria sentença condenatória, com determinação, ainda, de expedição de contramandado de prisão ou, caso esta já tenha sido realizada, de alvará de soltura clausulado. Comunique-se à douta autoridade impetrada, com urgência. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.436)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AUGUSTO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), FRANÇA CARVALHO e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2019.

DE PAULA SANTOS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetrante condenado em primeira instância por furto e estelionato, sendo-lhe concedido o direito de apelar em liberdade – Intimação de defensor dativo pelo Diário Oficial que, na verdade, não produziu efeito, pois deveria ter sido pessoal – Não obstante a realização de intimações pela imprensa em outras oportunidades, constatação de que não há termo firmado pelo referido advogado aceitando esta forma de intimação – Inteligência do art. 370, § 4º, do Código de Processo Penal – Demonstração de prejuízo ao direito de defesa do paciente – Afastamento do trânsito em julgado, com reabertura de prazo para apresentação de razões de apelação – Manutenção do direito de recorrer solto, originalmente previsto na própria sentença condenatória – Ordem concedida, nesses termos, determinando-se a expedição de contramandado de prisão ou, se já for o caso, de alvará de soltura clausulado.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por IVO FERNANDO REICHERT SOARES, contra ato do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Atibaia (Processo nº 0011947-24.2011.8.26.0048).

Sustenta o impetrante, em síntese, que: a) o acusado foi condenado pelos crimes de furto e estelionato a dois anos, dez meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial fechado, e vinte e oito dias multa, no mínimo legal; b) o acusado não renunciou expressamente ao direito de recorrer; c) após a publicação da sentença condenatória foi determinada a intimação do réu, por oficial de justiça, para que se manifestasse quanto ao interesse de recorrer ou não; d) o oficial de justiça não logrou êxito em localizar o numeral 177, sendo que devolveu o mandado cumprido negativo; e) o juízo determinou a expedição de edital com prazo de noventa dias para intimação do réu, consignando que findo o prazo fixado no edital passaria a correr o prazo recursal; f) a decisão que determinou a intimação do réu por edital não foi publicada ao defensor e tampouco foi lhe informado que o réu não havia sido localizado, de modo que permaneceu aguardando os andamentos processuais; g) *"é certo que o edital foi publicado em 30 de julho de 2018, visto que sua disponibilização no diário oficial se deu em 27 de julho de 2018 (sexta-feira), de modo que aplicando-se o prazo*

Acesso ao Sumário

de 90(noventa) dias, o prazo do edital se encerraria no dia 29 de outubro de 2018, marco inicial para interpor o recurso de apelação que teria prazo final em 05.09.2018" (fls. 03); h) o defensor não recebeu a publicação sobre a certidão negativa do oficial de justiça e quando foi acessar os autos descobriu que estava bloqueado, não conseguindo ter acesso; i) o defensor foi diversas vezes ao fórum, sendo que a diretora do cartório chegou a abrir um chamado para a assistência técnica do Tribunal para que o acesso fosse reestabelecido, porém, só em 14 de novembro, o acesso foi formalizado e os fatos explicados à MM. Juíza com pedido de devolução do prazo para a apresentação do recurso de apelação; j) o pedido foi indeferido, "*com fundamento no art. 593 do CPP, sob a justificativa de que prazo para defensor é independentemente de prazo para o réu citado por edital, sem, contudo, indicar qual a fundamentação legal para tanto*" (fls. 04); k) o defensor apresentou pedido de reconsideração, "*justificando que os prazos, para advogados nomeados mediante convênio com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e OAB/SP, deveriam correr em dobro, visto disposição expressa de Lei que equipara o advogado nomeado a defensor público. Justificou ainda na necessidade de recurso que somente não foi interposto quando do término do prazo do edital em razão de bloqueio de acesso, o que configuraria cerceamento de defesa aos interesses do réu que manifesta interesse no recurso"* (fls. 04); l) *"ainda que se admita equívoco por parte do defensor que não apresentou o Recurso quando a r. sentença foi publicada, visto que aguardou a manifestação do réu se iria ou não recorrer, é certo que, ainda que o defensor tivesse renunciado ao direito de recorrer com ou sem peticionamento nos autos, temos que somente o réu ou advogado constituído com poderes especiais poderia renunciar a tal direito, fato que não ocorre nos presentes autos e que já foi objeto de análise em caso análogo e recente, sendo que a autoridade coatora é a mesma em ambos os casos (em anexo)*" (fls. 04); m) o acusado está sendo representado por defensor dativo e não pode ser prejudicado por questões de menor importância como formalidades legais; n) considerando a pena aplicada, existe chance de modificação do regime de cumprimento de pena; o) já foi emitido o mandado de prisão e a qualquer momento i impetrante pode ter sua liberdade restringida; p) deve ser revogado o mandado de prisão ou suspendido até análise do presente pedido; q) deve-se observar os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal; r) o entendimento predominante nos tribunais de justiça é justamente no sentido de que não havendo termo de recurso assinado pelo réu, único com poderes para renunciar ao direito de recorrer, a solução é o reconhecimento da nulidade do trânsito em julgado da sentença condenatória. Requer seja revogado o mandado de prisão expedido nos autos e, no mérito, seja decretada a nulidade da certidão de trânsito em julgado, em razão da ausência de termo de renúncia ao direito de recorrer assinado pelo réu que desde já manifesta interesse no

Acesso ao Sumário

recurso de Apelação, com a consequente reabertura do prazo recursal.

Indeferida a medida liminar (fls. 13/19 e 72), foram requisitadas informações da autoridade apontada como coatora, que as prestou (fls. 22/23, 75/76 e 99/100).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (fls. 103/106).

É o relatório.

Conforme consta dos autos, o paciente foi denunciado, processado e condenado à "*pena de 02 (dois) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, por infração ao artigo 155, caput, artigo 171, caput, na forma do artigo 71, todos do Código Penal*" (*sic* – fls. 22 e 75).

Questiona o impetrante a certificação do trânsito em julgado da sentença condenatória, buscando a reabertura do prazo para a apresentação do recurso de apelação.

Com efeito, consta dos autos que o impetrante, na condição de réu no processo de origem, solicitou lhe fosse nomeado defensor, em razão de não possuir condições financeiras para constituir advogado (fls. 260 dos autos principais), e, em decorrência do convênio de assistência judiciária firmado entre a Defensoria Pública do Estado e a Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, foi indicado, para tanto, o advogado Antonio Joaquim Gonçalves, o qual, após sua nomeação, passou a patrocinar a defesa (fls. 262 dos autos principais).

Referido defensor dativo apresentou resposta à acusação (fls. 270/271 dos autos principais), compareceu às audiências (fls. 321 e 342 dos autos principais) e ofereceu memoriais (fls. 355/359 dos autos principais). Sobreveio a sentença condenatória (fls. 360/367 dos autos principais) e desta sentença o réu foi intimado por edital (fls. 403 dos autos principais).

Independente do fato de acusado não ter sido encontrado no endereço existente nos autos ou de terem existido, ou não, os problemas técnicos alegados pelo impetrante, é certo que há questão relevante que torna necessária a concessão da ordem almejada e impõe a reabertura do prazo para o oferecimento da apelação.

Isso porque a intimação do advogado dativo, para que tomasse conhecimento da sentença proferida nos autos, se deu por publicação no Diário Oficial (fls. 385 dos autos principais), em desacordo com o que dispõe o artigo 370, § 4º, do Código de Processo Penal, que assim determina:

> *"Art. 370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior.*

Acesso ao Sumário

"[...] § 4º. A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal".

E, de fato, eis o anotado, a respeito, por Júlio Fabbrini Mirabete (Código de Processo Penal Interpretado, 5ª edição, editora Atlas, p. 477):

"Por determinação expressa da lei, a intimação do Ministério Público e do defensor nomeado deve ser pessoal, não se permitindo, pois, seja realizada pela imprensa ou por correspondência. [...] Aliás, há também no caso regra especial determinando que o defensor público ou equivalente seja intimado pessoalmente (art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50, acrescentado pela Lei nº 7.871/89). A referência ao "defensor nomeado" alcança o defensor público, o procurador de assistência judiciária e o defensor dativo, pois todos só podem oficiar nos processos quando nomeados pelo juiz" (grifei).

Não existe, nos presentes autos, nenhuma indicação de que o aludido advogado nomeado foi intimado também pessoalmente, sendo que o Juízo, quando do indeferimento do pedido de reconsideração, fez constar: "*O defensor foi intimado da sentença, por meio do Diário Oficial, como o foi durante todo o processo, tendo atendido, inclusive, diligentemente a todas as intimação, bem assim aguardou-se o final do prazo fixado no edital, qual seja, se noventa dias, sendo certificado o trânsito em julgado da sentença somente depois. Assim, não há se falar em 'devolução do prazo', vez que operada a preclusão*" (fls. 426 dos autos de origem).

Contudo, ora se constata que, na verdade, ao contrário do verificado em outros casos, neste o advogado dativo não firmou termo aceitando receber intimações pelo DJE.

E há nos autos, apenas, demonstração de sua intimação pela imprensa, a qual, no entanto, não pode ser reputada suficiente, nem eficaz, pois vulnera preceito legal expresso.

O fato do causídico haver atendido anteriores intimações feitas por publicação, sem que, no entanto, houvesse dispensado expressa e inequivocamente a intimação pessoal, não pode permitir que se considere que esta passou, automaticamente, a ser desnecessária, mesmo porque, se estabelecida em lei sua obrigatoriedade, foi para garantia do direito de defesa. Inviável, pois, entender, como em última análise fez o Juízo, que ficou tacitamente dispensada.

Assim, tem-se que a intimação do defensor dativo foi irregular.

Logo, impõe-se a reabertura de prazo para apresentação de recurso de apelação. E, consequentemente, nulo se mostra o reconhecimento do trânsito em julgado da sentença.

Cabe determinar, outrossim, a expedição de contramandado de prisão ou, caso esta já tenha se concretizado, de alvará de soltura clausulado. Isto porque, na r. sentença condenatória foi facultado ao réu o direito de apelar solto, nos seguintes termos: "*Por outro lado, tendo respondido ao processo em liberdade,*

Acesso ao Sumário

poderá aguardar, eventualmente, o julgamento de Segunda Instância em liberdade, aplicando-se a Súmula267 do C. STJ e o recente posicionamento do STF (HC 126.292/SP, ADC 43 e 44 e ARE 964246,com repercussão geral reconhecida)" (fls. 367 dos autos principais).

Diante do exposto, **concede-se a ordem**, para se afastar o reconhecimento do trânsito em julgado da decisão condenatória e se determinar a reabertura do prazo para apresentação de recurso de apelação (com a intimação pessoal do defensor dativo), mantendo-se o direito do impetrante IVO FERNANDO REICHERT SOARES de apelar em liberdade, concedido na própria sentença condenatória, com determinação, ainda, de expedição de contramandado de prisão ou, caso esta já tenha sido realizada, de alvará de soltura clausulado. Comunique-se à douta autoridade impetrada, com **urgência.**

Recursos em Sentido Estrito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Sentido Estrito nº 0005527-91.2018.8.26.0198, da Comarca de Franco da Rocha, em que é recorrente JOSE CELIO DAMACENO, é recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DEIXARAM DE CONHECER do recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.516)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 31 de janeiro de 2019.

ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. CONDENAÇÃO EM TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO.

Recurso interposto visando à restituição de veículo

Acesso ao Sumário

apreendido, independentemente de pagamento de taxa administrativa e despesa de estada. ***Descabimento.*** **Tópicos preliminares. Recurso tempestivo. Interposição dentro do quinquídio legal do art. 593, caput, do CPP. Postergação do "*dies a quo*" para 04/06/2018. Interposição correta pela Defesa. Processamento que, inadequadamente, catalogou o apelo como recurso em sentido estrito. – Não conhecimento do recurso, que ora se justifica porque já sobreveio sentença condenatória, em processo correlato, por tráfico de drogas, com reconhecimento, presumivelmente, do uso ilícito do automóvel como instrumento do tráfico de drogas, e consequente decisão de perdimento, nos termos do art. 63, *caput*, da Lei de Drogas. Enfrentamento da matéria pela via própria, na ação principal.**

Não conhecido.

VOTO

VISTO.

Trata-se de "***APELAÇÃO CRIMINAL***", interposta por **JOSÉ CELIO DAMACENO**, contra r. decisão de indeferimento, em procedimento de restituição de coisa apreendida, proferida pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Franco da Rocha (cf. certidão de remessa à publicação, em ***30/05/2018*** – fls. 23).

Consta dos autos que **José Celio** (qualificado a fls. 12) é genitor de Willian Santos Damaceno, que foi criminalmente processado, juntamente com o **corréu** Jadson Matos Damaceno, pela prática do delito de *tráfico de drogas* (Processo n° 0002228-72.2017.8.26.0544), verificando-se, pelo que se dessume do caso, quando da prisão de Willian, a **apreensão do automóvel, de propriedade atribuída ao apelante**, a saber, um Volkswagen/Golf, chassi n° 9BWCB41J61402184 e placas DDF-8065/Franco da Rocha-SP, modelo 2001, cor preta, pela então *suposta* instrumentalização do dito veículo ao espúrio mercadejo. Em apartado aos autos principais (numeração acima referida – feito tramitado em segredo de justiça), o **apelante** formulou um primeiro pleito de restituição do veículo, instruindo-o com cópias simples do instrumento particular de compra e venda (fls. 08/09) e do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (fls. 10). Malgrado o parecer favorável do Ministério Público (fls. 16/20), sobreveio decisão de indeferimento, ***proferida em 15/05/2018***, por meio da qual a negativa se assentou em **informação acerca do perdimento do bem**,

conforme sentença condenatória de fls. 440/446, nos autos principais da ação penal, de caráter **condenatório** (fls. 22).

Apela **José Celio** pela cassação da decisão, pugnando pela restituição do automóvel apreendido, independentemente do pagamento de taxa administrativa e despesas de estada (fls. 25/31).

Contrarrazões ministeriais (fls. 35/36), pelo *não conhecimento* do apelo.

Em seu parecer, a douta Procuradoria Geral alvitrou o **NÃO CONHECIMENTO** do recurso por ofensa aos pressupostos definidos pelo princípio da taxatividade e por intempestividade (fls. 43/45).

É o relatório.

O recurso não deve ser conhecido.

Assiste razão, a rigor, apenas ao i. representante do Ministério Público, nos termos das contrarrazões de **fls. 35/36.**

De proêmio, devo tratar de aspectos preliminares do caso.

Manifestou-se a denodada Procuradora de Justiça, Dr.ª **Mildred Gonzalez Zorzi Rocha**, pelo não conhecimento do recurso, porque (i) *mal eleita fora a via recursal* (*tratou-o como recurso em sentido estrito*) e (ii) *por intempestividade*. Em que pese a notória proficiência da culta jurista, não se sustentam as objeções arguidas. Quanto à via processual empregada, observo que o recurso utilizado pela Defesa **foi o de apelação**, em verdade. Apesar de este ter sido, por razões não esclarecidas, *catalogado* e *processado* como recurso em sentido estrito (*tanto que, nos autos, se vê decisão posterior que confirma a impugnada de fls. 22, sem juízo de retratação fls. 38*), a petição defensiva de interposição (*fls. 24*) claramente faz referência a **RECURSO DE APELAÇÃO**, apenas não declinando o fundamento legal cabível (*artigo 593, II, do Código de Processo Penal*), o que não fulmina de nulidade o ato processual em questão. D'outra banda, tampouco se pode afirmar o não preenchimento do pressuposto objetivo da tempestividade: a douta Procuradora, em seu parecer, anota com acuidade, que a decisão foi publicada em ***30/05/2018***; ocorre que se trata, neste caso, de uma quarta-feira, **imediatamente anterior ao feriado nacional de Corpus Christi**, logo, o termo inicial para a contagem do prazo recursal restou, **excepcionalmente**, *postergado* para **04/06/2018**, a segunda-feira imediatamente posterior, consoante pede a técnica processual (é aplicação do brocardo romano "*dies a quo non computatur in termino, dies termini computatur in termino*"). Uma vez que a interposição do recurso, acompanhada das respectivas razões recursais, se deu em ***07/06/2018***, inevitável reconhecer sua tempestividade.

Superadas tais prolegômenos, passo a analisar as demais questões cabíveis.

PREJUDICADO o exame de mérito. Em verdade, o *não conhecimento* do recurso é devido ao fato de que o **perdimento** do automóvel já foi decretado

Acesso ao Sumário

no bojo da sentença condenatória nos autos da ação penal principal, que apurou o cometimento de **tráfico de drogas**, com decisão de perda do bem (Processo nº 0002228-72.2017.8.26.0544), nos termos do artigo 63 da Lei n° 11.343/2006, o que fulmina a *pertinência* do presente apelo, mesmo porque, no campo dos procedimentos de restituição e similares (tal como definidos na Lei de Drogas), os recursos são processados **com efeito meramente devolutivo** ("*ex vi*" artigo 62, § 10, da referida lei especial), o que traria sobejos questionamentos até sobre a utilidade prática deste, persistente que seria a dúvida quanto à possibilidade de reversão da medida de perdimento, num plano prático, substancial, ou seja, de real e efetiva recuperação do bem, em vista do fator técnico citado. Vale lembrar que, invariavelmente, o perdimento de coisa apreendida, no caso, um veículo (bem de considerável expressividade patrimonial – R$ 20.000,00, segundo o instrumento particular de compra e venda), está ligado ao reconhecimento, **após o exaurimento do mérito e a formação da "culpa" do réu**, da *habitualidade* no emprego do bem para fins criminosos, aqui, porém, nada se podendo decidir a esse respeito. O enfrentamento urge incidir pela via da **apelação** na ação principal. E, em consulta ao sistema informatizado desta E. Corte de Justiça, **há notícia de interposição e recebimento de apelação pelo réu Willian** (cf. decisão de recebimento de ***29/06/2018***), tendo sobrevindo o trânsito em julgado da condenação, para o Ministério Público, em ***14/05/2018.***

Portanto, resta fulminada a análise do mérito. Em adendo, devo advertir que a base legal citada não encontraria pertinência, em tese, ao caso, no que toca ao não pagamento de taxa administrativa e de despesas de estada do veículo em pátio próprio da autoridade administrativa competente. Com efeito, a citada Lei Estadual n° 6.102/1970 (conhecida como Lei do Fundo Especial de Reequipamento Policial) foi sancionada **perante a Assembleia Legislativa do Estado do Paraná**, *portanto*, sem aplicação ao caso, **em virtude da cláusula pétrea da plena autonomia entre os entes da Federação brasileira** (artigo 60, § 4°, I, c/c artigo 18, *caput*, da Constituição Republicana de 1988). Da mesma forma, inaplicável a Lei n° 6.575/1978, porquanto ***ab-rogada*** (vale dizer, inteiramente revogada) pela Lei n° 13.160/2015, que modificou o Código de Trânsito Brasileiro, ***cujas disposições específicas na matéria tampouco se aplicariam ao caso, eis que não se tratou de apreensão administrativa, mas decorrente de ordem judicial,*** conforme entendimento jurisprudencial na matéria (TJSP; Mandado de Segurança 2184026-75.2018.8.26.0000; Relator (a): **OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO**; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Bernardo do Campo - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 10/10/2018; Data de Registro: 10/10/2018). Mais ainda, no plano da legislação específica, o § 14, do artigo 328, do Código de Trânsito Brasileiro ("*Não se aplica o disposto neste artigo ao veículo recolhido a depósito por ordem judicial ou ao que esteja à disposição de autoridade policial.")* teve

Acesso ao Sumário

redação **completamente alterada pela novel Lei n° 13.281/2016**, pela qual já não mais subsistiria, em princípio, o permissivo de retirada do bem sem quitação das despesas com remoção e estada ("*Se identificada a existência de restrição policial ou judicial sobre o prontuário do veículo, a autoridade responsável pela restrição será notificada para a retirada do bem do depósito, mediante a quitação das despesas com remoção e estada, ou para a autorização do leilão nos termos deste artigo*"), o que ora se deixa de analisar, de forma mais detida, porquanto o recurso, no principal, não aduz conhecimento, o que se estende ao pleito subsidiário formulado.

Incabível, pois, debelar os fundamentos técnicos, estando o presente apelo fadado à extinção **sem exame de mérito.**

Do exposto, por meu voto, **DEIXO DE CONHECER** do recurso.

Revisões Criminais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal nº 0022988-88.2018.8.26.0000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é peticionário C.A.O.

ACORDAM, em 4º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram, pois, procedente o pedido revisional, para absolver C.A.O., nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12.481)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente), FREITAS FILHO, ROBERTO PORTO, MARCO ANTÔNIO COGAN, ALCIDES MALOSSI JUNIOR e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2019.

ALBERTO ANDERSON FILHO, Relator

Ementa: REVISÃO CRIMINAL – ARTIGO 621 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – ARTIGO 214, "A", C.C. OS ARTIGOS 225, § 1º, INCISO II, C.C. ARTIGO 226-II, AMBOS

Acesso ao Sumário

C.C. ARTIGO 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL – CONDENAÇÃO EM 1º GRAU – APELAÇÃO – RECURSO PROVIDO EM PARTE – MITIGAÇÃO DAS PENAS – TRÂNSITO EM JULGADO – PLEITO DE REVISÃO – JULGAMENTO EM 2º INDEFERIDO – TRÂNSITO EM JULGADO – NOVA PROVA PRODUZIDA NO PRESENTE PEDIDO REVISIONAL – JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL – PRÉVIO AJUIZAMENTO – EXISTÊNCIA – SUJEIÇÃO DO NOVEL ELEMENTO PROBATÓRIO AO CONTRADITÓRIO – NECESSIDADE – CONHECIMENTO DA NOVA PROVA – POSSIBILIDADE – COGNOSCIBILIDADE DA AÇÃO – ADSTRIÇÃO AOS TERMOS DA AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO – CÓDIGO PENAL, ARTIGO 27 – OBSERVÂNCIA – CARACTERIZAÇÃO DELITIVA – INOCORRÊNCIA – ABSOLVIÇÃO – IMPERATIVIDADE – PRECEDENTES – AÇÃO REVISIONAL JULGADA PROCEDENTE – ABSOLVIÇÃO DO REVISIONADO, NOS TERMOS DO ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

VOTO

C.A.O. foi condenado, em Primeira Instância, à pena de 10 (dez) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por infringência do artigo 214, "a", c.c. os artigos 225, § 1º, inciso II, c.c. artigo 226-II, ambos c.c. artigo 71, todos do Código Penal (fls. 177/183, vol. 1). Foi-lhe facultado o benefício de recurso em liberdade.

Apelou o peticionário (fls. 195/199, vol. 1) e a Colenda 13ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, deu parcial provimento ao recurso, reduzindo a pena para 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, e alterado o regime carcerário para o inicial fechado, mantida, no mais, a r. sentença (fls. 220/225, vol. 2).

O v. acórdão transitou em julgado, em 15 de março de 2011, para o então recorrente C.A.O. (fls. 236, vol. 2).

Em sede de revisão criminal, o Colendo 4º Grupo de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, conheceu e indeferiu o pleito revisional (fls. 256/263, vol. 2).

Acesso ao Sumário

O v. acórdão transitou em julgado, em 14 de outubro de 2014, para o peticionário C.A. (Endereço eletrônico constante do texto original).

Peticionada nova Revisão Criminal (nº 0058587- 93.2015.8.26.0000: fls. 02/10) por C.A.O., o Colendo 4º Grupo de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, conheceu e indeferiu o pleito revisional (data do julgado: 19.05.2016 – fls. 276/288, vol. 2).

O v. acórdão transitou em julgado, em 16 de junho de 2016, para o peticionário C.A. (Endereço eletrônico constante do texto original).

O peticionário C.A.O. aduz e postula, por meio da presente revisão criminal, em síntese:

"As bases sobre as quais se assentaram o fumus boni iuris da pretensão deduzida no Primeiro Grau estão nas insistentes tentativas da suposta vítima em se retratar e no V. Acórdão da última Revisão Criminal ajuizada, no qual o E. Relator afirmou textualmente da imprescindibilidade dessa medida cautelar prévia, como condição de validade do documento e de procedibilidade de novo pleito.

A Medida cautelar preparatória desta Revisão Criminal foi processada sob nº 1028824-16.2017.8.26.0564, perante a D. 4ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo e foi designada audiência para oitiva da vítima C.M.O., que se realizou em 09/05/2018.

A solenidade foi presidida por Juiz de Direito e contou com a ativa participação do Ministério Público, na qual ambos formularam perguntas à suposta vítima, que respondeu a todas as indagações e admitiu expressamente que mentira quando acusou seu genitor, como se vê da cópia integral do procedimento preparatório anexo e da gravação da audiência em CD, que também aqui está acostado.

A suposta vítima, ao confessar que mentira quando de seus anteriores depoimentos, foi muito clara quanto às razões que a levaram a assim agir e não se furtou de responder nenhuma pergunta dos presentes (Magistrado, Promotor e Defensores).

[…]

A presente revisão criminal possui todos os elementos para ser conhecida e deferida, para absolvição do requerente.

Importante notar que a segunda revisão criminal aqui mencionada foi indeferida por impossibilidade jurídica do pedido, eis que não admitiu as declarações, exigindo como pressuposto a justificação criminal.

Agora, colendo Grupo de Câmaras, a situação é totalmente diferente. Foi cumprida a exigência legal da justificação criminal na D. 4ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo SP., de número 1028824-16.2017.8.26.0564,

Acesso ao Sumário

processada eletronicamente, mas cujas cópias integrais estão em anexo. Este documento contém todas as informações e peças necessárias.

[…]

Diante do exposto, PEDE-SE O DEFERIMENTO DA PRESENTE REVISÃO CRIMINAL em favor do Peticionário C.A.O., dando-se vista ao Ministério Público em Segundo Grau, para que ele seja ABSOLVIDO, por medida de justiça, com base no artigo 386, I do Código de Processo Penal, expedindo-se o imediato contra mandado de prisão, por medida da mais lídima e pura justiça!"

(***sic*** fls. 02/19).

A i. Procuradoria Geral de Justiça, pelo parecer de fls. 193/196, opinou no sentido do indeferimento do pedido revisional.

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. 02), deve ser ressaltado que, em vista da sua natureza de "*ação autônoma de impugnação*" ("**apud**" **Eugênio Pacelli** e **Douglas Fische**r, "***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); "*tratando-se de revisão, inverte-se o ônus da prova. Ao requerente é que cabe fazer a prova do desacerto da decisão que o condenou. A ele incumbe comprovar que a sentença condenatória foi contrária à evidência dos autos. Não lhe aproveita o estado de dúvida que acaso consiga criar no espírito de seus julgadores*" (STF, RE nº 79.966/SP, Relator Ministro Djaci Falcão, Primeira Turma, v.u., *Ementário* 976-2/512).

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 delineados, o pedido revisional, desta vez, comporta guarida.

Ressalte-se 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"*

Na estrita observância dos pressupostos do ajuizamento da ação de revisão criminal acima elencados, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, quanto à exigência da existência de "**prova nova**", determina: "*Cabe ressaltar que a exigência de justificação judicial diz respeito tão somente à prova oral*" (REsp º 1.660.333/MG, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, v.u., j. 06.06.2017, *DJe* 13.06.2017); "*no que se refere à revisão criminal por descoberta de novas provas, tem-se que 'essa prova nova tem que ser idônea para fins de possível absolvição do condenado' ou para 'uma eventual diminuição de sua pena'. Não é possível a simples nova avaliação do conjunto probatório constante dos autos, para cassar a condenação sob o fundamento de inocência ou de insuficiência de provas, quando não for apresentada nenhuma prova nova apta a determinar o reexame da condenação*" (HC nº 267.534/GO, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, v.u., j. 01.03.2016, DJe 07.03.2016); "*A prova nova deve ser produzida sob o crivo do contraditório*" (STJ, HC nº 189.091/RS, Relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, v.u., j. 28.04.2015, *DJe* 18.05.2015).

Nos termos acima delimitados, nos autos da Justificação Criminal nº 1028824-16.2017.8.26.0564, "*se achavam presentes o Exmo. Sr. Dr. LEONARDO FERNANDO DE SOUZA ALMEIDA, MM.Juiz de Direito Auxiliar, o Dr. ÉDIVON TEIXEIRA JUNIOR, Promotor de Justiça, bem como o defensor constituído do acusado, Dr. Uriel Carlos Aleixo, OAB/SP 98.776,bem como do Dr. Mauro Otávio Nacif, OAB/SP nº 23.477, ora constituído, com escritório à Rua Engenheiro Isaac Garcês, 549, Rudge Ramos*" (fls. 151/152). A vítima C.M.O. foi ouvida (mídia digital: fls. 153).

Acesso ao Sumário

Na audiência acima referida, realizada na data de 09 de Maio de 2018, no qual foi observado o princípio do contraditório e da ampla defesa, pela participação do Promotor de Justiça e do Defensor, a vítima C.M.O., conforme se constata do teor das gravações na mídia digital encartada (fls. 153), em resumo, afirmou, de modo categórico, que não ocorreu conduta sexual delitiva alguma por parte do peticionário C.A.O. contra ela e que só "*inventou essa estória*" para não ir para a casa de seu pai, pois sua mãe não aprovava o seu então namorado e ela queria se encontrar com este último.

O Supremo Tribunal Federal, quanto ao comportamento irresponsável de C.M.O. à época dos supostos fatos, observa que:

> *"4. O Código Penal Brasileiro estabelece, no artigo 27, que 'os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial'.*
>
> *5. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) define que a conduta – comissiva ou omissiva – praticada por menor de dezoito anos é considerada ato infracional quando houver correspondência com crime ou contravenção penal.*
>
> *6. Esse mesmo Estatuto, simétrico com Código Penal no que tange à teoria da atividade, diz que 'para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato' (artigo 104, parágrafo único). Daí que, considerado o critério subjetivo concernente à idade do agente ao tempo da ação ou omissão, os fatos praticados pelo extraditando na Alemanha não são tidos pela legislação brasileira como crimes, mas como atos infracionais sujeitos às medidas sócio-educativas estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Não a sanções penais."*
>
> (STF, Ext nº 1.135/República Federal da Alemanha, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, v.u., j. 01.10.2009, *LEXSTF* vol. 31, nº 372, 2009, págs. 316/319).

Assim sendo, por não existir prova suficiente para a condenação, deve ser, "***mutatis mutandi***s", a "*Ação penal julgada improcedente para ABSOLVER o réu, na forma do art. 386, II, do CPP*" (STF, AP nº 958/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, v.u., j. 27.02.2018, Acórdão Eletrônico, *DJe* 51). No mesmo sentido: STF, AP nº 569/SC, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, v.u., j. 21.06.2016, *DJe* 223; STF, AP nº 932/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, v.u., j. 16.02.2016, *DJe* 130.

A jurisprudência do Egrégio TJ/SP também respalda a conclusão alcançada nos presentes autos:

> *"Revisão criminal. Atentados violentos ao pudor, em continuidade delitiva. Retratação em justificação judicial pela vítima e pela genitora dela. Elemento superveniente que prejudica a credibilidade da primeira*

Acesso ao Sumário

acusação, sem comprovar a inocência. Ação revisional julgada procedente a fim de absolver o peticionário, com fulcro no art. 386, inciso VII, do CPP."

(TJ/SP, Revisão Criminal nº 0268802-52.2012.8.26.0000; Relator Desembargador Diniz Fernando, 1º Grupo de Direito Criminal, v.u., j. 06.10.2014).

Julga-se, pois, procedente o pedido revisional, para absolver C.A.O., nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2132267-72.2018.8.26.0000, 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: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.922)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 30 de janeiro de 2019.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n. 14.179/18 do Município de Ribeirão Preto, que "dispõe sobre a disponibilização de recipientes para recolhimento de medicamentos vencidos, não utilizados ou fora de condições de uso em farmácias e drogarias" – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL – Há interesse local na definição de regras limitadoras da liberdade no âmbito da proteção ao meio ambiente – Medidas de proteção ao meio ambiente que devem ser adequadas à realidade local – Atendimento ao princípio federativo (artigo 1º da Constituição do

Acesso ao Sumário

Estado de São Paulo) – Legislação sobre matérias vinculadas à proteção ambiental apenas suplementar, respeitadas as normas estaduais existentes – Ação julgada improcedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Prefeito Municipal de Ribeirão Preto, buscando a declaração da inconstitucionalidade da Lei n. 14.179, de 9 de maio de 2018, do Município de Ribeirão Preto.

Ressalva que não alega usurpação de iniciativa legislativa privativa, pois o E. STF já decidiu que o Poder Legislativo pode iniciar processo legislativo ligado ao meio ambiente. Diz que a inconstitucionalidade, no caso, decorre da contrariedade à legislação estadual vigente sobre o assunto. Explica que o procedimento para entrega de medicamentos com prazo de validade vencido, não utilizado ou fora de condições de uso está previsto na Lei Estadual n. 12.300/06, regulamentada pela Resolução n. 45/15 da Secretaria Estadual do Meio Ambiente e pelo Decreto Estadual n. 54.645/09. Invoca o entendimento do E. STF de que a lei municipal sobre meio ambiente deve observar normas dos demais entes federados, além de decisões deste C. Órgão Especial também nesse sentido. Conclui que a lei impugnada ofende os artigos 5º, 144 e 191 da Constituição Estadual. Pede a concessão da medida liminar e, ao final, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 14.179, de 9 de maio de 2018 (fls. 1/18).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 42/43).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato impugnado (fls. 52/53).

O réu prestou informações (fls. 55/57).

A douta Procuradoria Geral de Justiça requereu a improcedência da ação (fls. 61/72).

É o relatório.

Objetiva o Prefeito Municipal de Ribeirão Preto "seja declarada totalmente inconstitucional a Lei Municipal n. 14.179, de 09 de maio de 2018, por afronta aos artigos 5º, 144 e 191 da Constituição do Estado de São Paulo e, suspendendo seus efeitos, consequentemente desobrigar a observância de qualquer um de seus dispositivos pelo Município de Ribeirão Preto" (fls. 17).

A ação é improcedente.

A Lei Municipal n. 14.179/18 "dispõe sobre a disponibilização de recipientes para recolhimento de medicamentos vencidos, não utilizados ou

Acesso ao Sumário

fora de condições de uso em farmácias e drogarias" (fls. 28/29), nos seguintes termos:

Art. 1º. As farmácias e drogarias localizadas na cidade de Ribeirão Preto, Estado de São Paulo, poderão disponibilizar em seus estabelecimentos recipientes para o recolhimento apropriado de medicamentos domiciliares com prazo de validade vencido, não utilizado ou fora de condições de uso.

Art. 2º. As empresas que disponibilizarem voluntariamente os recipientes para recolhimento de medicamentos domiciliares com prazo de validade vencido, não utilizado ou fora de condições de uso, estarão aptos a requerer junto ao setor competente da Prefeitura o Selo Empresa Amiga do Meio Ambiente e estarão aptas a realizar campanhas de conscientização do uso racional de medicamentos e os riscos do uso de medicamentos vencidos.

Art. 3º. A entrega de medicamentos com prazo de validade vencido, não utilizado ou fora de condições de uso pela população não poderá estar vinculada a prêmios, descontos ou trocas por produtos comercializados no estabelecimento.

Art. 4º. Os recipientes para recolhimento de medicamentos domiciliares com prazo de validade vencido, não utilizado ou fora de condições de uso deverão ficar situados em local de fácil acesso e percepção, contendo indicação expressa do fim a que se destina.

§ 1º Os recipientes deverão ser de material resistente, tipo urna com lacre, em que apenas a empresa que fará a destinação terá acesso ao resíduo depositado em seu interior.

§ 2º Os resíduos recolhidos na urna deverão ser acondicionados em caixas, com lacre assinado pelo farmacêutico que responde como responsável técnico pelo estabelecimento, ficando guardado em local longe das prateleiras até o encaminhamento ao destino final.

Art. 5º. Os estabelecimentos deverão incluir em seu Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde os procedimentos para o armazenamento e recolhimento dos medicamentos domiciliares com prazo de validade vencido, não utilizado ou fora de condições de uso.

Parágrafo único. As empresas responsáveis pela coleta dos resíduos deverão estar legalizadas e deverão realizar a destinação final ambientalmente adequada dos medicamentos vencidos ou fora de condições de uso, conforme legislação ambiental e sanitária vigentes.

Art. 6º. A inobservância dos dispositivos constantes na presente Lei sujeitará os infratores às penalidades previstas na Legislação Sanitária e Ambiental vigentes.

Art. 7º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Acesso ao Sumário

O autor da ação alega, em suma, que a lei municipal em análise, ao dispor sobre a destinação dada a resíduos sólidos, matéria já regulada por legislação estadual em vigor, ofendeu aos seguintes dispositivos da Constituição Estadual:

Artigo 5º – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

§ 1º – É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

§ 2º – O cidadão, investido na função de um dos Poderes, não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

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.

Artigo 191 – O Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.

Como é cediço, "a repartição de competências é considerada como um dos elementos essenciais ao federalismo e sua caracterização efetiva." (André Ramos Tavares. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.151).

Com efeito, a Constituição Federal assegura à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência legislativa concorrente para dispor sobre "florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição" (art. 24, inciso VI, da Constituição Federal).

Os Municípios, por sua vez, têm a competência legislativa limitada. O artigo 30 da Carta de 1988 estabelece que compete aos Municípios:

*"**I –** legislar sobre assuntos de interesse local;*

***II –** suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;*

[...]"

Em um País vasto como o Brasil, a desigualdade regional é tão notável que foi reconhecida constitucionalmente, a tal ponto que a redução das desigualdades sociais e regionais foi alçada a objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Por essa razão, as práticas e costumes locais definem o leque de ações que podem ser promovidas no contexto da promoção de um meio ambiente saudável. Condições socioculturais, tais como educação e cultura, bem como econômicas, delimitam o espaço possível de imposição de limitações a determinada população.

Assim é que, em locais de extrema miséria, uma política de disseminação

Acesso ao Sumário

de cuidados com o descarte de embalagens não biodegradáveis, por exemplo, soa supérflua. Em um contexto de maior desenvolvimento econômico, essa mesma ação é útil e necessária.

Ribeirão Preto é Município de médio porte do interior paulista, conhecido pelo seu alto nível de desenvolvimento socioeconômico, decorrente, notadamente, do sucesso do agronegócio na região. Nesse contexto, a especificação de regras relativas à política estadual de resíduos sólidos que vise a ampliar a proteção ao meio ambiente coaduna-se com a repartição de competências legislativas constitucionalmente definida.

Assim, a regulamentação da destinação dada a resíduos sólidos sensíveis, tais como medicamentos, coaduna-se com a proteção ao meio ambiente, valor consagrado constitucionalmente.

A Constituição Federal alçou a princípio norteador da ordem econômica a defesa do meio ambiente, "inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação" (artigo 170, inciso VII).

Aos dispor sobre o direito universal ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (artigo 225), o texto constitucional impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, determinando incumbir ao Poder Público "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente" e "promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente" (incisos V e VI do parágrafo único).

A Constituição Estadual atribui aos Municípios o dever de proteger o meio ambiente, ao dispor que "o Estado e os Municípios providenciarão, com a participação da coletividade, a preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, artificial e do trabalho, atendidas as peculiaridades regionais e locais e em harmonia com o desenvolvimento social e econômico" (artigo 191).

Acesso ao Sumário

Daí se conclui que a lei vergastada contribui para esse objetivo, pois tem como finalidade viabilizar a proteção ao meio ambiente em suas mais variadas formas, notadamente a saúde das pessoas e dos animais. Note-se que não é intenção da lei municipal onerar a atividade de comercialização de medicamentos no Município de Ribeirão Preto.

Ademais, a legislação estadual sobre a política de resíduos sólidos invocada pelo autor – Lei Estadual n. 12.300/06, que instituiu a Política Estadual de Resíduos Sólidos, Decreto Estadual n. 54.645/09 e Resolução da Secretaria Estadual do Meio Ambiente n. 45/15 – traça apenas diretrizes gerais sobre o

assunto, que podem e devem ser especificadas caso as peculiaridades locais do Município assim o exijam.

Como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, "a análise da ementa da lei *[estadual]* revela, de imediato, que se trata de norma geral e principiológica, impressão devidamente confirmada ao analisar a integralidade do dispositivo legal, que, após fixar os princípios aplicáveis, estabelece definições e prevê programas de gestão e planos de gerenciamento de resíduos sólidos, urbanos, industriais e perigosos. Além disso, delibera sobre prestação de informações e educação ambiental e define responsabilidades, infrações e penalidades. Da mesma forma, o Decreto regulamentador especifica algumas normas e detalha regras de implementação do programa estadual. E a Resolução da Secretaria do Meio Ambiente fixa, basicamente, as diretrizes da responsabilidade pós-consumo no Estado de São Paulo. [...] Neste passo, a Lei nº 14.179, de 9 de maio de 2018, de iniciativa parlamentar, do Município de Ribeirão Preto, esmiuçou matéria não prevista pela legislação estadual, qual seja, a possibilidade de as farmácias e drogarias do Município disponibilizarem recipientes para o recolhimento apropriado de medicamentos domiciliares com prazo de validade vencido, não utilizado ou fora de condições de uso." (fls. 69/70).

Este C. Órgão Especial, inclusive, já apreciou legislação municipal de conteúdo semelhante, porém quando havia apenas lei federal sobre a política de resíduos sólidos:

> *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE O DESCARTE DE MEDICAMENTOS INSERVÍVEIS. RESÍDUOS SÓLIDOS. TITULARIDADE DO MUNICÍPIO DOS SERVIÇOS DE LIMPEZA URBANA E INCUMBÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA ORDENAR E CONTROLAR O USO DO SOLO, DE MODO A EVITAR A DEGRADAÇÃO AMBIENTAL. MEIO AMBIENTE. CRITÉRIO DA TERRITORIALIDADE. INTERESSE LOCAL CONFIGURADO. LEI QUE, ADEMAIS, SE AJUSTA À LEGISLAÇÃO FEDERAL SOBRE O TEMA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.* (Direta de Inconstitucionalidade n. 0038909-63.2013.8.26.0000 – Rel. Des. Márcio Bartoli – j. em 31.7.13).

Assim, não se vislumbra ofensa aos dispositivos constitucionais invocados pelo autor.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2182302-36.2018.8.26.0000, da Comarca de São

Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MATÃO e PREFEITO MUNICIPAL DE MATÃO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.666)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 30 de janeiro de 2019.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Expressão "as contratações serão feitas por tempo determinado, com prazo de até vinte e quatro meses, conforme disciplina o art. 445 da CLT", constante no parágrafo único, do art. 8º da Lei nº 4.238, de 19 de outubro de 2010, e da Lei nº 4.327, de 10 de maio de 2011, ambas do Município de Matão – A descrição de hipóteses abertas que não denotam transitoriedade e excepcionalidade burla o sistema de mérito, compatível com os princípios da isonomia, moralidade, impessoalidade e eficiência – Ausência de prazos determinados na contratação que não se coaduna com a transitoriedade e excepcionalidade da contratação temporária (art. 111 e 115, II, e X, CE/89) – Ação procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, movida pelo Procurador-Geral de Justiça e em face da expressão "as contratações serão feitas por tempo determinado, com prazo de até vinte e quatro meses, conforme disciplina o art. 445 da CLT", constante no parágrafo único, do art. 8º da Lei nº 4.238, de 19 de outubro de 2010, e da Lei nº 4.327, de 10 de maio de 2011, ambas do Município

Acesso ao Sumário

de Matão.

Sustenta a ação, que a lei municipal mencionadas contraria o disposto nos artigos 111, 115, incisos II e X, da Constituição Estadual, além do art. 37.

Inexistente o pedido de liminar.

Vieram as informações (fls. 191/195 e 207/211).

Citada, a Procuradoria Geral do Estado manifestou-se (fls. 197/205), afirmando que se trata de questão a ser disciplinada por cada ente federativo, observados os contornos estabelecidos no Tema de Repercussão Geral nº 612, estando o contratado submetido ao regime geral da Previdência Social.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls.284/301).

É o relatório.

A Lei nº 4.238, de 19 de outubro de 2010, do Município de Matão, que dispõe sobre a criação de cargos de agente comunitário de saúde e de agente de combate às endemias e regulamentação do exercício das atividades no âmbito do município e dá outras providências, assim está redigida:

> ***Art. 1º Em atenção a Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, que alterou a redação do art. 198 da Constituição Federal, ficam criados os cargos de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate as Endemias, os quais passarão a integrar o quadro de pessoal de provimento efetivo da Administração Direta do Município, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.***
>
> ***(...)***
>
> ***Art. 8º A contratação de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate as Endemias deverá ser precedida de processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades, que atenda aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.***
>
> ***Parágrafo Único – As contratações serão feitas por tempo determinado, com prazo de até vinte e quatro meses, conforme disciplina o art. 445 da CLT e o contratado será inscrito como contribuinte do Regime Geral de Previdência Social e o seu contrato será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.***

A Lei nº 4.327, de 10 de maio de 2011, do Município de Matão, apresenta a seguinte redação:

> ***Art. 1º Fica o Município de Matão autorizado a contratar médicos em diversas especialidades, em caráter temporário e emergencial, para fins de excepcional interesse público, para atender a rede pública de saúde.***

Acesso ao Sumário

Art. 2º A contratação será pelo período de até 12 meses, a contar da assinatura do contrato, e o contratado será inscrito como contribuinte do Regime Geral de Previdência Social e o seu contrato será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Parágrafo Único – O prazo de contratação estabelecido no "caput" desse artigo poderá ser prorrogado uma única vez e por igual período.

Art. 3º O recrutamento do profissional a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito à ampla divulgação, inclusive através de jornais locais, prescindindo do concurso.

Parágrafo Único – Constará sempre do instrumento contratual:

I – a justificativa da contratação;

II – o prazo;

III – a função a ser desempenhada;

IV – a habilitação exigida;

V – a dotação orçamentária em que ocorrerá a despesa.

Art. 4º Para os fins do artigo anterior, o candidato terá que comprovar curso superior completo e registro no órgão de classe.

Art. 5º A contratação nos termos desta lei não confere direitos, nem expectativa de direito à efetivação no serviço público municipal.

Art. 6º A remuneração do pessoal contratado, nos termos desta Lei, será fixada em importância não superior ao valor da remuneração fixada para os servidores efetivos em função assemelhada no Município.

Art. 7º O contrato firmado de acordo com esta Lei extinguir-se-á sem direito a indenizações:

I – pelo término do prazo contratual;

II – por iniciativa do contratado;

Parágrafo Único – O contratado, caso desejar rescindir o contrato antes de seu término, deverá comunicar o contratante, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

Art. 8º O contrato de trabalho por tempo determinado poderá ser rescindido por ato unilateral da Administração Pública nas seguintes hipóteses:

I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa;

IV – insuficiência de desempenho;

Art. 9º As despesas decorrentes das contratações correrão por conta

Acesso ao Sumário

das dotações orçamentárias específicas da Secretaria Municipal de Saúde.

Art. 10 – Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Procede, em parte, a ação.

A contratação por tempo determinado para suprir a deficiência de pessoal na área de saúde com o objetivo de preservar e garantir a prestação de serviços públicos e o atendimento de convênios, programas e campanhas cuja execução não seja possível com o pessoal já vinculado à administração é previsão ampla, ambígua, genérica, imprecisa, indeterminada, ofende os da acessibilidade aos cargos e empregos públicos, art. 115, I, II e V, da CE/89, cujas exceções a dispensar a realização de concurso público são nomeações para cargo em comissões, declarado em lei, de livre nomeação e exoneração e as contratações de servidores por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, que assim dispõe:

"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:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

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 cargos em comissão, 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

(...)

X – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

Nesse passo, também o pretório Excelso já se manifestou editando a Súmula Vinculante nº 43, cujo texto prescreve ser "inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

Portanto, houve violação aos arts. 111, 115, I, II e V, da Constituição

Acesso ao Sumário

Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144, da Constituição Estadual, sendo, pois, de rigor o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º, do art. 4º da Lei Complementar nº 289, de 29 de março de 2017 de Santa Rosa de Viterbo.

Neste sentido já se pronunciou o Pretório Excelso:

"A amplitude, a indeterminação, e a vagueza permitem aninhar em seu pressuposto qualquer situação de deficiência de pessoal sem indicação de seu caráter transitório e extraordinário e da impossibilidade de sua consecução pelo emprego dos recursos humanos ordinários dos quadros da Administração. Tem-se que é inconstitucional a lei que, de forma vaga, admite a contratação temporária para as atividades de educação pública, saúde pública, sistema penitenciário e assistência à infância e à adolescência, sem que haja demonstração da necessidade temporária subjacente (STF, ADI 3.649-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, 28-05-2014, m.v., DJe 30-10-2014).

A lei específica não poderá utilizar de cláusulas amplas, genéricas e indeterminadas. Deve empregar conceitos que consubstanciem aquilo que seja possível conceber na excepcionalidade, como a norma, ora impugnada, fez.

Ademais, a lei de regência da contratação temporária, além de descrever seus pressupostos (as hipóteses abstratas de seu cabimento) deve conter a fixação do período necessário de vigência e eficácia da contratação, que deve ser curto (Odete Medauar. Direito Administrativo Moderno, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 11. ed., p. 270).

Nesse sentido:

"Com efeito, para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade" (STF, ADI 3.430-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 12-08-2009, v.u., DJe 23-10-2009).

Acesso ao Sumário

Portanto, o art. 8º da Lei nº 4.238, de 19 de outubro de 2010, e a Lei nº 4.327, de 10 de maio de 2011, ambas do Município de Matão, encerram hipóteses que não espelham extraordinariedade, imprevisibilidade e urgência, na medida em que traduzem situações concretas da rotina administrativa, cuja execução compete, de ordinário, a servidores públicos titulares de cargos de provimento efetivo.

Quando a Lei nº 4.238, de 19 de outubro de 2010, ao dispor sobre a criação de cargos de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias, prevê, no parágrafo único do seu art. 8º, a contratação temporária de forma excepcional, uma vez que o *caput* do art. 1º da mesma lei estabelece que os mencionados cargos – integrarão o quadro de pessoal de provimento efetivo

da Administração Direta do Município.

Assim, da leitura do *caput* do art. 1º, é evidente que foi previsto o provimento efetivo para os cargos em questão, não podendo o legislador, no parágrafo único do art. 8º, estabelecer, à margem do que já estava determinado no texto, que as contratações serão feitas por tempo determinado, o que é incompatível com o provimento efetivo.

É claro que as funções exercidas pelos referidos agentes comunitários de saúde apresentam caráter permanente e, a princípio, não se justifica a sua contratação temporária, mesmo que em função de possível convênio ou programa.

Para a execução de convênios e programas na área de saúde, o Município deve lançar mão de seus servidores efetivos. Afinal, a prestação do serviço de saúde é perene.

Isto posto, julga-se procedente a ação, apenas para declarar a inconstitucionalidade parágrafo único, do art. 8º da Lei nº 4.238, de 19 de outubro de 2010, e da Lei nº 4.327, de 10 de maio de 2011, ambas do Município de Matão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2162722-20.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CRAVINHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CRAVINHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.236OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 30 de janeiro de 2019.

Acesso ao Sumário

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 2.270, de 15-6-2018, do Município de Cravinhos, que 'dispõe sobre a criação do Programa de Travessia Preferencial para Pedestres nas vias públicas do Município de Cravinhos, e dá outras providências' – Iniciativa parlamentar – Violação ao princípio da separação de poderes.

Preliminar.

Análise de ofensa a dispositivos da Lei Orgânica do Município. Inadmissibilidade. Ausência de parametricidade.

Mérito.

Vício de iniciativa. Política relacionada à atuação administrativa. Criação de atribuições a órgãos públicos. Competência do Executivo. A matéria regulamentada pela norma impugnada insere-se no âmbito da competência legislativa atribuída pela Constituição ao Chefe do Poder Executivo Municipal, por ser inerente ao planejamento e organização do Município. Aplicação do Tema de Repercussão Geral nº 917.

Inconstitucionalidade reconhecida. Violação aos arts. 5º, 25, 47, II, XIV e XIX, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144, todos da CE/89.

Ação procedente."

Acesso ao Sumário

VOTO

O Prefeito do Município de Cravinhos propõe ação direta objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.270, de 15-6-2018, promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal de Cravinhos após rejeição do veto integral ao Projeto de Lei nº 2.157/2017 pelo requerente. Referida norma "dispõe sobre a criação do Programa de Travessia Preferencial para Pedestres nas vias públicas do Município de Cravinhos, e dá outras providências.".

Argumenta o autor que o ato é formalmente incompatível com a Constituição do Estado de São Paulo porque cabe privativamente ao Chefe do Poder Executivo a regulamentação dos serviços públicos e programas de

governo e também porque cria despesas sem previsão de dotação orçamentária. Na ótica do requerente, o ato viola os arts. 5º, 25, 47, II e XIV, 144 e 176 da CE/89. Além disso, alega incompatibilidade com o art. 65, VII, IX e X da Lei Orgânica do Município.

Inicial aditada, fls. 88/89.

Liminar deferida, fls. 91/92.

Regularmente citada, a Câmara Municipal de Cravinhos, representada por seu Presidente, por Procurador Jurídico Legislativo, prestou informações e ainda defendeu a constitucionalidade da norma, fls. 101/116.

Citado o Procurador Geral do Estado, manifestou-se declarando faltar-lhe interesse na defesa do ato impugnado por tratar- se de matéria de cunho exclusivamente local, fls. 122/123.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência da ação, para declarar inconstitucional a Lei nº 2.270, de 15-6-2018, do Município de Cravinhos, fls. 126/137.

É o relatório.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Cravinhos em face de ato normativo editado pela Câmara Municipal de Cravinhos que "Dispõe sobre a criação do Programa de Travessia Preferencial para Pedestres nas vias públicas do Município de Cravinhos, e dá outras providências", editado na forma da Lei nº 2.270, de 15-6-2018, argumentando o requerente violação aos arts. 5º, 25, 47, II e XIV, 144 e 176 da CE/89 e art. 65, VII, IX e X da Lei Orgânica do Município, já que compete privativamente ao Prefeito Municipal a regulamentação dos serviços públicos e programas de governo e também porque houve criação de despesas sem previsão de dotação orçamentária.

O texto da Lei nº 2.270, de 15-6-2018, ora impugnada pelo Chefe do Poder Executivo do Município de Cravinhos, tem a seguinte redação:

"Art. 1º-Fica instituído o Programa de Travessia Preferencial para Pedestre nas vias públicas do município de Cravinhos, cujo objetivo é estimular uma mudança de comportamento, tanto de pedestres quanto de condutores.

"Art. 2º-A efetivação da preferência de que trata o presente programa ocorrerá através da utilização pelos pedestres, do gesto de sinalizar com o braço antes de entrar na faixa de pedestre e a parada obrigatória por parte dos condutores e veículos automotores.

"Art. 3º-O órgão responsável pelo trânsito do Município deverá elaborar campanhas periódicas com finalidade de orientar os pedestres e os condutores de veículos acerca do cumprimento da regra objetivo do presente programa, além de promover a sinalização vertical, horizontal e, se necessário, também

Acesso ao Sumário

aérea em referidos locais.

"Art. 4º-O Programa de Travessia Preferencial para o Pedestre nas vias públicas de Cravinhos, na sua regulamentação, estabelecerá as condições e medidas de curto, médio e longo prazo, com vistas à sua implantação na maioria das ruas e avenidas do Município que permitam a sua inserção, iniciando-se nas proximidades de escolas, hospitais, estendendo-se posteriormente próximo de estabelecimentos públicos ou privados com grande fluxo de pedestres, que permitam a sua implantação.

"Art. 5º-Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.".

De início, afasta-se análise de violação à Lei Orgânica do Município e a dispositivos da Constituição Federal que não sejam de observância obrigatória pelos Estados e Municípios ou que não foram reproduzidos pela Constituição Estadual, pois apenas a Constituição Estadual deve ser parâmetro de controle abstrato de normas, art. 125, § 2º, CF/88. Também a contrariedade reflexa ou indireta ao texto da constituição não podem ser aferidas por via principal.

No mais, a ação procede. A ementa do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do eminente Subprocurador- Geral de Justiça Jurídico, dr. Wallace Paiva Martins Júnior, resume a questão da seguinte forma:

"Constitucional. Administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 2.270, de 15 de junho de 2018, do Município de Cravinhos, que 'Dispõe sobre a criação do Programa de Travessia Preferencial para Pedestres nas vias públicas do Município de Cravinhos, e dá outras providências'. Separação de poderes. Lei de iniciativa parlamentar que cria programa de governo. Vício. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo para a ignição do processo legislativo relacionado à sua estrutura e atribuições de seus órgãos. Aplicabilidade do Tema de Repercussão Geral n. 917. Inconstitucionalidade. Procedência. 1. Lei local, de iniciativa parlamentar, por conferir atribuição ao órgão responsável pelo trânsito do Município a elaboração de campanhas com a finalidade de orientar os pedestres e os condutores de veículos acerca do cumprimento do programa instituído, viola o princípio de separação de poderes (arts. 5º, 24, § 2º, 2, e 47, II, XIV e XIX, 'a', CE/89). 2. Aplicabilidade, contrario sensu, da tese firmada no Tema de Repercussão Geral nº 917, segundo a qual 'não usurpa a competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata de sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 3. Parecer pela procedência da ação."

Sobre a iniciativa de leis reservadas ao Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal decidiu em sede de repercussão geral, ao julgar o Recurso Especial nº 878.911/RJ, relativo ao Tema 917, 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)."

Seguindo o entendimento reafirmado com o julgamento do Recurso Especial nº 878.911/RJ, há vício de iniciativa do Poder Legislativo porque a lei municipal criou atribuições a órgãos da Prefeitura de Cravinhos, violando a reserva de iniciativa legislativa em matéria de gestão administrativa do Chefe do Poder Executivo.

A norma impugnada, de autoria de vereador, veicula tema relacionado à organização, funcionamento e direção superior da administração, cuja competência para regulamentação é afeta ao Poder Executivo, vedado, portanto, ao Poder Legislativo editar o referido ato normativo, por ser ele, à evidência, ato de gestão, inserido na esfera do poder discricionário do Prefeito Municipal.

A matéria regulamentada pela norma de iniciativa parlamentar insere-se no âmbito da competência atribuída pela Constituição ao Chefe do Poder Executivo Municipal, existindo pois vício de iniciativa a violar o princípio da separação dos poderes, nos termos dos 5º, 47, II, XIV e XIX, 'a', aplicáveis aos Municípios por força do art. 144, da CE/89.

Por decorrência dos citados dispositivos constitucionais, a competência para implementação de políticas relacionadas à atuação administrativa, área em que está inserido o objeto do ato normativo impugnado, cuja natureza é evidentemente administrativa, pertence ao Poder Executivo, já que é atividade própria da Administração Pública, amparada por critério de conveniência e oportunidade do prefeito.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que cabe privativamente ao Poder Executivo a função administrativa, a envolver atos de planejamento, organização, direção e execução de políticas e de serviços públicos. Em outras palavras, os atos de concretude cabem ao Poder Executivo, enquanto ao Poder Legislativo estão deferidas as funções de editar atos normativos dotados de generalidade e abstração.

Conforme anota Hely Lopes Meirelles, "O sistema de separação de funções – executivas e legislativas – impede que o órgão de um Poder exerça atribuições do outro. Assim sendo, a Prefeitura não pode legislar, como a Câmara não pode administrar. Cada um dos órgãos tem missão própria e privativa: a Câmara estabelece regras para a Administração; a Prefeitura as executa, convertendo o mandamento legal, genérico e abstrato, em atos administrativos, individuais e concretos. O legislativo edita normas; o Executivo pratica atos segundo as normas. Nesta sinergia de funções é que residem a harmonia e independência dos Poderes, princípio constitucional (art. 2º) extensivo ao governo local. Qualquer atividade, da Prefeitura ou Câmara, realizada com usurpação de funções é

Acesso ao Sumário

nula e inoperante". Dando continuidade ao raciocínio diz que "O prefeito atua sempre por meio de atos concretos e específicos, de governo (atos políticos) ou de administração (atos administrativos); ao passo que a Câmara desempenha suas atribuições típicas editando normas abstratas e gerais de conduta (leis). Nisso se distinguem fundamentalmente suas atividades. O ato executivo do prefeito é dirigido a um objetivo imediato, concreto e especial; o ato legislativo da Câmara é mediato, abstrato e genérico. Só excepcionalmente o prefeito edita normas através de decreto regulamentar e a Câmara pratica atos administrativos, de efeitos internos ou externos, consubstanciados em resolução ou em decreto legislativo. O prefeito provê in concreto, em razão de seu poder de administrar; a Câmara provê in abstracto, em virtude do seu poder de regular. Todo ato do Prefeito que infringir prerrogativa da Câmara – como também toda deliberação da Câmara que invadir ou retirar atribuição da Prefeitura ou do Prefeito – é nulo, por ofensivo ao princípio da separação de funções dos órgãos do governo local (CF, art. 2º c/c o art. 31), podendo ser invalidado pelo Poder Judiciário" (Direito Municipal Brasileiro, 17ª ed. Atualizada por Adilson Abreu Dallari, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 735/736 e 739).

Nesse sentido já decidiu o Órgão Especial:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 6.180, de 26 de novembro de 2014, do município de Ourinhos, que 'institui o programa municipal de apoio à pessoa com deficiência física e mobilidade reduzida'. Vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação e independência dos poderes. Reconhecimento. A lei impugnada, de autoria parlamentar, ao instituir o mencionado programa social interferiu diretamente na área de administração municipal, criando obrigações para o Poder Executivo, em evidente ofensa ao princípio da separação dos poderes, já que impôs à Secretaria Municipal de Saúde e à Secretaria Municipal de Assistência Social, a coordenação de todas as atividades relacionadas ao respectivo projeto (art. 4º), atribuindo-lhes, por exemplo, a responsabilidade pelo recebimento, aquisição e distribuição de equipamentos (art. 3º), bem como por eventuais reparos necessários (artigo 5º), realização de cadastros (art. 4º, I), realização de convênios (art. 6º) e pela divulgação do programa (art. 7º). Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, 'não se pode compreender que o Poder Legislativo, sem iniciativa do Poder Executivo, possa alterar atribuições de órgãos da Administração Pública, quando a este último cabe a iniciativa de Lei para criá-los e extingui-los. De que adiantaria ao Poder Executivo a iniciativa de Lei sobre órgãos da administração pública, se, ao depois, sem sua iniciativa, outra Lei pudesse alterar todas as suas atribuições e até suprimi-las ou desvirtuá-las. Não há dúvida de que interessa sempre ao Poder Executivo a iniciativa de Lei que diga respeito a sua própria organização, como ocorre, também, por exemplo, com o Poder Judiciário' (ADIN nº 2.372, Rel. Min. Sydnei Sanches, j. 21/08/2002). Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente" (ADI

Acesso ao Sumário

nº 2008524-30.2015.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 29-7-2015).

"Direito Constitucional – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei de iniciativa parlamentar – Criação do programa social de incentivo à criação de empresas familiares com finalidade social – Vício – Existência – Separação de poderes – Violação – Inconstitucionalidade verificada – É inconstitucional a Lei Municipal que institui o programa social de incentivo à criação de empresas familiares com finalidade social, pois compete privativamente ao Prefeito deflagrar lei que atribua novas tarefas aos órgãos do Poder Executivo, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes – Ademais, a referida Lei Municipal cria despesa sem indicação de fonte de receita – Violação dos artigos 5º, 24, § 2º, número '4', 25, 47, incisos II e XIV, e 144, da Constituição Estadual. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente." (ADI nº 2007229-89.2014.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 23-4-2014).

Portanto, a iniciativa da Câmara Municipal está a invadir a área de atuação privativa do Poder Executivo, violando princípio constitucionalmente protegido da separação dos poderes, sendo, pois, de rigor o reconhecimento da procedência da ação para declarar inconstitucional a Lei nº 2.270, de 15-6-2018, do Município de Cravinhos, e determinar sua retirada do ordenamento jurídico.

Diante desse quadro, **julga-se procedente a ação, para declarar inconstitucional a Lei nº 2.270, de 15-6-2018, do Município de Cravinhos.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2190483-26.2018.8.26.0000, da Comarca São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE DUMONT, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE DUMONT.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, NA PARTE CONHECIDA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.217)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO

Acesso ao Sumário

AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

GERALDO WOHLERS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei municipal nº 1.764/2018, do Município de Dumont e de iniciativa parlamentar, que "autoriza o Poder Executivo a Instituir o Adicional de Escolaridade ao Servidor Público do Quadro de Cargos de Provimento Efetivo da Prefeitura Municipal de Dumont e dá outras providências". Apontados vícios materiais em virtude de o "adicional de escolaridade" não atender aos princípios da moralidade e do interesse público e às exigências do serviço, bem como em razão de a lei hostilizada não prever a fonte de custeio da vantagem monetária. Benefício que não foi instituído indistintamente a todos os funcionários municipais, havendo critérios para sua concessão. Desnecessário ainda que a lei indique sua respectiva fonte de custeio. Vícios materiais não caracterizados.

Configurado vício de iniciativa, porém. Norma que compreende matéria remuneratória de servidor público municipal, cujo impulso de criação é privativo do Prefeito municipal, nos termos do artigo 24, § 2º, itens 1 e 4, da Constituição do Estado. Afronta ao princípio da separação de poderes (artigo 5º, da Carta Constitucional estadual).

Não conhecimento de alegações do requerente baseadas na Lei Complementar nº 101/2000, porquanto no âmbito da presente ação a norma objurgada deve ser contrastada somente com o Supremo Pacto deste Estado-membro. Eventual afronta a legislação federal consubstanciaria mera ilegalidade. Precedente deste Egrégio Órgão Especial.

Ação procedente.

VOTO

Vistos, etc...

Acesso ao Sumário

1. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade que tem por objeto a Lei nº 1.764, de 22 de agosto de 2018, do Município de Dumont e de iniciativa parlamentar, que *"autoriza o Poder Executivo a Instituir o Adicional de Escolaridade ao Servidor Público do Quadro de Cargos de Provimento Efetivo da Prefeitura Municipal de Dumont e dá outras providências"* (fls. 02).

Sustenta o autor que *"a referida norma contraria a Constituição do Estado de São Paulo por duas razões. A primeira porque padece de vício de iniciativa, na justa medida em que a matéria nela veiculada é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo Municipal, o que viola o princípio da separação de Poderes (arts. 5º, 47, incisos II e XIV e 144 da CESP). A segunda se dá em virtude de que ela desconsidera que o orçamento público municipal é finito, não se podendo criar despesa pública sem a indicação precisa das suas respectivas fontes de custeio (arts. 25 e 144 da CESP)"* – fls. 02.

Aduz ainda que *"conforme preceituam as boas normas de planejamento, especialmente a Lei de Responsabilidade Fiscal, a criação de despesas deve ser precedida de estudos de impacto orçamentário-financeiro e previsão de seus efetivos gastos (arts. 15 e 16, inciso I, da Lei Complementar nº 101/2000).*

Aliás, ressalte-se, por oportuno, que serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesas ou assunção de obrigação que não atenda ao disposto no art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal" (fls. 02/3).

Processada a demanda sem liminar (fls. 31), a d. Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo se manifestou no sentido de que *"o ato normativo impugnado trata de assunto de interesse local"* e, portanto, *"não cabe ao Procurador Geral do Estado atuar em sua defesa"* (fls. 40/1). O ilustre Presidente da Câmara Municipal de Dumont prestou informações a fls. 43/5.

Pela procedência da ação opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça, tendo o nobre Subprocurador-Geral, Dr. Wallace Paiva Martins Junior, salientado que *"não merece conhecimento a alegação de incompatibilidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal"* e que a gratificação *"denominada 'adicional de escolaridade', instituída indistinta e genericamente para todos os servidores públicos do Município de Dumont, mostra-se contrária aos ditames constitucionais"* (fls. 70/90).

É o relatório.

2. Estabelece a Lei nº 1.764/18, do Município de Dumont, que:

***"Art. 1º** – Institui-se o Adicional de Escolaridade ao Servidor Público do Quadro de Cargos de Provimento Efetivo, regido pela Lei 1.236 de 14 de setembro de 1999 e pelas Leis Complementares 83/2006, 93/2009, 98/2000, 104/2011, 105/2011, 109/2012, 112/2013, 118/2013, 120/2014, 126/2015, 130/2016 e 136/2017, em observância a sua escolaridade, fazendo jus a um Adicional, em consonância aos seguintes critérios:*

I – Ensino Fundamental Completo;

Acesso ao Sumário

II – Ensino Médio;

III – Ensino Superior;

IV – Pós-Graduação;

V – Mestrado;

VI – Doutorado.

***§ 1º** Nos cargos em que se exige habilitação no Ensino Fundamental Incompleto serão concedidos os seguintes adicionais:*

I – Ensino Fundamental Completo	*Adicional de 3% (três pontos percentuais);*
II – Ensino Médio Completo	*Adicional de 4% (quatro pontos percentuais);*
III – Ensino Superior Completo	*Adicional de 5% (cinco pontos percentuais).*

***§ 2º** Nos cargos em que se exige a habilitação no Ensino Fundamental Completo serão concedidos os seguintes adicionais:*

I – Ensino Médio Completo	*Adicional de 4% (quatro pontos percentuais);*
II – Ensino Superior Completo	*Adicional de 5% (cinco pontos percentuais);*
III – Pós Graduação	*Adicional de 6% (seis pontos percentuais).*

***§ 3º** Nos cargos em que se exige a habilitação no Ensino Médio serão concedidos os seguintes adicionais:*

I – Ensino Superior Completo	*Adicional de 5% (cinco pontos percentuais);*
II – Pós Graduação	*Adicional de 6% (seis pontos percentuais);*
III – Mestrado	*Adicional de 7% (sete pontos percentuais).*

***§ 4º** Nos cargos em que se exige habilitação no Ensino Superior serão concedidos os seguintes adicionais:*

I – Pós Graduação	*Adicional de 6% (seis pontos percentuais);*
II – Mestrado	*Adicional de 7% (sete pontos percentuais);*
III - Doutorado	*Adicional de 8% (oito pontos percentuais).*

***§ 5º** Para fazer jus ao Adicional o servidor deve obrigatoriamente, apresentar o comprovante de escolaridade exigido, expedido por Instituição de Ensino legalmente reconhecida.*

***§ 6º** O Adicional de Escolaridade será calculado com o devido percentual sobre o vencimento básico do referido padrão e classe do servidor, sendo que o percentual não é cumulativo.*

***§ 7º** A obtenção de Adicional conforme a conclusão de curso de Ensino superior somente se dará se neste houver conteúdo relacionado às atribuições do referido cargo.*

***§ 8º** O direito ao Adicional Pós Graduação lato sensu, será concedido ao*

Acesso ao Sumário

servidor que o fizer na área em que estiver investido.

***§ 9º** O adicional de escolaridade incorpora-se ao vencimento para fins de aposentadoria, sendo parcela de caráter remuneratório permanente, e desta forma a contribuição previdenciária é obrigatória.*

***§ 10** O adicional de que trata este artigo não será concedido quando o curso constituir requisito para ingresso no cargo.*

***Art. 2º** – As despesas decorrentes da execução desta Lei serão atendidas pelas dotações orçamentárias próprias.*

***Art. 3º** – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação"* (fls. 12/4).

3. De proêmio, registre-se que assiste razão à i. Procuradoria-Geral de Justiça no que concerne ao parcial conhecimento da presente ação.

Consoante bem explicitado em precedente recentíssimo deste Colendo Tribunal pleno, "ressalvando-se as normas de reprodução obrigatória, o **controle de constitucionalidade** no âmbito da Justiça Estadual, opera-se **apenas** e **tão somente** em relação à **Constituição do Estado**. Este o **parâmetro de controle** (*'... paradigma constitucional sob o qual se realiza o controle'* – **DALTON SANTOS MORAIS** – 'Controle de Constitucionalidade' – Ed. Podivm – 2010 – p. 57) validamente considerado para o exame da constitucionalidade de **Lei Municipal**.

(...)

Leitura diversa implicaria em violação ao **art. 125, § 2º, da Constituição Federal** e aos **arts. 74, inciso VI e 90 da Constituição Estadual**, além de configurar usurpação da **competência exclusiva do Eg. Supremo Tribunal Federal** para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (**art. 102, inciso I, alínea 'a', da Carta da República**).

(...)

Destarte, quanto à ofensa a **Lei Orgânica Municipal não** tem respaldo a pretensão do autor. Afronta à LOM **não** configura inconstitucionalidade, e sim **ilegalidade**" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2003301-91.2018.8.26.0000, Rel. o conspícuo Des. Evaristo dos Santos, j. em 29.08.2018).

Não se há conhecer, assim, das alegações contidas na exordial que se fundamentem na Lei Complementar nº 101/2000 *("Lei de Responsabilidade Fiscal")*, porquanto incabível no âmbito da presente ação a utilização de normas estranhas ao Supremo Pacto deste Estado-membro como parâmetro de constitucionalidade da aludida lei municipal.

4. Ponderou, ademais, o ilustre Subprocurador-Geral de Justiça, Dr. Wallace Paiva Martins Junior:

*"... as gratificações previstas violam os artigos 111 e 128 da Constituição Bandeirante, cognoscíveis em atenção ao conceito de **causa de pedir aberta**, inerente ao contencioso direto de constitucionalidade de lei ou ato normativo (RTJ 200/91), que torna possível o contraste da norma contestada com outros*

Acesso ao Sumário

preceitos da Constituição Estadual ainda que não indicados na petição inicial.

Ora, as vantagens pecuniárias são acréscimos permanentes ou efêmeros ao vencimento dos servidores públicos, compreendendo adicionais e gratificações.

Enquanto o adicional significa recompensa ao tempo de serviço (ex facto temporis) ou retribuição pelo desempenho de atribuições especiais ou condições inerentes ao cargo (ex facto officii), a gratificação constitui recompensa pelo desempenho de serviços comuns em condições anormais ou adversas (condições diferenciadas do desempenho da atividade – propter laborem) ou retribuição em face de condições pessoais ou situações onerosas do servidor (propter personam) [Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2001, 26ª ed., p. 449; Diógenes Gasparini. Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 13ª ed., p. 233; Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 3ª ed., p. 760].

Se tradicional ensinança assinala que 'o que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo do 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' (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2001, 26ª ed., p. 452), agrega-se a partir de uma distinção mais aprofundada que 'a gratificação é uma vantagem relacionada a circunstâncias subjetivas do servidor, enquanto o adicional se vincula a circunstâncias objetivas. (...) dois servidores que desempenhem um mesmo cargo farão jus a adicionais idênticos. Já as gratificações serão a eles concedidas em vista das características individuais de cada um. No entanto, é evidente que tais gratificações se sujeitam ao princípio da isonomia, de modo a que dois servidores que apresentem idênticas circunstâncias objetivas farão jus a benefícios iguais' (Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 3ª ed., p. 761).

Ou seja, os adicionais são compensatórios dos encargos decorrentes de funções especiais apartadas da atividade administrativa ordinária e as gratificações dos riscos ou ônus de serviços comuns realizados em condições extraordinárias. Com efeito, 'se o adicional de função (ex facto officii) tem em mira a retribuição de uma função especial exercida em condições comuns, a gratificação de serviço (propter laborem) colima a retribuição do serviço comum prestado em condições especiais' (Wallace Paiva Martins Junior. Remuneração dos agentes públicos, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85).

Ademais, oportuno pontuar que 'as vantagens pecuniárias, sejam adicionais, sejam gratificações, não são meios para majorar a remuneração dos servidores, nem são meras liberalidades da Administração Pública. São acréscimos remuneratórios que se justificam nos fatos e situações de interesse da Administração Pública' (Diógenes Gasparini. Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2008, 13ª ed., p. 233).

Acesso ao Sumário

(...)

No tocante ao 'adicional de escolaridade' (análoga à 'gratificação de nível universitário'), considera-se um ***acréscimo pecuniário ex facto officci pelo desempenho de funções especiais****. A respeito do assunto, assim se posiciona a doutrina:*

'é de se observar que não basta seja o servidor titular de diploma de curso superior para o auferimento da vantagem de nível universitário; é necessário que esteja desempenhando função ou exercendo cargo para o qual se exige o diploma de que é portador. O que a Administração remunera não é a habilitação universitária em si mesma; é o trabalho profissional realizado em decorrência dessa habilitação, e da qual se presume maior perfeição técnica e melhor rendimento administrativo' (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 2009, 35ª ed., pp. 499-500).

Feitas estas considerações, evidencia-se que a denominado 'adicional de escolaridade', instituída indistinta e genericamente para todos os servidores públicos do Município de Dumont, mostra-se contrária aos ditames constitucionais.

A vantagem pecuniária destinada aos servidores que possuem determinado nível de escolaridade (fundamental, médio ou superior) ***deve estar relacionada às funções exercidas.***

A norma impugnada confere o direito ao adicional de escolaridade a todos os servidores públicos municipais, apenas graduando de acordo com o nível de escolaridade, ***não exigindo a correlação com as funções exercidas.***

Destarte, para que fosse constitucional, a gratificação instituída somente poderia ser concedida nas hipóteses em que o aprendizado escolar estivesse relacionada às funções desempenhadas. Enfim, jamais poderia ser instituído ***genericamente,*** *a todos os servidores,* ***sem qualquer relação com as funções públicas desempenhadas.***

Entendimento contrário equivaleria, na prática, à fixação de benefício sem indicação de fundamento, e iria de encontro, ademais, ao disposto no art. 128 da Constituição do Estado, pelo qual 'as vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas por lei e quando atendam efetivamente ao interesse público e às exigências do serviço', bem como os princípios da igualdade, da razoabilidade e da moralidade, previstos no art. 111 da Constituição Paulista.

A vantagem pecuniária deve ser orientada única e exclusivamente à valorização do profissional cujo grau de escolaridade tenha aderência ou relação lógica e direta com o plexo de funções elementares ao cargo, bem como não pode ser outorgada a cargo cuja habilitação a exija.

Enfim, além da violação da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, a norma impugna também afronta o disposto nos artigos 111 e 128 da Constituição Estadual" (fls. 85/90).

Ocorre que, com enorme respeito ao que sustentou o preclaro Procurador de Justiça, não há incompatibilidade material entre a Lei nº 1.768/18, do

Acesso ao Sumário

Município de Dumont, e a Constituição estadual, tendo em vista que citada gratificação **não foi concedida indistintamente a todos os servidores públicos municipais**.

Com efeito, depreende-se da leitura da norma hostilizada que o *"adicional de escolaridade"* foi direcionado aos funcionários ocupantes de cargos efetivos e, quando se referir à conclusão de ensino superior, somente *"se dará se neste houver conteúdo relacionado às atribuições do referido cargo"* (artigo 1º, § 7º). Se relativo à obtenção de diploma de pós-graduação ***lato sensu*** *"será concedido ao servidor que o fizer na área em que estiver investido"* (artigo 1º, § 8º).

Ademais, consignou-se que *"o adicional (...) não será concedido quando o curso constituir requisito para ingresso no cargo"* (artigo 1º, § 9º).

5. Impende ressaltar ainda que, ao contrário do que afirma o i. requerente, este Augusto Tribunal pleno já deliberou que "a ausência de previsão de dotação orçamentária não implica a existência de vício de inconstitucionalidade, mas apenas a inexequibilidade da lei no exercício orçamentário em que aprovada.

É pacífico o entendimento segundo o qual a falta de especificação da fonte de recursos pode resultar apenas a não implementação da norma no mesmo exercício em que posta em vigor, mas desde logo providenciada a inserção de recursos no exercício seguinte" (Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2253215-77.2017.8.26.0000, Relator o doutíssimo Des. João Carlos Saletti, j. em 01.08.2018).

Destarte, não se vislumbram vícios de ordem material na norma objurgada.

6. Todavia, outro viés impõe a procedência da ação.

Como cediço, 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 determina, em seu artigo 24, § 2º, itens 1 e 4, que compete exclusivamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de propostas legislativas que versam sobre a fixação da remuneração dos servidores públicos, bem como seu regime jurídico.

E o diploma legal ora tratado, que, como visto, instituiu *"adicional de escolaridade"* aos servidores públicos municipais, é oriundo de processo legiferante deflagrado por Vereadores do Município de Dumont, consoante cópia do trâmite do Projeto de Lei que ensejou a edição da lei ora vergastada (fls. 26/9).

Frise-se que citado benefício pecuniário incrementa a remuneração dos agentes públicos municipais, incorporando-se a ela inclusive para fins de aposentadoria. Conforme disposto no artigo 1º, § 9º, da lei objurgada, trata-se de *"parcela de caráter remuneratório permanente"*.

Referida lei municipal condensa, portanto, matéria cuja iniciativa

legislativa é privativa do Alcaide e, por tal razão, está eivada de vício, uma vez que viola o preceito fundamental da separação de poderes, invadindo esfera de atuação específica do Poder Executivo municipal.

Nessa esteira também já decidiu este Colendo Órgão Especial:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Propositura fundada na edição de Lei Municipal nº 2.800, de 18 de junho de 2013, que criou 'prêmio por assiduidade aos funcionários públicos municipais que não faltarem ao trabalho por um período de sessenta (60) dias, respeitando sábados, domingos, feriados e pontos facultativos' e na Lei Municipal nº 2.844, de 25 de outubro de 2013, que procedeu à alteração do parágrafo 1º e incluiu os parágrafos 3º e 4º. Leis votadas e aprovadas pela Câmara Municipal de Borborema na gestão anterior. Vício de iniciativa e ofensa ao princípio da separação dos poderes. Versando a norma impugnada sobre remuneração de servidores públicos, cuja iniciativa é reservada ao Chefe do Executivo, não poderia o Legislativo interferir nessa matéria para instituir o questionado benefício pecuniário. Afronta, ainda, aos princípios da moralidade, razoabilidade e finalidade, bem como à exigência do serviço e ao interesse público. Inconstitucionalidade manifesta. Inteligência dos artigos 24, parágrafo 2º, alíneas 1 e 4; 111, 128 e 144 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente, com efeito ex tunc, ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé até a data do julgamento desta ação" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2080723-79.2017.8.26.0000, Relator o nobre Des. Sérgio Rui, j. em 16.08.2017).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 2.082, DE 15 DE ABRIL DE 1991, DO MUNICÍPIO DE MOCOCA/SP, QUE 'AUTORIZA O SR. PREFEITO MUNICIPAL A ESTENDER AOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS OS BENEFÍCIOS DO VALE TRANSPORTE GRATUITO', E, POR ARRASTAMENTO, DA LEI MUNICIPAL Nº 4.404, DE 03 DE ABRIL DE 2014, QUE AUTORIZA O PAGAMENTO EM PECÚNIA DO BENEFÍCIO – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL – INVIABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA – LEI QUE DISCIPLINA MATÉRIA RELACIONADA A REGIME JURÍDICO E REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS, CUJA INICIATIVA CABE EXCLUSIVAMENTE AO CHEFE DO EXECUTIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 24, § 2º, ITENS 1 E 4, E 144, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – PRECEDENTES – PRETENSÃO PROCEDENTE" (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2189756-04.2017.8.26.0000, Relator o insigne Des. Francisco Casconi, j. em 21.02.2018).

7. Por derradeiro, não obstante a lei guerreada figure no ordenamento jurídico de Dumont há cerca de quatro meses, despicienda a modulação dos efeitos da presente deliberação, tendo em vista que o Exmo. Sr. Prefeito da localidade expediu o Decreto nº 2.067, publicado aos 29 de agosto de 2018, informando que *"a Administração Pública Municipal deixará de cumprir a*

Acesso ao Sumário

Lei Municipal nº 1.764, de 22 de agosto de 2018, até que o Poder Judiciário devidamente provocado decida a respeito" (fls. 18/9).

8. Diante do exposto, **conheço parcialmente da ação** e, na parte conhecida, **a julgo procedente** para declarar inconstitucional a Lei nº 1.764/2018, do Município de Dumont.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2185996-13.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS.

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 34.054)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI e JOÃO CARLOS SALETTI.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CARGOS EM COMISSÃO DE 'CHEFE DE DIVISÃO JURÍDICA', 'CHEFE DE DIVISÃO ADMINISTRATIVA', 'CHEFE DE DIVISÃO DE CONTABILIDADE', 'CHEFE DE DIVISÃO DE TESOURARIA', 'CHEFE DE DIVISÃO DE COMPRAS', 'CHEFE DE DIVISÃO DE AÇÃO SOCIAL', 'CHEFE DE DIVISÃO INDUSTRIAL', 'CHEFE DE DIVISÃO DE

OBRAS', 'CHEFE DE DIVISÃO DE PROJETOS', PREVISTOS NOS ANEXOS V E VII DA LEI Nº 13.706, DE 08 DE DEZEMBRO DE 2005, COM AS ALTERAÇÕES DADAS PELAS LEIS NºS 14.215, DE 19 DE SETEMBRO DE 2007, 14.843, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2008, 16.510, DE 06 DE MARÇO DE 2013, E 18.431, DE 06 DE DEZEMBRO DE 2017, TODAS DO MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS/SP – POSTERIOR EDIÇÃO DA LEI MUNICIPAL Nº 18.800, DE 21 DE SETEMBRO DE 2018, QUE REVOGA OS CARGOS IMPUGNADOS – PARECER MINISTERIAL TAMBÉM PUGNANDO PELO RECONHECIMENTO DA PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA AÇÃO – PRECEDENTES – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

VOTO

Ação de inconstitucionalidade voltada contra criação dos cargos de provimento em comissão denominados "Chefe de Divisão Jurídica", "Chefe de Divisão Administrativa", "Chefe de Divisão de Contabilidade", "Chefe de Divisão de Tesouraria", "Chefe de Divisão de Compras", "Chefe de Divisão de Ação Social", "Chefe de Divisão Industrial", "Chefe de Divisão de Obras", "Chefe de Divisão de Projetos", previstos nos Anexo V e VII da Lei nº 13.706, de 08 de dezembro de 2005, com as alterações dadas pelas Leis nºs 14.215, de 19 de setembro de 2007, 14.843, de 18 de dezembro de 2008, 16.510, de 06 de março de 2013, e 18.431, de 06 de dezembro de 2017, todas do Município de São Carlos/SP.

Delineada ***causa petendi*** repousa na alegada inconstitucionalidade material dos atos impugnados, consistente na criação de cargos de provimento em comissão, de livre nomeação e exoneração, contendo descrição de atribuições meramente burocráticas e profissionais, o que impõe investidura para cargo de provimento efetivo, daí decorrendo ofensa a dispositivos diversos da Constituição Bandeirante (artigos 111 e 115, incisos II e V, bem como 144). Alega-se ainda, quanto ao cargo de "Chefe de Divisão Jurídica", que o recrutamento é reservado ao sistema de mérito por envolver atividades próprias da advocacia pública.

Processado o feito nos termos ordenados a fls. 181/182, informações prestadas pelo Prefeito Municipal a fls. 193/202 afirmando, em resumo, que nenhum dos cargos impugnados encontra-se ocupado, ao passo que houve realização de concurso público para o cargo de procurador jurídico.

Acesso ao Sumário

Acrescentou, ainda, que sobreveio a vigência da Lei Municipal nº 18.800, de 21 de setembro de 2018, que revogou a Lei nº 13.706, de 08 de dezembro de 2005, a qual disciplinava a organização administrativa, bem como instituía o Plano de Empregos e Remuneração da Progresso e Habitação de São Carlos S.A. – PROHAB/São Carlos, concluindo pela perda do objeto. No mérito, acrescentou ser desnecessária a previsão de lei em sentido estrito para criação de cargos em comissão em sociedades de economia mista.

A mesma tese de perda do objeto processual foi sustentada pela Câmara Municipal de São Carlos, nas informações acostadas a fls. 277/278.

Citado, o Procurador-Geral do Estado manifestou-se a fls. 263/268, limitando-se a defender a higidez do cargo de "Chefe de Divisão Jurídica", enquanto os demais questionados se inserem no âmbito do interesse exclusivamente local.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer encartado a fls. 285/290, pugnou pela extinção do feito sem análise do mérito.

É o Relatório do essencial.

Pretensão deduzida busca extirpar do ordenamento jurídico nove cargos de provimento em comissão, denominados "Chefe de Divisão Jurídica", "Chefe de Divisão Administrativa", "Chefe de Divisão de Contabilidade", "Chefe de Divisão de Tesouraria", "Chefe de Divisão de Compras", "Chefe de Divisão de Ação Social", "Chefe de Divisão Industrial", "Chefe de Divisão de Obras", "Chefe de Divisão de Projetos", previstos nos Anexos V e VII da Lei nº 13.706, de 08 de dezembro de 2005, com as alterações dadas pelas Leis nºs 14.215, de 19 de setembro de 2007, 14.843, de 18 de dezembro de 2008, 16.510, de 06 de março de 2013, e 18.431, de 06 de dezembro de 2017, todas do Município de São Carlos/SP.

Aludidos cargos estavam inseridos na estrutura administrativa da pessoa jurídica denominada "Progresso e Habitação de São Carlos S.A. – PROHAB/São Carlos", nos termos da Lei Municipal nº 13.706, de 08 de dezembro de 2005.

Ocorre que, durante o curso do presente feito, foi editada a Lei nº 18.800, de 21 de setembro de 2018, do Município de São Carlos/SP, que *"dispõe sobre a organização administrativa da Progresso e Habitação de São Carlos S.A. – PROHAB/São Carlos, revoga a Lei Municipal nº 13.706 de 08 de dezembro de 2005, e dá outras providências"* (fls. 251/261), a qual, no que interessa, revogou os cargos em comissão impugnados na inicial.

Tal circunstância implica verdadeira perda do objeto da ação, esvaído o interesse processual em seu aspecto de utilidade/necessidade, consoante jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, ***verbis***:

"Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 15.227/2006 do Estado do

Paraná objeto de fiscalização abstrata. 3. Superveniência da Lei estadual 15.744/2007 que, expressamente, revogou a norma questionada. 4. Remansosa jurisprudência deste Tribunal tem assente que sobrevindo diploma legal revogador ocorre a perda de objeto. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade prejudicada".

(STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.885/PR, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 06 de junho de 2013).

O entendimento deste C. Órgão Especial converge no mesmo sentido, conforme se afere nos seguintes julgados:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS E EXPRESSÕES DAS LEIS NºS 2063/2002, 2134/2003, 2260/2005 E 2762/2011. ***INFORMAÇÕES DANDO NOTÍCIAS DE REVOGAÇÃO DAS NORMAS IMPUGNADAS POR ESTA VIA. AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR POR PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO.*** *AÇÃO EXTINTA, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 485, VI DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL."*

(TJ/SP. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2064293-52.2017.8.26.0000, Rel. Des. XAVIER DE AQUINO, j. em 09 de agosto de 2017, destacado).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Alínea 'd' do artigo 67 e do inciso IV do artigo 68, da Lei Complementar nº 138, de 12 de março de 2010, na redação dada pela Lei Complementar nº 291, de 10 de dezembro de 2015, que 'dispõe sobre a reestruturação do Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, dos servidores públicos do Município de Embu e dá outras providências' e, por arrastamento, do Decreto Municipal nº 953, de 02 de junho de 2015, do Município de Embu das Artes – ***Dispositivos revogados pela Lei Complementar nº 330, de 09 de junho de 2017, do Município de Embu das Artes – Perda superveniente do objeto da ação e, por consequência, do interesse de agir*** *– Eventuais efeitos concretos dos dispositivos revogados deverão ser examinados pela via própria – 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."*

(TJ/SP. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2055397-20.2017.8.26.0000, Rel. Des. RICARDO ANAFE, j. em 09 de agosto de 2017, destacado).

Diante do exposto, julgo extinto o processo sem resolução de mérito, nos termos dos artigos 485, VI, e 493 do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2198650-32.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.015)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA 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, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE da Lei nº 7.060, de 04 de julho de 2012, do Município de Guarulhos, de iniciativa parlamentar, que "dispõe sobre a criação do Serviço de Assistência Religiosa – CAPELANIA e dá outras providências". Inocorrência de ofensa ao artigo 25 da Constituição Estadual, que possa decorrer da edição da norma sem a devida previsão orçamentária. Promulgação de lei sem a especificação de dotação orçamentária ou indicação de sua fonte de custeio que impede, quando muito, a exequibilidade dentro do mesmo exercício. Norma guerreada que não viola o princípio da laicidade estatal, na medida em que, consoante se colhe de seu texto, trata-se de serviço que tem por objetivo prestar assistência religiosa e espiritual aos integrantes da Secretaria para Assuntos de Segurança Pública e seus familiares, sempre que houver solicitação, respeitando-se as normas de cada denominação religiosa e a liberdade

Acesso ao Sumário

de consciência e de crença, prevista no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade que decorre da invasão em matéria reservada ao Executivo. Ofensa aos artigos 5º, 24, § 2º, 2, 47, II, XIV e XIX, "a", da Carta Bandeirante, aplicável aos Municípios por força do art. 144 da citada Carta. Ação procedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 7.060, de 04 de julho de 2012, do Município de Guarulhos, de iniciativa parlamentar, que "dispõe sobre a criação do Serviço de Assistência Religiosa – CAPELANIA e dá outras providências. Alega o autor que a norma impugnada é inconstitucional porque apresenta vício formal e material: o primeiro deles porque se imiscui na prática de atos de administração, afetando a execução do orçamento e agredindo a prerrogativa de auto-organização do Poder Executivo Municipal, contrariando os arts. 5º, § 1º, 25, 47, II, XI, XIV e 144, todos da Constituição Paulista; o segundo, vício material, pois viola a norma a competência privativa do Chefe do Poder Executivo para apresentar projetos de lei sobre a criação, estrutura, atribuições e funcionamento dos órgãos e serviços públicos da administração pública municipal, tratando-se de iniciativa privativa e indelegável, não sendo permitido ao Legislativo impulsionar projetos relativamente a essa matéria; acrescenta cuidar-se de estado laico, ferindo a norma os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e também da igualdade, não podendo o Executivo transformar-se em mero cumpridor de determinação do Legislativo.

Processado sem liminar, manifestou o d. Procurador Geral de Justiça desinteresse na defesa do ato (fls. 57/58).

Prestou informações o Presidente da Câmara Municipal de Guarulhos, batendo-se pela constitucionalidade da norma (fls. 60/66).

Parecer da *i.* Procuradoria Geral de Justiça, pela procedência do pedido (fls. 70/86).

É o relatório.

Procede a ação.

Com efeito, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei nº 7.060, de 04 de julho de 2012, do Município de Guarulhos, de iniciativa parlamentar, que "dispõe sobre a criação do Serviço de Assistência Religiosa – CAPELANIA e dá outras providências" e tem o seguinte texto:

> "Art. 1º Fica criado o Serviço de Assistência Religiosa – CAPELANIA, que tem por objetivo prestar assistência religiosa e espiritual aos integrantes da Secretaria para Assuntos de Segurança

Acesso ao Sumário

Pública e seus familiares, sempre que houver solicitação, respeitando-se as normas de cada denominação religiosa e a liberdade de consciência e de crença, prevista no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal.

Art. 2º O Serviço de Assistência Religiosa – CAPELANIA será composto por servidores da Secretaria para Assuntos de Segurança Pública e voluntários, pertencentes às denominações religiosas presentes no País, com número considerável de adeptos na referida Secretaria, respeitando-se as normas de cada denominação religiosa e a liberdade de consciência e de crença.

Art. 3º O Serviço de Assistência Religiosa – CAPELANIA será coordenado pela Secretaria para Assuntos de Segurança Pública.

Art. 4º O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar de sua publicação.

Art. 5º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias consignadas em Orçamento, suplementadas se necessário.

Art. 6º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.".

Não se verifica, por primeiro, ofensa ao artigo 25 da Constituição Estadual, que possa decorrer da edição da norma sem a devida previsão orçamentária.

É que esta Corte, por seu Colendo Órgão Especial firmou entendimento no sentido de que a promulgação de lei sem a especificação de dotação orçamentária ou indicação de sua fonte de custeio impede, quando muito, a exequibilidade dentro do mesmo exercício. Neste sentido, aliás, confira-se julgado da lavra do e. Desembargador Márcio Bartoli[1] que assim deixou assente:

*"Neste sentido dispõe a própria Constituição do Estado, que veda, em seu artigo 176, **o início** de programas, projetos e atividades não incluídos na 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.*

A impossibilidade de concretização da norma no orçamento vigente representaria, portanto, caso de mera inexequibilidade da norma, fundamento que, todavia, não se prestaria a torná-la inconstitucional. Neste sentido, firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que afirma reiteradamente que a mera carência de dotação orçamentária específica não pode conduzir ao reconhecimento da existência de vício de constitucionalidade, importando, no máximo, a inexequibilidade da norma no exercício orçamentário em que aprovada. A este título, veja-se o voto do Ministro Nelson Jobim, relator da ADI 2.343:..."

Igualmente não viola a lei guerreada o princípio da laicidade estatal, na

1 ADI 2090007-48.2016.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, j. em 10/08/2016

Acesso ao Sumário

medida em que, consoante se colhe de seu texto, trata-se de serviço que tem por objetivo prestar assistência religiosa e espiritual aos integrantes da Secretaria para Assuntos de Segurança Pública e seus familiares, **sempre que houver solicitação, respeitando-se as normas de cada denominação religiosa e a liberdade de consciência e de crença, prevista no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal.**

Observa-se, pois, que a norma objurgada não demonstra preferência ou tendência para nenhuma religião ou culto, de tal sorte a servir a todos que necessitarem da prestação do serviço de assistência moral e espiritual, inclusive àqueles que não profetizem nenhuma religião.

Mas peca a lei em comento, ao dispor sobre matéria de competência reservada ao Alcaide, na medida em que cria órgão público, atribuindo a Secretarias do Município a sua execução e, como bem assinalado no lúcido parecer de fls. 70/86, ***in verbis: "criando verdadeiro programa governamental****, em confronto com a ordem constitucional, por violar o princípio da separação dos poderes previstos nos arts. 5º, 24, § 2º, 2 e 47, II, XIV, XIX, 'a', da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Carta Paulista..."*

Neste passo, o artigo 24, § 2º, n. 2, da Constituição do Estado de São Paulo, dispõe que *"A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição"* (*caput*), competindo exclusivamente *"ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre: ...;* ***2 – criação e extinção*** *das Secretarias de Estado* ***e órgãos da administração pública****, observado o disposto no art. 47, XIX;..."*.

E o artigo 47, incisos II, XIV e XIX, "a", cuida de matéria reservada ao Chefe do Executivo, estabelecendo a ele competir o exercício da direção superior da administração Estadual (art. 47, II), a prática dos demais atos da administração nos limites da competência do Executivo (art. 47, XIV) e dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração estadual... (art. 47, XIX, "a").

Não é dado ao Legislativo, pois, exercer atos típicos de gestão e administração do Município, consoante ensina 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*

Acesso ao Sumário

locais, apenas 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. (...) A interferência de um Poder no outro é ilegítima, por atentatória à separação institucional de suas funções (CF, art. 2º).” (Direito Municipal Brasileiro, 1ª ed, São Paulo, Malheiros. 2000. p. 506-507 – ADIN 152220-0/9-00).

Portanto, ao criar o serviço de assistência religiosa denominado “Capelania”, ainda que se reconheça o cunho social de amparo moral e espiritual aos que ali se socorrem, invadiu o Legislativo a reserva da administração previstas nos suso mencionados dispositivos constitucionais, maculando de inconstitucionalidade a norma objurgada.

Neste sentido, aliás, confira-se:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 3.594, DE 29 DE MAIO DE 2018, DO MUNICÍPIO DE PITANGUEIRAS, QUE ‘DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DO FUNDO MUNICIPAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DOS ANIMAIS – FMPDA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS’ – NORMA DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE AUTORIZA A CRIAÇÃO DE FUNDO MUNICIPAL SUBORDINADO À SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE, INDÚSTRIA E COMÉRCIO – ATO TÍPICO DE ADMINISTRAÇÃO, CUJO EXERCÍCIO CABE AO PREFEITO – VÍCIO DE INICIATIVA E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO LOCAL – AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, 47, INCISOS II E XIV, 144, 174, INCISO III, § 4º, ITEM 1, E 176, INCISO IX, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – AÇÃO PROCEDENTE”. “A instituição de fundos depende de prévia autorização legislativa, nos termos do artigo 176, inciso IX, da Constituição Paulista, e sua implantação deve estar incluída na lei orçamentária anual, cuja iniciativa é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, a teor do disposto no artigo 174, inciso III c.c. § 4º, item 1, do mesmo diploma”. “A ingerência da Câmara Municipal na esfera de competência exclusiva do Prefeito implica transgressão ao princípio da independência e harmonia entre os poderes previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Estadual”. “A ausência de especificação de fonte de custeio apenas conduz à inexequibilidade da norma no ano em que foi aprovada, não traduzindo infringência ao disposto no artigo 25 da Constituição Estadual”. (ADI nº 2166070-46.2018.8.26.0000, Rel. RENATO SARTORELLI, j. em 14/11/2018).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Leis municipais de iniciativa parlamentar que criaram e dispuseram sobre o ‘Conselho

Acesso ao Sumário

Municipal de Trânsito e Transporte' no Município de Guarujá, órgão vinculado à Secretaria de Defesa e Convivência Social dessa cidade. Determinação para que o Poder Executivo municipal providencie os 'meios necessários para o seu funcionamento', bem como designe servidores públicos para a composição do Conselho. Vício de iniciativa configurado. Matéria legislativa de impulso privativo do Prefeito Municipal, nos termos do artigo 24, § 2º, item 2, da Constituição Estadual. Afronta ao princípio da separação de poderes (artigo 5º, da Carta Constitucional estadual). Ação procedente. (ADI 2192945-87.2017.8.26.0000, Rel. GERALDO WOHLERS, j. em 04 de abril de 2018).

Diante do exposto, ***JULGO PROCEDENTE*** a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.060, de 04 de julho de 2012, do Município de Guarulhos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2089347-83.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO MUNICIPAL DE MACATUBA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE MACATUBA.

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 31282)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 2.729, de 03 de maio de 2018, de iniciativa parlamentar, que dispõe "sobre a proibição de cobrança de taxa de religação de energia elétrica

e de água, em caso de corte de fornecimento por falta de pagamento". 1) Política tarifária de energia elétrica. Usurpação da competência privativa da União (interferência nas relações jurídico-contratuais entre o Poder Concedente Federal e as empresas concessionárias). Violação do Pacto Federativo (arts. 21, XII, "b", 22, IV e 175 da CF), cuja observância é obrigatória para os Estados e Municípios (arts. 1º e 18 da Constituição Federal e art. 144 da Constituição do Estado). Patente, pois, a incompetência municipal para legislar sobre a matéria. 2) Política tarifária de água. Norma municipal que, a despeito de tratar de interesse local, invadiu a competência privativa do Chefe do Executivo no exercício da direção da Administração Pública Municipal e da prática dos atos administrativos, de legislar sobre serviço público e de fixar/alterar o valor da remuneração devida por sua prestação. Vício de iniciativa configurado. Ofensa ao princípio da Separação dos Poderes. Violação dos arts. 5º, 47, incisos II, XI, XIV e XVIII, 120, 144 e 159 da Constituição Paulista.

Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 2.729, de 03 de maio de 2018 do Município de Macatuba.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Prefeito Municipal de Macatuba/SP, tendo como objeto a Lei nº 2.729, de 03 de maio de 2018, daquele Município, a qual "DISPÕE SOBRE A PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE TAXA DE RELIGAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE ÁGUA, EM CASO DE CORTE DE FORNECIMENTO POR FALTA DE PAGAMENTO."

Afirma o autor, em síntese, que a norma em questão, promulgada pela Câmara Municipal, mesmo após seu veto total, padece de vício de iniciativa e viola a Separação dos Poderes. Esclarece que a lei disciplina a relação do Município com as empresas concessionárias de serviços públicos de fornecimento de água e energia elétrica, matéria que só poderia ser tratada por iniciativa do Chefe do Executivo, a quem incumbe a direção superior da Administração Municipal. Acrescenta que há invasão da competência do Poder Executivo pelo Legislativo, eis que as regras previstas na lei em debate levariam necessariamente à alteração

Acesso ao Sumário

dos contratos públicos firmados com as atuais prestadoras dos serviços de fornecimento de água e energia elétrica, não havendo dúvida de que a definição dos termos dos contratos públicos firmados com concessionárias é competência constitucionalmente atribuída ao Chefe do Executivo. Aduz, outrossim, que a alteração em voga levará ao desequilíbrio econômico-financeiro dos pactos já firmados e, por conseguinte, ao desequilíbrio das contas públicas, salientando não ter sido indicada a origem dos recursos a serem empregados para alcançar o reequilíbrio dos contratos. Por fim, refere que a Constituição Federal atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre energia elétrica e sobre a concessão dos serviços relacionados a energia elétrica, o que claramente alcança a questão da taxa de religação. Pede, assim, a declaração de inconstitucionalidade da Lei 2.729/18, por violação aos arts. 5º; 24, § 2º, "2"; 47, incs. II, XI, XIV e XIX, "a"; 119; 120; e 144, todos da Constituição Estadual, bem assim a liminar suspensão da sua eficácia, ante a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

A liminar requerida restou deferida às fls. 60/62, por vislumbrar, o ilustre relator sorteado, Desembargador João Negrini Filho, o preenchimento cumulativo do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, sob o fundamento de que: *"Considerando que a manutenção da vigência e eficácia da lei em tela acarretará perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação, ante a possibilidade de haver prejuízo ao erário com o impedimento da cobrança de taxas de religação dos serviços de fornecimento de água e energia elétrica (cortados em razão de inadimplemento) antes do término deste feito, defiro a liminar pretendida para suspender a eficácia da lei impugnada até o julgamento da presente ação"*.

Citado o Sr. Procurador-Geral do Estado, declinou do interesse na defesa do ato normativo impugnado (fls. 72/73).

Requisitadas informações, o Sr. Presidente da Câmara Municipal de Macatuba se manifestou às fls. 75/88, defendendo a constitucionalidade formal e material da lei vergastada. Na sua análise, a taxa de religação constitui vantagem manifestamente excessiva, que ameaça o equilíbrio contratual e promove a venda casada. Afirmou, ainda, que a Resolução nº 414/10 da ANEEL, que "Estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica de forma atualizada e consolidada", viola o Código de Defesa do Consumidor. Quanto à água, advogou que é de interesse local o tema referente ao serviço de abastecimento.

O i. Procurador-Geral de Justiça manifestou-se, às fls. 92/102, pela procedência do pedido.

É o relatório.

A Lei nº 2.729, de 03 de maio de 2018, do Município de Macatuba, objeto desta ação, apresenta a seguinte redação:

"Artigo 1º – Fica proibida a cobrança de taxa de religação ou

Acesso ao Sumário

restabelecimento do serviço da água e energia elétrica, por parte das concessionárias, no Município de Macatuba, no caso de interrupção do serviço por inadimplência do consumidor, salvo quando a interrupção de sua prestação tenha sido solicitada pelo usuário.

Artigo 2º – A proibição estatuída nesta lei alcança qualquer denominação dada à cobrança, pela prestação dos serviços públicos elencados no artigo anterior.

Artigo 3º – O não cumprimento da presente lei acarretará às empresas infratoras as seguintes penalidades:

I – advertência, na primeira infração;

II – multa no valor correspondente a 200 UFM's, na segunda infração;

III – multa no valor correspondente a 400 UFM's, a partir da terceira infração;

Parágrafo único: Os valores estabelecidos nos incisos II e III deste artigo serão cobrados por infração.

Artigo 4º – O poder Executivo Municipal, ficará encarregado de receber as denúncias e implementar a cobrança das multas.

Artigo 5º – Esta lei estará em vigor na data da sua publicação.

Constata-se, pois, que a lei objurgada proíbe a cobrança de taxa de religação de **energia elétrica** e de **água**, em caso de corte do fornecimento por falta de adimplemento.

No que tange à taxa de religação de ENERGIA ELÉTRICA, a lei em comento é inconstitucional, pois invadiu a competência executiva e legislativa da União, nos termos dos arts. 21, inc. XII[1], alínea b e 22, IV[2], ambos da Constituição Federal, violando, portanto, o pacto federativo.

Tratando-se de matéria cuja regulamentação deve ser uniforme, de âmbito nacional, descabe falar-se em hipótese de interesse local (art. 30, I, da CF) ou de suplementação da legislação federal (art. 30, II, da CF). A questão relativa à proibição de taxa de religação de energia elétrica é matéria de competência do legislador federal, não havendo espaço para ingerência dos Municípios naquilo que a União já definiu no exercício da sua competência legislativa.

Sobre o tema, lição de Hely Lopes Meirelles: *"Dentre os assuntos vedados ao Município, por não se enquadrarem no conceito de 'interesse local', é de se assinalar, a título exemplificativo, a atividade jurídica, a segurança nacional, o serviço postal, a energia em geral, a Informática, o sistema*

Acesso ao Sumário

1 "**Constituição Federal: Art. 21**. Compete à União:
(...)
XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos";

2 "**Constituição Federal: Art. 22.** Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)
IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão";

monetário, a telecomunicação e outros mais, que, por sua própria natureza e fins, transcendem o âmbito local." (n/ grifo)[3].

Registre-se, ainda, que a Constituição Federal determina, em seu art. 175, que o serviço público pode ser prestado diretamente pelo Poder Público ou sob regime de permissão ou concessão. E, no caso da energia elétrica, foi editada a Lei Federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996 que *"Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências"*, de tal sorte que os contratos de concessão relativos ao fornecimento de energia elétrica são firmados exclusivamente pela União, sendo vedado, portanto, aos Municípios interferirem, como no caso dos autos, nos contratos entabulados pela União e os prestadores do serviço público federal, mesmo que a interferência seja alegadamente para o bem do consumidor.

Portanto, não obstante a Constituição da República assegure aos Municípios autonomia político-administrativa (arts. 1º e 18 da CF), referida autonomia não ostenta caráter absoluto, eis que devem ser atendidos as balizas e princípios constitucionais de âmbito estadual e federal, como previsto nos arts. 29 e 30 da Constituição Federal e art. 144 da Constituição Estadual.

Indene de dúvidas, pois, que não podem os Municípios interferir na competência da União para disciplinar a relação jurídica estabelecida com as empresas concessionárias de energia elétrica.

Neste sentido, já se pronunciou o STF, em caso análogo:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Concessão de serviços públicos. Invasão, pelo Estado-membro, da esfera de competência da União e dos Municípios (...) Os Estados-membros – que não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente (quando este for a União Federal ou o Município) e as empresas concessionárias – também não dispõem de competência para modificar ou alterar as condições, que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado pela União (energia elétrica – CF, art. 21, XII, b) (...), de um lado, com as concessionárias, de outro, notadamente se essa ingerência normativa, ao determinar a suspensão temporária do pagamento das tarifas devidas pela prestação dos serviços concedidos (serviços de energia elétrica, sob regime de concessão federal (...), afetar o equilíbrio financeiro resultante dessa relação jurídico-contratual de direito administrativo".[4]

"O sistema federativo instituído pela CF de 1988 torna inequívoco que cabe à União a competência legislativa e administrativa para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (CF, arts. 21, XI e XII, b, e 22, IV). A Lei 3.449/2004 do Distrito Federal, ao

3 Direto Municipal Brasileiro, 18ª ed.. Malheiros, 2017, pag. 144.

4 ADI 2.337 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 20-2-2002.

proibir a cobrança da tarifa de assinatura básica 'pelas concessionárias prestadoras de serviços de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia no Distrito Federal' (art. 1º, *caput*), incorreu em inconstitucionalidade formal, porquanto necessariamente inserida a fixação da 'política tarifária' no âmbito de poderes inerentes à titularidade de determinado serviço público, como prevê o art. 175, parágrafo único, III, da Constituição, elemento indispensável para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, por consequência, da manutenção do próprio sistema de prestação da atividade. Inexiste, *in casu*, suposto respaldo para o diploma impugnado na competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (CF, art. 24, V e VII), cuja interpretação não pode conduzir à frustração da teleologia da referida regra expressa contida no art. 175, parágrafo único, III, da CF, descabendo, ademais, a aproximação entre as figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos, já que o regime jurídico deste último, além de informado pela lógica da solidariedade social (CF, art. 3º, I), encontra sede específica na cláusula 'direitos dos usuários' prevista no art. 175, parágrafo único, II, da Constituição."[5]

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL 12.635/07, DE SÃO PAULO. POSTES DE SUSTENTAÇÃO DA REDE ELÉTRICA. OBRIGAÇÃO DE REMOÇÃO GRATUITA PELAS CONCESSIONÁRIAS EM PROVEITO DE CONVENIÊNCIAS PESSOAIS DOS PROPRIETÁRIOS DE TERRENOS. ENCARGOS EXTRAORDINÁRIOS NÃO PREVISTOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA TESE DE USURPAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS FEDERAIS PARA DISPOR SOBRE O TEMA.

1. Tendo em vista (a) a simplicidade da questão de direito sob exame; (b) a exaustividade das manifestações aportadas aos autos; e (c) a baixa utilidade da conversão do rito inicial adotado para o presente caso, a ação comporta julgamento imediato do mérito. Medida sufragada pelo Plenário em questão de ordem.

2. As competências para legislar sobre energia elétrica e para definir os termos da exploração do serviço de seu fornecimento, inclusive sob regime de concessão, cabem privativamente à União, nos termos dos arts. 21, XII, b; 22, IV e 175 da Constituição. Precedentes.

3. Ao criar, para as empresas que exploram o serviço de fornecimento de energia elétrica no Estado de São Paulo, obrigação significativamente onerosa, a ser prestada em hipóteses de conteúdo vago (que estejam causando transtornos ou impedimentos) para o proveito de interesses individuais dos proprietários de terrenos, o art. 2º da Lei estadual 12.635/07 imiscuiu-se indevidamente nos termos da relação contratual estabelecida entre o poder federal e as concessionárias.

4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente"[6].

Acesso ao Sumário

5 ADI 3.343, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, j. 1º-9-2011.

6 ADI nº 4925, Rel. Min. Teori Zavaski, j. em 12 de fevereiro de 2015:

No caso, a Municipalidade ao determinar a proibição de cobrança de taxa de religação de energia elétrica, imiscuiu-se indevidamente nos termos da relação contratual estabelecida entre o Poder Federal e as concessionárias de serviço público, ofendendo o pacto federativo, impondo-lhes, ainda, encargo financeiro extraordinário, o que não pode prevalecer.

Sendo assim, impõe-se reconhecer a inconstitucionalidade da norma impugnada quanto à suspensão da cobrança de taxa de religação de energia elétrica, por patente incompetência municipal para legislar sobre a matéria.

Este C. Órgão Especial também já se manifestou pela violação do pacto federativo, em casos de Leis Municipais que versam sobre o fornecimento de energia elétrica:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Análise da constitucionalidade da Lei nº 12.853, de 06 de novembro de 2017 e, por arrastamento, da Lei nº 11.753, de 19 de maio de 2015, ambas do Município de São José do Rio Preto – Legislação que regula a interrupção e a suspensão do fornecimento de energia elétrica pelas empresas concessionárias e permissionárias de serviço público – Desrespeito aos artigos 1º e 144 da Constituição Estadual e 1º, 18, 21, XII, b e 22, inciso IV, da Constituição Federal – Lei que, ao tratar de matéria relativa à suspensão e à interrupção do fornecimento de energia elétrica, invadiu a competência legislativa privativa da União, ofendendo o princípio federativo – Inconstitucionalidade configurada – Ação julgada procedente."[7]
>
> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 12.761, DE 23 DE JUNHO DE 2017, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP, DISPÕE QUE A 'CPFL FIQUE RESPONSÁVEL PELA CONSTRUÇÃO DE CALÇAMENTO NAS LATERAIS, POR TODA ÁREA EM QUE PASSAR A TORRE DE REDE DE *ENERGIA* ELÉTRICA' – POSSIBILIDADE DE SINDICÂNCIA CONSTITUCIONAL PELO JUDICIÁRIO ESTADUAL TENDO COMO PARÂMETRO NORMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DESDE QUE DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA – PRECEDENTES DO C. STF – JULGAMENTO DAS AÇÕES DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NÃO SE LIMITA AOS VÍCIOS DE VALIDADE ADUZIDOS PELO IMPETRANTE – CAUSA DE PEDIR ABERTA – PRECEDENTES DO C. STF – PACTO FEDERATIVO – NORMA QUE INVADE COMPETÊNCIA DA UNIÃO – CRIAÇÃO DE OBRIGAÇÕES AO CONCESSIONÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL – VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 21, XII, 'B', 22, IV E 175 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – LEI QUE NÃO VERSA SOBRE QUESTÃO URBANÍSTICA DE INTERESSE LOCAL, POIS NÃO SE DESTINA A ADEQUAR O APROVEITAMENTO DO ESPAÇO URBANO – ANÁLISE DA CAUSA DE PEDIR ADUZIDA NA INICIAL PREJUDICADA, POIS PATENTE A INCOMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA LEGISLAR

7 ADIN nº 2244750-79.2017.8.26.0000, Rel. Moacir Peres, j. 11.04.2018.

Acesso ao Sumário

SOBRE A MATÉRIA – AÇÃO PROCEDENTE."[8]

Por fim, de se registrar que é possível a aferição da constitucionalidade por este Órgão Especial, de normas previstas na Constituição da República, de reprodução obrigatória pelos Estados, ainda que não incorporadas expressamente ao ordenamento constitucional do respectivo Estado-membro, caso dos autos, em que se constata a invasão da competência legislativa da União, conforme os termos dos arts. 1º e 144 da Constituição Estadual.

Confira-se os seguintes julgados do C. Supremo Tribunal de Justiça:

"Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. PARÂMETRO DE CONTROLE. REGIME DE SUBSÍDIO. VERBA DE REPRESENTAÇÃO, 13º SALÁRIO E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. 1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes. (...). 4. Recurso parcialmente provido[9]". (n/ grifo)

"(...) 7. O Supremo Tribunal Federal firmou sua orientação no sentido de que o controle de constitucionalidade por via de ação direta, quando exercido pelos Tribunais de Justiça, deve limitar-se a examinar a validade das leis estaduais/municipais à luz da Constituição do Estado. No controle abstrato, apenas esta Corte pode usar como parâmetro a Carta Federal (CRFB/1988, art. 102, I e § 1º; Lei nº 9.882/99, art. 1º, parágrafo único, I). Nessa linha, vejam-se, dentre outros: RE 421.256, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ADI 347, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 508, Rel. Min. Sydney Sanches. 8. Nada impede, porém, que o Tribunal de Justiça fundamente suas conclusões em norma constitucional federal que seja 'de reprodução obrigatória' pelos Estados-membros. Assim se qualificam as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local[10] (...)". (**n/ grifo**)

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 4.353, de 1º de julho de 2009, do Distrito Federal, que admite o comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias. Preliminar. Ausência de ofensa reflexa à Constituição. Mérito. Ausência de usurpação da competência da União

Acesso ao Sumário

8 ADIN 2141525-43.2017.8.26.0000, Rel. Francisco Casconi, j. 31.01.2018.

9 Recurso Extraordinário 650.898-RS, Plenário. Rel. originário Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 01 de fevereiro de 2017, repercussão geral.

10 AgR. na Rcl. nº 19.067/RN, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 19.11.2014.

e de afronta ao direito à saúde. Improcedência da ação. 1. A possível invasão da competência legislativa da União envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a Carta Republicana (art. 24, incisos V e XII, da Constituição Federal), não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Constituição (...)[11]"

Por outro lado, no que tange à taxa de religação de ÁGUA, embora o serviço de abastecimento de água seja de interesse local, conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal[12] e, portanto, não se possa falar em competência exclusiva da União para legislar sobre o tema, é certo que a proibição de cobrança por religação da água é matéria sujeita à reserva da Administração, de competência absoluta do Poder Executivo.

Pois bem. O princípio da Separação de Poderes está consagrado na Carta Estadual de São Paulo no art. 5º, em ressonância do art. 2º da Constituição Federal, que conjugado com o disposto no art. 60, § 4º desta, nos mostram que o legislador constituinte, ao adotar os poderes independentes e harmônicos da República, cada qual com sua função soberana, buscou a finalidade maior de alcançar a segurança para o cidadão, evitando o arbítrio. Preservando o princípio da Separação dos Poderes, o constituinte pretendeu manter o equilíbrio entre os detentores das funções estatais. Inclusive, portanto, entre os Poderes Legislativo e Executivo Municipais, cuja harmonia também está estruturada em um sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances*) demandando respeito e observância recíprocos.

Dentro dessa reciprocidade de controle e de atuação, a Constituição do Estado de São Paulo também estabelece a competência legislativa exclusiva do chefe do Executivo no art. 24, § 2º[13], a competência para o exercício do Poder Executivo no art. 37[14], e a competência privativa do chefe do Executivo no art. 47[15], tudo o que resta aplicável aos Municípios por força dos arts. 144[16]

11 ADI nº 4423, Rel. Dias Toffoli, j. 24.09.2014

12 ADI 2340, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013.

13 **Art. 24:** A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral da Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
§ 1º – omissis;
§ 2º: Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:
1– omissis;
2– criação e extinção de Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX (NR);
Redação dada pela Emenda Constitucional Estadual nº 21, de 14/01/2006.

14 **Art. 37:** O Poder Executivo é exercido pelo Governador do Estado, eleito para um único período subsequente, na forma estabelecida na Constituição Federal (NR).
Redação dada pela Emenda Constitucional Estadual nº 21, de 14/02/2006.

15 **Art. 47** – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição.

16 **Art. 144:** Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Acesso ao Sumário

da referida Constituição Estadual Paulista.

Muito embora primordialmente ao Executivo caiba a função de administrar e ao Legislativo a de legislar, decorre da sistemática da própria Separação de Poderes a necessidade de se atribuir ao Executivo a iniciativa legislativa, em razão de determinadas matérias. E é exatamente em função de se estabelecer o equilíbrio de forças na formulação das opções políticas do Estado que a atribuição excepcional da iniciativa legislativa não sobrepõe, em importância, nenhum Poder ao outro, apenas os justapõe e intercala, pela necessidade que a matéria requer, mantendo a proporcionalidade entre eles. Em razão de sua excepcionalidade, as hipóteses de iniciativa legislativa privativa do Executivo hão de ser restritivamente interpretadas.

No caso vertente, a Lei 2.729, de 03 de maio de 2018, de iniciativa parlamentar, ao dispor sobre a proibição de cobrança de taxa de religação de água, questão afeta a regime tarifário de serviço público, invadiu as competências privativas do Chefe do Executivo, definidas no art. 47 da Constituição do Estado, ou seja, as de exercer a direção superior da Administração local (inciso II) e de praticar os atos de Administração (inciso XIV), bem como as definidas nos arts. 120 e 159, parágrafo único, da Constituição Estadual[17], com o que restaram violados a harmonia e o sistema estruturado no princípio da Separação dos Poderes naquele Município.

À Câmara compete estabelecer normas de Administração, *de caráter regulatório, genérico e abstrato*[18], sem executar o que tenha sido reservado exclusiva ou privativamente ao Executivo, ou ainda sem disciplinar a atividade do Executivo.

A norma em exame, portanto, malfere a disciplina constitucional porquanto foi de iniciativa parlamentar numa hipótese de competência exclusiva do Chefe do Executivo Municipal.

A jurisprudência deste Egrégio Tribunal tem decidido pela inconstitucionalidade de dispositivos legais como os da espécie dos autos:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 4.474, de 13 de dezembro de 2016, do Município da Estância de Atibaia, que 'dispõe sobre o pagamento da tarifa de água e esgoto pelo valor real

Acesso ao Sumário

17 **Constituição Estadual**. "**Art. 47**. Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:
(...)
II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;
(...)
XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;
Constituição Estadual. **Art. 120**. Os serviços públicos serão remunerados por tarifa previamente fixada pelo órgão executivo competente, na forma que a lei estabelecer.
Constituição Estadual. **Art. 159**. A receita pública será constituída por tributos, preços e outros ingressos.
Parágrafo único. Os preços públicos serão fixados pelo Executivo, observadas as normas gerais de Direito Financeiro e as leis atinentes à espécie".

18 Meirelles, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro, Ed. RT, pg.. 444.

do seu consumo'. Vício de iniciativa. Norma que, a despeito de tratar de assunto de interesse local, invadiu a competência privativa do Chefe do Executivo no exercício da direção da administração pública municipal e da prática dos atos administrativos, de legislar sobre serviço público e de fixar o valor da remuneração devida por sua prestação Afronta aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, 120, 144 e 159, parágrafo único, todos da Constituição do Estado de São Paulo, e ao artigo 61, § 1º, inciso II, alínea 'b', da Constituição Federal. Precedentes. Ação procedente, declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 4.474, de 13 de dezembro de 2016, do Município da Estância de Atibaia"[19].

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve a Lei nº 2.829, de 29 de dezembro de 2016, do município de Itirapina, que 'institui a tarifa social para fornecimento de água e coleta de esgoto sanitário, destinado a aposentados, pensionistas, idosos, empregados, portadores de necessidade especial e cidadãos que comprovem baixa renda familiar' – Interesse local que se encontra dentro das atribuições constitucionais do município – Texto legal que envolve prestação de serviços públicos e a instituição da respectiva tarifação, o que se encontra dentro da competência exclusiva do Poder Executivo – Iniciativa de lei pelo Poder Legislativo sobre o tema que ofende o princípio da separação de poderes – Serviço que é cobrado por tarifa, cuja natureza é administrativa – Observância dos arts. 47, 120, 144 e 159, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo – Inviabilidade da criação, pelo Poder Legislativo, de lei autorizativa para atuação do Poder Executivo – Ação procedente"[20].

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 1930/2015, DO MUNICÍPIO DE PALESTINA, DE INICIATIVA POPULAR, QUE 'FIXA CRITÉRIOS PARA COBRANÇA DE TARIFAS DE ÁGUA E ESGOTO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS'. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E ESTABELECIMENTO DE REGRAS PARA FIXAÇÃO, DESTINAÇÃO, E ISENÇÃO TARIFÁRIA QUE É MATÉRIA RESERVADA AO PODER EXECUTIVO. LEI QUE LIMITA TARIFA E CONCEDE ISENÇÕES SEM APONTAR AS DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS, EM EVIDENTE IMPACTO FINANCEIRO AO ERÁRIO. AFRONTA AOS ARTS. 24, § 2º, 25, 47, II, XIV E XIX E 120 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, APLICÁVEL AOS MUNICÍPIOS POR FORÇA DO ART. 144 DA CARTA BANDEIRANTE. AÇÃO PROCEDENTE.[21]"

Assim, quanto à proibição de cobrança de taxa de religação de água, inegável tratar-se de norma que interfere na atuação do Executivo Municipal, com invasão da esfera da iniciativa reservada ao Prefeito do Município de Macatuba.

Destarte, julgo procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade

19 ADIN Nº 2051184-68.2017.8.26.0000, Rel. Tristão Ribeiro, j. 09.08.2017.
20 ADIN 2000115-94.2017.8.26.0000, Rel. Álvaro Passos, j. 26.04.2017.
21 ADIN 2198478-95.2015.8.26.0000, Rel. Xavier de Aquino, j. 18.05.2016.

Acesso ao Sumário

da Lei nº 2.729, de 03 de maio de 2018, do Município de Macatuba, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2227611-80.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ATIBAIA e PREFEITO MUNICIPAL DE ATIBAIA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "AFASTARAM A PRELIMINAR E JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM EFEITO 'EX TUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.830)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 37, inciso XIV, da Lei Orgânica do Município de Atibaia (dispõe competir "à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre" "denominação a próprios, vias e logradouros públicos, bem como autorizar as respectivas alterações") e Lei nº 4.589, de 21 de maio de 2018, do Município de Atibaia ("dispõe sobre denominação de Centro Dia do Idoso AGENOR PEDROSO DE SOUZA") – Preliminar suscitada pelo Prefeito do Município no sentido da impossibilidade de impugnação de lei de efeitos concretos por meio

Acesso ao Sumário

de ação direta de inconstitucionalidade – Cabível, no caso, o controle de constitucionalidade, pela via de ação direta, porquanto a norma impugnada, de efeito concreto, tem grau suficiente de abstração, indeterminação e generalidade – Norma, a que atribui nome a imóvel, que, não obstante de efeito concreto, pode ser a qualquer tempo modificada para atribuir outro nome ao mesmo logradouro – Preliminar afastada.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 37, inciso XIV, da Lei Orgânica do Município de Atibaia (dispõe competir "à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre" "denominação a próprios, vias e logradouros públicos, bem como autorizar as respectivas alterações") – Norma que reserva apenas à Câmara a iniciativa de lei para os fins apontados, afastando, mesmo, por via reflexa ou indireta, a iniciativa do Prefeito Municipal – Contraste com o disposto no art. 24, § 6º, da Constituição Estadual, este (§ 6º) introduzido pela EC 43/2016, que atribui à Assembleia Legislativa e ao Governador do Estado, concorrentemente, a iniciativa legislativa da edição de normas que tais – Norma constitucional acrescida, que fora suspensa por decisão monocrática em ação direta de inconstitucionalidade, ao final julgada improcedente por decisão deste C. Órgão Especial – Supressão, todavia, pela norma questionada no caso concreto, mesmo da iniciativa concorrente do Prefeito Municipal, ao estabelecer que à Câmara Municipal cabe dispor a respeito – Violação do princípio republicano da separação e independência entre os poderes – Admitido que seja não se insira a lei em pauta entre as de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, por não encartar-se no rol taxativo e restritivo do artigo 61 da CF (objeto do Tema 917, de Repercussão Geral, julgado pelo C. Supremo Tribunal Federal, cujo paradigma é o ARE-RG 878.911, relatado pelo Ministro GILMAR MENDES), nem por isso poderia a norma em apreço arredar a iniciativa ou a competência do Poder Executivo – Precedentes do Órgão Especial – Inconstitucionalidade do inciso

Acesso ao Sumário

XIV do artigo 37 da Lei Orgânica do Município de Atibaia, declarada – Ação julgada procedente neste ponto.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 4.589, de 21 de maio de 2018, do Município de Atibaia ("dispõe sobre denominação de Centro Dia do Idoso AGENOR PEDROSO DE SOUZA") – Diploma de iniciativa parlamentar, sancionada pelo Prefeito Municipal – Sanção do Prefeito que não tem o condão de tornar constitucional a lei inconstitucional – Declaração de inconstitucionalidade, todavia, que resultaria *summum jus summa injuria*, se se entende, em princípio, deva ser concorrente a iniciativa dos Poderes Legislativo e Executivo a respeito – Peculiaridade do caso concreto a justificar não se retire o diploma do mundo jurídico – Ação improcedente neste ponto.

Preliminar afastada e ação julgada parcialmente procedente.

VOTO

O libelo inaugural veicula pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 37, inciso XIV, da Lei Orgânica do Município de Atibaia, e Lei nº 4.589, de 21 de maio de 2018, do Município de Atibaia.

Afirma o proponente, consoante a síntese lançada na ementa da petição inicial:

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, INCISO XIV DA LEI ORGÂNICA E LEI Nº 4.589, DE 21 DE MAIO DE 2018, DO MUNICÍPIO DE ATIBAIA. DENOMINAÇÃO DE PRÉDIO PÚBLICO. INICIATIVA PARLAMENTAR. RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO. SEPARAÇÃO DE PODERES. 1. A denominação de bens, prédios, logradouros e vias do patrimônio público é ato privativo da gestão administrativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. 2. Lei municipal de iniciativa parlamentar que usurpa a reserva da Administração, com ofensa ao princípio da separação dos poderes (art. 5º, art. 47, II e XIV, e art. 144 da Constituição do Estado)."

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações (fls. 66/71), afirmando: **a)** ao analisar os arts. 61, § 1º, da CF, 24, § 2º, da CE, e 46 da LOM, que tratam da competência privativa do Chefe do Executivo, observa-

se inexistir restrição quanto à denominação de próprios, vias e logradouros públicos; **b)** quando se quis reservar determinada matéria a Ente Federativo ou Poder específico, a CF, a CE e a LOM assim o fizeram expressamente, não cabendo interpretações extensivas; **c)** a atribuição de nome a próprios, vias e logradouros públicos, não desrespeita o princípio da separação de poderes (art. 2º CF); **d)** a norma do art. 61, § 1º, CF, e as demais a ela simétricas (arts. 24, § 2º CE e 46 LOM), não podem ser interpretadas de maneira extensiva, ou seja, não se deve atribuir (privativamente) ao Poder Executivo todas as matérias de caráter administrativo, mas somente as listadas no rol *numerus clausus* dos dispositivos citados; **e)** recentemente o STF, em Repercussão Geral, Tema 917, reconheceu que as hipóteses de limitação de iniciativa parlamentar estão taxativamente previstas no art. 61 da CF, de modo que não se admite interpretação ampliativa; **f)** ademais, incontroverso que se trata de assunto de interesse local (art. 30, I, CF) e há expressa autorização no art. 37, XIV, da LOM. Requer, assim, "o arquivamento da presente representação com fulcro na redação os arts. 30, art. 61, § 1º, da Constituição Federal; art. 24, § 3º, da Carta Estadual, bem como dos arts. 37, XIV e 46, da Lei Orgânica do Município de Atibaia e da jurisprudência pátria".

A douta Procuradoria Geral do Estado manifestou-se no sentido de que *"as leis que atribuam denominação a prédios, equipamentos e órgãos públicos da alçada administrativa do Poder Executivo são materialmente (e não formalmente) inconstitucionais, precisamente porque importam na usurpação de atividade constitucionalmente deferida, com exclusividade, àquele Poder, com inquestionável ofensa ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes"* (fls. 76/80).

O Prefeito do Município prestou informações (fls. 82/88). Alega, **em preliminar**: **a)** as leis ou atos normativos de efeitos concretos, como é o caso, não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. No **mérito**, afirma: **b)** as hipóteses de limitação parlamentar estão previstas, em *numerus clausus*, no art. 61 da CF, conforme julgado recente do STF, submetido ao rito de Repercussão Geral pelo Tema 917; **c)** o processo legislativo da lei atacada, principalmente no que tange à questão de sua iniciativa, atende às exigências do art. 61, da CF, pois inexiste nesse dispositivo menção "ao fato de *que a denominação de prédios públicos*" deva *"ser iniciado pelo Chefe do Poder Executivo"*; **d)** por qualquer ângulo que se visualize, constitucionais os dispositivos questionados.

Requer o acolhimento da preliminar e a extinção do feito. Alternativamente requer seja, no mérito, julgada improcedente a ação. No caso de ser julgada procedente a ação, requer sejam modulados os seus efeitos para "conceder prazo para que o Requerido se ajuste à nova realidade, mediante a edição de novo ato normativo", e que "eventual inconstitucionalidade seja reconhecida

Acesso ao Sumário

apenas a partir do trânsito em julgado da presente ação". Ainda, pretende prequestionamento, "para efeitos de eventual Recurso Extraordinário, os artigos 2º e 61, da Constituição Federal".

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação (fls. 97/118).

É o relatório.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em face do **art. 37, inciso XIV, da Lei Orgânica do Município de Atibaia**, bem como da **Lei nº 4.589, de 21 de maio de 2018, do Município de Atibaia**:

a) O **art. 37, inciso XIV, Lei Orgânica do Município de Atibaia**, impugnado, estabelece (fls. 2 e 49):

> "**Art. 37**. Compete à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, dispor sobre todas as matérias de competência do Município e especialmente, sobre:
>
> (...)
>
> **XIV** – denominação a próprios, vias e logradouros públicos, bem como autorizar as respectivas alterações;
>
> "(...)"

b) A **Lei nº 4.589, de 21 de maio de 2018, do Município de Atibaia**, que *"dispõe sobre denominação de Centro Dia do Idoso AGENOR PEDROSO DE SOUZA"*, de sua vez, dispõe (fls. 33):

> "**Art. 1º**. Fica o Chefe do Poder Executivo Municipal autorizado a proceder a denominação de "**Centro Dia do Idoso AGENOR PEDROSO DE SOUZA**", LOCALIZADO NA Rua Manacás s/n, esquina com a Rua dos Alecrins no bairro Nova Atibaia, neste município.
>
> "**Parágrafo Único**. Da placa de nomenclatura deverá constar a seguinte inscrição "**Centro Dia do Idoso AGENOR PEDROSO DE SOUZA**".
>
> "**Art. 2º.** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogando as disposições em contrário".

2. Não vinga a preliminar suscitada pelo Prefeito do Município, de ser impossível a impugnação de lei de efeitos concretos por meio da ação direta de inconstitucionalidade.

São diversas as normas objeto da ação.

A primeira é a do art. 37, XIV, da Lei Orgânica do Município de Atibaia. Tem caráter geral, visto dispor sobre a competência da Câmara Municipal para denominar próprios, vias e logradouros públicos, e "autorizar as respectivas alterações".

A segunda é a Lei nº 4.589/2018, esta sim, editada com assento na

primeira, tem efeito concreto ao atribuir nome a certo prédio público, sendo igualmente questionada. Mas esse efeito não é definitivo, irreversível, porquanto a norma atributiva do nome ao imóvel que menciona por certo que vigora até que outra, da mesma natureza, venha a revogá-la ou substituí-la para atribuir nome ao mesmo estabelecimento. Assim é que vez ou outra acontece a alteração da denominação de ruas e avenidas da cidade, ou de rodovias, por exemplo, como sucedeu com a dos Trabalhadores, batizada e hoje chamada Ayrton Senna.

Em caso semelhante já decidiu esta Corte (ADI nº 2032984-81.2015.8.26.0000, Relator o Desembargador XAVIER DE AQUINO, j. 29.07.2015). Essa demanda teve por objeto as Leis nºs 10.222/2012, 10.296/2012 e 10.367/2012, de iniciativa parlamentar, do Município de Sorocaba que atribuíram nome a logradouros e escola do Município), citando jurisprudência da Corte Suprema:

> "Afasta-se, por primeiro, a preliminar de inadequação da presente ação direta de inconstitucionalidade para o controle concentrado de norma de caráter concreto.
>
> "É que o Supremo Tribunal Federal já decidiu, na oportunidade do julgamento do ADI 4048 MC/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, que *"O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ou controle abstrato de constitucionalidade.*
>
> "No bojo do julgado, interessante lição do Ministro Relator:
>
> *""A extensão da jurisprudência, desenvolvida para afastar do controle abstrato das normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita, sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis.*
>
> *""Não se discute que os atos do Poder Público sem caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração.*
>
> *(...)*
>
> *"Outra há de ser, todavia, a interpretação, se se cuida de atos editados* ***sob a forma de lei****. Nesse caso, houve por bem o Constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aqueloutras, confirmadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige*

Acesso ao Sumário

*que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (*v.g., lei do orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia, fundação).*

"Ora, se a Constituição submete as leis ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle...".

No mesmo sentido manifestação do C. Supremo Tribunal Federal (RE 412921 AGR/MG, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, j. 22.02.2011, DJe 048, divulg 14.02.2011, public. 15.03.2011, ement. Vol. 02481 pp 0100):

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS ESTADUAIS OU MUNICIPAIS. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE ATRIBUIR A LEGITIMAÇÃO PARA AGIR A UM ÚNICO ÓRGÃO. PARTIDO POLÍTICO SEM REPRESENTAÇÃO NO PODER LEGISLATIVO LOCAL. POSSIBILIDADE. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. LEIS DE EFEITOS CONCRETOS. VIABILIDADE. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRORROGAÇÃO POR PERÍODO ALÉM DO PRAZO RAZOÁVEL PARA A REALIZAÇÃO DE NOVO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VIOLAÇÃO À EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE PRÉVIA LICITAÇÃO PÚBLICA. AGRAVO IMPROVIDO. I – A exigência do art. 125, § 2º, da Constituição Federal, pertinente aos legitimados para a representação e inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, é que a Carta Estadual não os restrinja a um único órgão legitimado. Precedente. **II – No julgamento da ADI 4.048-MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, esta Corte admitiu o exercício de controle abstrato de leis de efeitos concretos.** III – A prorrogação não razoável de concessão de serviço público ofende a exigência constitucional de que ela deve ser precedida de licitação pública. Precedentes. IV – Agravo regimental improvido." (negritei)

Na mesma linha de pensamento se decidiu nos autos da ADI 2220776-81.2015.8.26.0000 (relator o signatário, j. 29.06.2016).

Com essas razões, repilo a preliminar de descabimento da ação.

3. Passo ao exame do mérito.

Como escrita e posta em vigor, todavia, a norma do inciso XIV do artigo 37 da Lei Orgânica do Município de Atibaia encerra flagrante inconstitucionalidade, como adiante se verá. Não porque veicule, regule ou imponha a prática de atos de gestão administrativa ou, por outra, invada o âmbito da reserva de administração, com violação do princípio da separação de poderes.

O C. Órgão Especial, em sessão de 14 de março de 2018, assentou o entendimento de que normas legais atributivas de denominação a próprios, vias e logradouros não dizem respeito a atos próprios de gestão, não invadindo, por conseguinte, a reserva de administração, atividade típica e própria do Poder Executivo.

De fato, este C. Órgão Especial, considerando as inúmeras ações envolvendo a matéria, em circunstâncias semelhantes à deste caso, rediscutiu pontualmente a questão especialmente em face do entendimento firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal (ARE-RG 878.911, relatado pelo Ministro GILMAR MENDES, j. 29.09.2016) – Tema 917 de Repercussão Geral. **E o fazendo, passou a entender, à unanimidade, não versar sobre ato de gestão administrativa leis atributivas de denominação a próprios públicos.**

O que sucede neste caso, **diversamente**, é que, com a edição da lei em apreço, a Câmara Municipal reservou a si, e apenas a si (art. 37, XIV, LOM de Atibaia), *"**com a sanção do Prefeito**" "**dispor** sobre todas as matérias de competência do Município e especialmente, **sobre**:" "**XIV – denominação a próprios, vias e logradouros públicos, bem como autorizar as respectivas alterações**"*.

Significa dizer que, ainda seja em tese admitido tome o Prefeito Municipal a iniciativa de alguma dessas ações ou de praticar algum desses atos, há de se submeter à Câmara Municipal, à qual compete **dispor** a respeito. A norma, por conseguinte, por via reflexa ou indiretamente, suprime a iniciativa legislativa do Prefeito Municipal, com flagrante concentração de competências, e violação do princípio republicano da separação e independência entre os poderes (art. 5º da CE, em conformidade com o art. 2º da CF).

Ensina HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Municipal Brasileiro*, ed. Malheiros, 2014) que:

> "Leis de iniciativa da Câmara ou, mais propriamente, de seus vereadores são todas as que a lei orgânica municipal não reserva, expressa e privativamente, à iniciativa do prefeito. As leis orgânicas municipais devem reproduzir, dentre as matérias previstas nos arts. 61, § 1º, e 165 da CF, as que se inserem no âmbito da competência municipal. São, pois, de iniciativa exclusiva do prefeito, como chefe do Executivo local, os projetos de leis que disponham sobre criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entes da Administração Pública Municipal; matéria

Acesso ao Sumário

de organização administrativa e planejamento de execução de obras e serviços públicos; criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual e créditos suplementares e especiais. Os demais projetos competem concorrentemente ao prefeito e à Câmara, na forma regimental" (p. 633).

"Leis de iniciativa exclusiva do prefeito são aquelas em que só a ele cabe o envio do projeto à Câmara. Nessa categoria estão as que disponham sobre a criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entidades da Administração Pública Municipal; a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica, fixação e aumento de sua remuneração; o regime jurídico dos servidores municipais; e o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias, os orçamentos anuais, créditos suplementares e especiais" (p. 760/761).

Se assim é, e admitido que seja não se insira a lei em pauta entre as de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, por não encartar-se no rol taxativo e restritivo do artigo 61 da Constituição Federal (objeto do Tema 917, de Repercussão Geral, julgado pelo C. Supremo Tribunal Federal, cujo paradigma é o ARE-RG 878.911, relatado pelo Ministro GILMAR MENDES), **nem por isso poderia a norma em apreço arredar a iniciativa ou a competência do Poder Executivo**.

Observo, a propósito, que a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, ao promulgar a Emenda Constitucional nº 43, de 10 de novembro de 2016, introduziu no artigo 24 da Carta Paulista o § 6º, afirmativo de que a *"denominação de próprio público dar-se-á concorrentemente pela Assembleia Legislativa e Governador do Estado, na forma de legislação competente a cada um, atendidas as regras da legislação específica"*.

É bem verdade que essa disposição teve sua vigência e eficácia suspensa por decisão liminar proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2073870-54.2017.8.26.0000, da relatoria do signatário, decisão essa mantida em sede de agravo regimental.

Todavia, ao final, este C. Órgão Especial julgou a ação improcedente (j. 29.08.2018), porque constitucionalmente hígida, formal e materialmente, a Constituição do Estado. Assim a ementa desse julgado:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Emenda nº 43, de 10 de novembro de 2016, à Constituição do Estado de São Paulo acresce § 6º ao art. 24 da Constituição do Estado: 'a atribuição de denominação de próprio público dar-se-á concorrentemente pela Assembleia Legislativa e Governador do Estado, na forma de legislação

competente a cada um, atendidas as regras da legislação específica' – Normas atributivas de denominação a próprios públicos não dizem respeito e não cuidam de atos próprios de gestão, não lhes dizendo respeito, não invadindo, por conseguinte, a reserva de administração, atividade típica e própria do Poder Executivo – Orientação firmada, nesse sentido, pelo Órgão Especial – Matéria tratada na norma impugnada, no caso concreto, que não se insere entre aquelas de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, por não se encartar no rol taxativo dos artigos 24 e 47 da Constituição Estadual e no artigo 61 da Constituição Federal – Disposições constitucionais que não explicitam o ato de que se trata (atribuição de nome a próprio público) – Emenda, ademais, que introduziu regra nova, dispondo o compartilhamento da atribuição pelo Governador do Estado e Assembleia – Disposição, por fim, que não importa redução das 'prerrogativas constitucionais do Chefe do Poder Executivo para o exercício da direção superior da Administração Pública e a prática de atos de administração, nos limites da competência do Poder Executivo, dispostos no art. 47, II e XIV, da Constituição Estadual, e que descendem do arranjo basilar e intangível do princípio da separação de poderes (ou divisão funcional do poder) constante do art. 5º da Constituição Paulista' – Assertiva, por fim, de que 'a norma implicou ***submissão da matéria*** *– denominação de próprios públicos –* ***à reserva absoluta de lei, subtraindo-a*** *do domínio dos* ***atos ordinários de administração*** *de* ***competência privativa*** *do Chefe do Poder Executivo,* ***imunes à interferência*** *do Poder Legislativo' – Emenda que não submete o exercício dessa atribuição pelo Governador do Estado ao crivo da Assembleia Legislativa – Inconstitucionalidade inocorrente – Ação improcedente."*

Tem-se, com esse quadro, que, julgada improcedente aludida ação direta de inconstitucionalidade, afirmada a constitucionalidade da novel disposição da Constituição Paulista, tem-se que ao Legislativo municipal não pode reservar apenas a si a iniciativa das leis que tais, diante de norma que atribui iniciativa concorrente aos Poderes Legislativo e Executivo.

Em situação em tudo semelhante, este C. Órgão Especial declarou inconstitucional lei do Município de Guaratinguetá (ADI 2112489-53.2017.8.26.0000, j. 14/03/2018, relator o signatário). Assim a ementa do v. acórdão:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Ação visando a declaração de inconstitucionalidade dos ***incisos X e XI do artigo 19, da Lei Orgânica do Município de Guaratinguetá*** *– Normas que estatuem, respectivamente, caber à Câmara Municipal, 'com a sanção do Prefeito',* ***dispor*** *sobre* ***'autorização para alterar a denominação de***

Acesso ao Sumário

próprios, vias ou logradouros públicos' *e* ***'denominação de próprios, vias e logradouros'*** *– Norma que reserva apenas à Câmara a iniciativa de lei para os fins apontados, afastando, mesmo, por via reflexa ou indireta, a iniciativa do Prefeito Municipal – Contraste com o disposto no artigo 24, § 6º, da Constituição Estadual, este (§ 6º) introduzido pela EC 43/2016, que atribui à Assembleia Legislativa e ao Governador do Estado, concorrentemente, a iniciativa legislativa da edição de normas que tais – Norma constitucional acrescida, entretanto, cuja eficácia se acha suspensa por decisão monocrática em ação direta de inconstitucionalidade, mantida por decisão do Órgão Especial deste Tribunal, ainda em processamento – Supressão, todavia, pela norma questionada no caso concreto, mesmo da iniciativa concorrente do Prefeito Municipal, ao estabelecer que à Câmara Municipal, cabe* ***dispor*** *a respeito – Violação do princípio republicano da separação e independência entre os poderes – admitido que seja não se insira a lei em pauta entre as de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, por não encartar-se no rol taxativo e restritivo do artigo 61 da Constituição Federal (objeto do Tema 917, de Repercussão Geral, julgado pelo C. Supremo Tribunal Federal, cujo paradigma é o ARE-RG 878.911, relatado pelo Ministro GILMAR MENDES), nem por isso poderia a norma em apreço arredar a iniciativa ou a competência do Poder Executivo – Inconstitucionalidade declarada."*

No mesmo sentido: ADI 2134417-60.2017.8.26.0000 (Relator Desembargador CARLOS BUENO, j. 14.03.2018); ADI 2134376-93.2017.8.26.0000 (Relator Desembargador ÁLVARO PASSOS, j. 14.03.2018); ADI 2142157-69.2017.8.26.0000 (Relator Desembargador RENATO SARTORELLI, j. 14.03.2018), dentre outros.

Portanto, inconstitucional o inciso XIV do artigo 37 da Lei Orgânica do Município de Atibaia.

4. Quanto à Lei nº 4.589, de 21 de maio de 2018, do Município de Atibaia.

Acesso ao Sumário

Não obstante a conclusão a que se chega relativamente à Lei Orgânica, diversa há de ser decisão quanto à **Lei nº 4.589, de 21 de maio de 2018, do Município de Atibaia**, que *"dispõe sobre denominação de Centro Dia do Idoso AGENOR PEDROSO DE SOUZA"*.

De fato, como dito antes, atos como o de denominar via pública é exigente de medidas práticas, destinadas à identificação do lugar e de orientação dos munícipes e todos quantos se deslocam pelas cidades e estradas. Tanto não impede, afirma o C. Supremo Tribunal Federal no julgamento mencionado, a iniciativa legislativa da Câmara Municipal, que também atua no interesse da

coletividade, malgrado não praticando atos próprios de administração, senão no âmbito restrito de suas atribuições.

No julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade a que se aludiu antes, e que resultou na nova orientação firmada por este C. Órgão Especial, assentou-se, como visto, o pensamento de que atribuir nomes a próprios, vias e logradouros públicos, não configura ato de gestão, assim não violando o princípio da separação de poderes e a iniciativa do Poder Executivo.

Sabe-se que a sanção pelo Prefeito Municipal não torna constitucional a lei inconstitucional. A sanção não tem o condão de convalidar o que é nulo, mesmo porque o Prefeito, ao contrário do que fez, tem legitimidade para contestar o ato praticado contrário à Constituição.

A Lei nº 4.589, de 21 de maio de 2018, do Município de Atibaia, de iniciativa legislativa, foi sancionada pelo Prefeito Municipal, de tal arte que declará-la constitucional, aqui e agora, embora em contradição aparente com o que se decide quanto à Lei Orgânica, arreda a configuração do *sumum jus suma injuria*.

De fato, se se entende terem os Poderes Legislativo e Executivo iniciativa constitucional concorrente (embora a Lei Orgânica de Atibaia o negue, e por isso inconstitucional), a iniciativa de um, com a sanção do outro não invalida o ato, no caso em exame. A lei em questão limita-se à atribuição de nome a instituição municipal. Somente em atenção a tais peculiaridades é que se deixa de inquinar a Lei 4.589 de inconstitucional.

Deixo, portanto, de declarar a inconstitucionalidade da Lei 4.589, de 21 de maio de 2018, do Município de Atibaia, que *"dispõe sobre a denominação do Centro Dia do Idoso AGENOR PEDROSO DE SOUZA"*.

5. Por fim, relativamente ao inciso XIV do art. 37 da Lei Orgânica do mesmo Município, não é caso de modulação. A declaração de inconstitucionalidade dá-se *ex tunc*. E não se entrevê necessidade de proteger situações jurídicas de servidores, como ordinariamente acontece, no interesse da administração, que precisa de tempo para ajustar-se à nova realidade jurídica e de fato a enfrentar.

6. Ante o exposto, afasto a preliminar e julgo parcialmente procedente a ação, para julgar inconstitucional o inciso XIV do artigo 37 da Lei Orgânica do Município de Atibaia.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de

Acesso ao Sumário

Inconstitucionalidade nº 2095475-22.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, NA PARTE CONHECIDA, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29770/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve os cargos em comissão estabelecidos nas Leis nº 5.199, de 25 de junho de 2014, e 5.491, de 29 de março de 2017, do Município de São Caetano do Sul – Extinção da ação – Afastamento – Causa de pedir clara composta pelo fundamento de que as atribuições dos cargos impugnados não preenchem os pressupostos para o provimento em comissão e que a sobreposição de funções em mais de um cargo comissionado reforça a ausência de tais requisitos – Incidência do princípio da legalidade – Definição legal das atribuições que permite a análise da regularidade da organização do quadro de pessoal e do enquadramento da função na exceção de provimento em comissão – Exigência, para afastar a regra do concurso público, de que haja desempenho de atividades de direção, chefia e assessoramento, com essencial vínculo de confiança – Nomenclaturas que não são suficientes para configurar os requisitos da

Acesso ao Sumário

comissão, os quais devem ser analisados pela natureza do trabalho efetivamente exercido, o que deve estar previamente instituído na legislação e não pode ser de caráter geral, técnico e burocrático – Descrição genérica que é incapaz de configurar a possibilidade da exceção do cargo em comissão – Exercício de funções ligadas à advocacia pública que faz parte de cargo de caráter permanente, com atribuições essenciais, que pertence àqueles que tenham sido admitidos no funcionalismo através de concurso público – Configuração de inconstitucionalidade, cuja declaração se faz com modulação de efeitos, devendo a sua eficácia ter início em 120 dias, contados desta decisão – Perda do objeto com falta de interesse de agir superveniente em relação à expressão "Assessor Político Interno" – Extinção parcial do processo sem resolução do mérito, e, no mais, ação procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, impugnando o artigo 5º e as expressões "Diretor Jurídico", "Assessor Especial da Presidência", "Assessor da Mesa Diretora", "Assessor Político da Presidência", "Assessor Político Externo" e "Assessor Político Interno", constantes nos Anexos II e III da Lei nº 5.199, de 25 de junho de 2014; bem como as expressões "Assessor Político Externo" e "Assessor Político de Vereador", inseridas no art. 2º, "Assessor Político da Presidência", do art. 4º, e "Diretor Jurídico", "Assessor Especial da Presidência", "Assessor da Mesa Diretora", "Assessor Político da Presidência" e "Assessor Político de Vereador", constantes no Anexo I e II da Lei nº 5.491, de 29 de março de 2017, do Município de São Caetano do Sul.

Alega, em síntese, que a Lei nº 5.199, de 25 de junho de 2014, que altera dispositivos da Lei nº 5.096, de 26 de setembro de 2012, que dispõe sobre a reestruturação administrativa da Câmara Municipal de São Caetano do Sul, reequacionando seu organograma e seus quadros de pessoal, criou, em seu art. 5º, cargos de provimento em comissão em situação de inconstitucionalidade por violação dos arts. 111, 115, incisos I, II e V, e 144 da Constituição Estadual, pois se destinam ao desempenho de atividades meramente burocráticas ou técnicas, que não exigem, para seu adequado desempenho, relação de especial confiança a justificar o provimento em comissão.

Acesso ao Sumário

A douta Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 797/802, defendeu a constitucionalidade das normas referentes às atividades da advocacia pública, bem como se manifestou pelo desinteresse em apresentar defesa do ato impugnado quanto ao demais, entendendo se tratar de matéria exclusivamente local.

Nas informações de fls. 806/831, a Câmara Municipal defendeu a constitucionalidade das normas em razão de os cargos estarem de acordo com as exigências constitucionais, bem como, de forma preliminar, requisitou a extinção da ação.

Conforme a certidão de fls. 886, o Prefeito do Município de São Caetano do Sul deixou de se manifestar no prazo estabelecido.

Finalmente, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fls. 889/900, opinou pelo acolhimento do pedido, reiterando os termos da petição inicial.

É o relatório.

Os textos legais objeto desta lide dispõem sobre alterações no quadro de pessoal da Câmara Municipal de São Caetano do Sul, apresentando e criando determinados cargos de provimento em comissão.

A leitura integral das aludidas leis não permite concluir que esses cargos tenham funções que permitam o provimento em comissão, sendo certo que são atribuições comuns e genéricas, de natureza técnica e burocrática, não bastando a inclusão de expressões como "assessor, chefe ou diretor" ou suas derivadas "prestar assistência, chefiar ou assessorar" no texto apenas para retirar a qualidade de cargo de provimento efetivo.

De fato, a inclusão, na lei, de nomenclaturas como "assessor", "assistente", "diretor", "chefe", dentre outras, por si só, não logram caracterizar as funções de direção, chefia e assessoramento, exigidas no art. 37 da Constituição Federal e também nos arts 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual, e, consequentemente, nem a possibilidade de ingresso na exceção de provimento sem concurso público. Tais condições devem ser avaliadas na natureza da função efetivamente exercida, o que depende da sua descrição específica em lei.

Acesso ao Sumário

A atividade do poder público segue, em todos os seus aspectos, obrigatoriamente, o princípio da legalidade, dependendo de regras previamente estabelecidas para atender ao interesse público. Desse modo, todas as normas específicas aplicáveis aos servidores dependem da edição das respectivas leis, sendo certo que sempre deve ser notada a prioridade do interesse público.

Assegurando tanto o controle da atuação pública quanto a igualdade de condições a todos no preenchimento de cargos públicos, o art. 37 da CF e a Constituição do Estado, consequentemente, estabelecem a regra do concurso público para o seu provimento, figurando os cargos em comissão como exceção.

Desse modo, a sua ocupação precisa atender rigorosamente os requisitos constitucionais, devendo envolver atividades de chefia, direção e assessoramento e não as de caráter técnico ou burocrático que pertencem aos cargos efetivos gerais, sendo imprescindível a caracterização de um vínculo de confiança, o que não está presente em nenhum caso desta hipótese vertente.

Ademais, da leitura das atribuições descritas nas leis aqui impugnadas, verifica-se o estabelecimento de funções genéricas, sem indicação de características próprias e aptas a se enquadrarem em encargos que possam ser comissionados e sejam dotados de confiança, ou seja, inviáveis de serem exercidos por aqueles que integrarem o quadro efetivo do funcionalismo municipal. Não basta a argumentação de que seriam funcionários que trabalham com autoridades com poder de decisão e político, sendo certo que, com elas, também podem atuar regularmente funcionários efetivos. De fato, até mesmo por serem os cargos comissionados uma exceção à regra do concurso público, tais atribuições devem indicar especificamente os elementos necessários à sua existência, mostrando-se insuficiente uma descrição genérica tal como se nota nestas leis.

Nesse sentido, já se julgou:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Artigo 1º, § 2º, da Lei nº 1.572, de 3 de abril de 2009 e, por arrastamento, do Decreto nº 1.212, de 20 de julho de 2009, ambos do município de Arealva – Provimento de empregos em comissão e permanentes sem descrição das respectivas atribuições em lei – Inadmissibilidade - Violação ao princípio da reserva legal – Lei modificadora que dispõe a respeito das atribuições dos empregos de provimento em comissão – Edição da Lei nº 1.928, de 3 de março de 2016, do município de Arealva – Falta de interesse de agir superveniente. Nova lei (Lei nº 1.928, de 3 de março de 2016, do município de Arealva) que não descreve as atribuições do cargo em comissão de vice-diretor de escola – Violação ao princípio da reserva legal – Art. 115, I, II e V, da Constituição Estadual. Descrição de cargos em comissão que não evidenciam função de assessoramento, chefia e direção, mas função técnica, burocrática, operacional e profissional a ser preenchida por servidor investido em emprego público em caráter efetivo – Violação ao art. 115, I, II e V, da Constituição Estadual. Cargo em comissão de assessor jurídico – Atividade de advocacia pública reservadas a profissionais recrutados pelo sistema de mérito – Infringência ao disposto nos artigos 98 a 100 da Constituição Estadual. Ação parcialmente procedente pelo mérito, com modulação de efeitos. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2150392-93.2015.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. João Negrini Filho – J. 03/08/2016)

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafo 2º do artigo 63, da Lei 2.237, de 28 de fevereiro de 2014. Fixação do percentual mínimo de 5% de cargos em comissão, na Administração do Município de Itapevi,

Acesso ao Sumário

a ser preenchido por servidores públicos de carreira. Inadmissibilidade. Eleição de fração irrisória. Defeito do ato normativo. Reconhecimento. Inobservância dos critérios da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade. Expressões "Coordenador, Chefe de Setor, Chefe de Divisão, Assessor Jurídico e Secretário da Junta Militar" descritas nos anexos I e II. Criação de cargos públicos de provimento em comissão, na estrutura administrativa do município, em desconformidade com a regra da exigência de concurso público. Atribuições que não se revestem da excepcionalidade exigível no nível superior de assessoramento, chefia e direção como funções inerentes aos cargos daquela natureza. Inteligência dos artigos 111, 115, incisos II e V, e 144 da Constituição Estadual. Assessor jurídico. Impossibilidade. As atividades de advocacia pública, inclusive a assessoria e a consultoria de corporações legislativas e suas respectivas chefias, são reservadas a profissionais recrutados pelo sistema de mérito. Afronta aos artigos 98 a 100 da Constituição Estadual. Ação julgada procedente, com modulação. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2036862-77.2016.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial Rel. Sérgio Rui – J. 19/10/2016)

Conquanto os municípios possuam autonomia para se organizar e administrar, esta não é absoluta, porquanto deve haver, por parte de todos os entes federados, respeito aos parâmetros da Constituição Federal e das respectivas Constituições Estaduais, como reproduzido, ainda, no art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

Da leitura do processo, depreende-se que, quando se afirma que houve sobreposição de funções, há a clara indicação de que mais de um cargo da municipalidade traz a mesma função e todos com provimento em comissão. Ora, a necessária relação de confiança e as atribuições para ela somente se enquadram na excepcionalidade do provimento em comissão quando asseguradas a um só cargo, tornando-se sem justificativa quando mais de um traz as mesmas características. Desse modo, não se vislumbra a falta de causa de pedir da inicial. Se o pedido deve ser acolhido ou não, trata-se do mérito do pleito, mas não se vislumbra, no caso, inadequação da via ou falta de causa de pedir.

Acesso ao Sumário

Além disso, nota-se que consta no teor da causa de pedir a indicação de que os cargos da norma questionada possuiriam atribuições técnicas e genéricas, sem preenchimento dos requisitos constitucionais que autorizariam o provimento em comissão.

Ao contrário de defendido nas informações aqui apresentadas, as funções de assessor especial da presidência e de assessor político da presidência tampouco preenchem os requisitos autorizadores do provimento em comissão, considerando que são genéricas e técnicas (não caracterizando atribuições de direção, chefia e assessoramento), bem como que se enquadram dentro do papel de Chefe de Gabinete da Presidência, cujo provimento já comissionado e detém

o dever de chefiar, orientar e supervisionar o serviço do gabinete e assessorar a presidência, não se justificando, assim, a existência de ambos os cargos dentro da mesma situação de excepcionalidade à regra de ingresso pelo sistema de mérito.

Destarte, clara está a inconstitucionalidade de tais cargos não apenas pela sobreposição de funções, mas sim pelo fato de que a alegada sobreposição resulta em ausência do preenchimento dos requisitos do provimento em comissão, uma vez que, existindo outros cargos comissionados aptos a exercerem tais atribuições, desaparece a relação de confiança e eventuais encargos de direção, chefia e assessoramento, que já pertencem a outras colocações e não justificam a criação e manutenção de todos de forma concomitante.

A mesma lógica de a sobreposição de funções resultar no afastamento dos requisitos do provimento em comissão por poderem ser exercidas pelos outros cargos já existentes e que têm função de direção, chefia e assessoramento, como os de chefe de Gabinete de Vereador e Assessores Parlamentares, aplica-se no reconhecimento de inconstitucionalidade do cargo de Assessor Político de Vereador (antes com a denominação Assessor Político Externo com a sua criação pela também impugnada Lei nº 5199, de 25 de junho de 2014).

Igualmente, a análise dos encargos do Assessor da Mesa Diretora resulta na mesma falta de preenchimento dos requisitos para o excepcional ingresso fora do sistema de mérito, tendo em vista que suas funções detêm clara natureza técnica, burocrática e genérica, não apresentando aspectos de direção, chefia e assessoramento e nem essencial relação especial de confiança.

Por sua vez, o exame acerca do cargo de Assessor Político Interno, criado pela Lei nº 5.199, de 25 de junho de 2014, fica prejudicado, tendo em vista que a Lei nº 5.491, de 29 de março de 2017, também aqui analisada, trouxe a sua extinção. Assim, neste ponto, a ação deve ser extinta pela perda superveniente de seu objeto.

Por outro lado, não cabe falar em extinção da ação pela falta de indicação do texto legal impugnado, porquanto, da leitura integral dos autos, verifica-se que ambas as leis indicadas (Lei nº 5.199, de 25 de junho de 2014, e Lei nº 5.491, de 29 de março de 2017) geraram alteração na Lei nº 5.096, de 26 de setembro de 2012, que trata dos cargos, e que figuram como as alterações mais recentes no ordenamento municipal sobre quais os cargos em comissão existentes, de modo que, com o exame de eventual inconstitucionalidade de ambos os textos indicados na exordial, está se verificando exatamente a situação dos cargos em comissão do município nos termos do almejado com a propositura desta ação.

Relativamente aos cargos de "Diretor Jurídico", que é colocação ligada à atividade da advocacia pública, tem-se que a Constituição Federal, em seus arts. 131 e 132, tratou, dentro das funções essenciais à justiça, da advocacia pública,

Acesso ao Sumário

apresentando aspectos da Advocacia-Geral da União e determinados elementos das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal. Por sua vez, a Constituição do Estado de São Paulo, do art. 98 ao art. 102, apresentou a organização da Procuradoria Geral do Estado.

Neste aspecto, existe a necessidade de que os cargos que tenham como funções aquelas pertinentes à advocacia pública não podem ser em comissão e sim devem ser efetivos, ou seja, com admissão por meio de concurso público. Afinal, ao tratar do tema de criação de cargos e fixação de suas atribuições, os municípios devem atentar aos preceitos constitucionais já existentes acerca do serviço público. Nos termos do inc. II do art. 37 da Constituição Federal, a regra é o ingresso por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, o que igualmente foi repetido na Constituição Estadual no art. 155, II, viabilizando, dentro do Estado Democrático de Direito, a participação em igualdade de todos os interessados que preencham os requisitos essenciais.

Sendo, o exercício da advocacia pública, cargo de caráter permanente e técnico, com atribuições essenciais, não se vislumbra enquadramento na exceção ao concurso público, cuja interpretação deve ser restritiva, de modo que não pode ser atribuído a ocupantes de cargo em comissão puro e nem quando não envolver atribuições de direção, chefia e assessoramento, sob pena de violação aos arts. 98, 111 e 115, II e V, da Constituição Estadual.

Sobre o tema, confira-se:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 308, de 1º de julho de 1996, do município de Paranapanema que cria de cargo de provimento em comissão de Assessor Jurídico sem descrição das respectivas atribuições. Alegação de inconstitucionalidade. Reconhecimento. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, "para que a lei criadora de cargos comissionados se ajuste à exceção disposta no art. 37, inc. V, da Constituição da República, necessariamente terá de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento" (AgRg no Recurso Extraordinário 752.769/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 08/10/2013), ou seja, é indispensável a demonstração efetiva da "adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público" (ADI 3.233/PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 10/05/2007). É importante anotar, ainda, que esse cargo, em tese, tem as mesmas funções atribuídas à Advocacia Pública e, pela ausência de situação de emergência e excepcionalidade, deve ser reservado a profissional recrutado por sistema de mérito e aprovação em certame público, nos termos do art. 98 a 100, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2132029-58.2015.8.26.0000 – São Paulo – Órgão Especial – Rel. Ferreira Rodrigues – J. 07/10/2015)

Acesso ao Sumário

Convém registrar que, ainda que se afirme que exista o julgamento de um recurso extraordinário interposto em outra ação direta de inconstitucionalidade semelhante, não há decisão vinculante sobre o tema que impeça a manutenção do entendimento acerca da inconstitucionalidade.

Desse modo, forçoso reconhecer, na parte em que a ação não está extinta, a violação das normas constitucionais, configurando-se vício de inconstitucionalidade material, devendo ser declarada a inconstitucionalidade das expressões "Diretor Jurídico", "Assessor Especial da Presidência", "Assessor da Mesa Diretora", "Assessor Político da Presidência" e "Assessor Político Externo", constantes no art. 5º e Anexos II e III da Lei nº 5.199, de 25 de junho de 2014; bem como das expressões "Assessor Político Externo" e "Assessor Político de Vereador", inseridas no art. 2º, "Assessor Político da Presidência", do art. 4º, e "Diretor Jurídico", "Assessor Especial da Presidência", "Assessor da Mesa Diretora", "Assessor Político da Presidência" e "Assessor Político de Vereador", constantes no Anexo I e II da Lei nº 5.491, de 29 de março de 2017, do Município de São Caetano do Sul.

Por outro lado, como já registrado acima, a ação deve ser julgada extinta, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, no ponto que envolve a expressão "Assessor Político Interno" em razão de o cargo ter sido extinto pela lei mais recente, também contestada neste pleito, de modo que, nesta parte, configura-se a perda superveniente de seu objeto.

Entretanto, mostra-se necessário modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, diante da necessária segurança jurídica e interesse público de conferir tempo à Administração Municipal para que reorganize o quadro de pessoal, com exoneração dos eventuais ocupantes dos mencionados cargos em comissão e reestruturação com o início da adoção do provimento pelo sistema de mérito. Desse modo, a inconstitucionalidade passará a ter eficácia após o período de 120 (cento e vinte) dias, contados desta decisão.

Ante o exposto, **julgo extinta a ação, sem resolução do mérito**, por superveniente perda do interesse de agir, quanto à expressão "Assessor Político Interno", e, no mais, **julgo procedente** a presente ação para o fim de declarar a inconstitucionalidade nos termos supramencionados, com modulação dos efeitos.

Acesso ao Sumário

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2100082-83.2015.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE CATANDUVA, é agravado SINDICATO DOS FUNCIONÁRIOS E SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE CATANDUVA – SIMCAT.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ARTUR MARQUES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n. 29.978)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

PEREIRA CALÇAS, Presidente e Relator

Ementa: Agravo interno – Decisão que possibilitou a execução do dissídio coletivo de greve de forma individual – Fracionamento inexistente – Consonância com decidido em tese de repercussão geral e em recurso repetitivo – Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Irresignado com a decisão que possibilitou a execução do dissídio coletivo de greve de forma individual pelos interessados, mediante advogado particular, o Município de Catanduva interpôs agravo interno.

Sustenta ofensa ao art. 100, § 8º, da Constituição Federal, por não ter a ação que originou a execução decorrido de litisconsórcio ativo facultativo, mas de ação coletiva, ajuizada pelo Sindicato para defender o interesse de seus

filiados. Nesse contexto, argumenta, descabe a execução individual dos créditos, que resultaria no fracionamento da execução, com expedição de RPVs de um crédito que, globalmente, seria pago por precatório.

Anota-se o oferecimento de contraminuta (fls. 47/49).

É o relatório.

O reclamo recursal não merece acolhida.

Conforme consignado no item II, da decisão agravada (fls. 697/698, dos autos principais): *"Esta execução poderá ser promovida pelo sindicato, na condição de substituto processual, ou de forma* ***individual****, mediante advogado particular, se assim preferirem os interessados."*

Ao contrário do que sustentou o agravante, não é possível depreender, com a devida vênia, a alegada ofensa ao rito dos precatórios.

Isto porque a decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, reafirmada em julgamento de repercussão geral, quando firmada a tese de que *"não viola o art. 100, § 8º, da Constituição Federal a execução individual de sentença condenatória genérica proferida contra Fazenda Pública em ação coletiva visando à tutela de direitos individuais homogêneos"* (Tema 873, ARE 925.754).

Exatamente a situação destes autos, como se percebe.

A hipótese não é de fracionamento do crédito, situação expressamente vedada pelo art. 100, § 8º, da CF, pois sendo a execução promovida em regime de litisconsórcio ativo facultativo, para aferição da dívida, para os fins do art. 100, § 3º, da Constituição Federal, deve-se levar em conta o crédito individual de cada exequente e não o montante global exequendo.

Nesse sentido, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.347.736/RS, submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que:

"O fracionamento vedado pela norma constitucional toma por base a titularidade do crédito. Assim, um mesmo credor não pode ter seu crédito satisfeito por RPV e precatório, simultaneamente. Nada impede, todavia, que dois ou mais credores, incluídos no polo ativo da mesma execução, possam receber seus créditos por sistemas distintos (RPV ou precatório), de acordo com o valor que couber a cada qual. 8. Sendo a execução promovida em regime de litisconsórcio ativo voluntário, a aferição do valor, para fins de submissão ao rito da RPV (art. 100, § 3º da CF/88), deve levar em conta o crédito individual de cada exequente. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ".

Destarte, era mesmo o caso de admitir-se a execução individual dos créditos.

Acesso ao Sumário

Observe-se que razões de outra ordem, que foram levantadas no agravo, como a dificuldade econômica da Municipalidade e o suposto tumulto processual que seria gerado pelas execuções individuais, não podem servir de obstáculo ao exercício da faculdade processual dos credores de, em assim o querendo, promover a execução individual.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego** provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2016657-56.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MARCOS ROBERTO DE OLIVEIRA FRANÇA, é agravado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.982)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 30 de janeiro de 2019.

PÉRICLES PIZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. Mandado de segurança. Inconformismo relacionado à exclusão do *writ* em razão da decadência. Agravo objetiva, em verdade, debater decisão pretérita, que aplicou ao impetrante a sanção disciplinar. Pleito revisional não possui o condão de obstar o transcurso do prazo extintivo do direito ora postulado. Eclosão do lapso decadencial de 120 dias. Súmula nº 430, do STF. Decisão mantida. Agravo Regimental não provido.

VOTO

I – MARCOS ROBERTO DE OLIVEIRA FRANÇA impetrou o presente Mandado de Segurança, contra ato do Excelentíssimo Governador do Estado de São Paulo, alegando violação a direito líquido e certo, em decorrência do não conhecimento de seu Recurso Hierárquico interposto.

Como constou do relatório do despacho às fls. 1953/1954, sustentou o Impetrante *"que exercia o cargo de policial militar quando foi expulso da corporação em 12 de setembro de 2014, por ato sancionatório do Comandante-Geral da Polícia Militar. Em 26 de abril de 2017 requereu a revisão administrativa (fls. 1845/1855), pleito não conhecido pelo Comandante Geral da Força Policial por decisão datada de 1º de junho de 2017 (fl. 1862). Diante disso, em 05 de junho subsequente, interpôs Recurso Hierárquico (fls. 1875/1884) formulado perante o Governador do Estado de São Paulo, que igualmente deixou de conhecer o pedido formulado (fl. 1942). Daí a impetração do presente mandamus, sob a alegação de que o indeferimento proferido pelo Governador Bandeirante é manifestamente ilegal, estando presentes os requisitos necessários ao provimento de seu pedido de revisional"*.

Sobreveio decisão monocrática deste Relator extinguindo o *writ* em razão do reconhecimento da decadência, uma vez que o ato sancionatório do Comandante-Geral da Polícia Militar ocorreu no dia 12 de setembro de 2014 e a impetração do *mandamus* foi realizada no dia 07 de fevereiro de 2018, tendo decorrido mais de 120 (cento e vinte) dias.

Isto porque, conforme consolidado entendimento doutrinário e jurisprudencial, deve-se considerar como início do lapso decadencial a data da publicação da expulsão do impetrante da corporação da Polícia Militar do Estado de São Paulo, qual seja, 12 de setembro de 2014.

Diante do aventado, o impetrante ingressa com o presente **Agravo Interno**, com pedido de reconsideração.

Em suma, alega que havia previsão legal para o recurso e que o prazo decadencial deveria ser contado do ato que não conheceu do referido recurso e não da pena de expulsão do impetrante.

Argumenta que *"a r. decisão agravada confunde pedido de reconsideração de ato com pedido de revisão administrativa, procedimentos administrativos de características diversas e indissociáveis"*. Ainda, aduz que *"o pedido revisional manejado pelo Agravante e negado pela autoridade julgadora, desafiava recurso hierárquico para o Nobre Agravado, o qual prolatou a decisão foi alvo do mandado de segurança. Desta forma, o dies a quo relativo ao prazo decadencial deve ser contado a partir da publicação dessa decisão e não da publicação do ato sancionatório, como se fez"*.

Acesso ao Sumário

A Procuradoria do Estado requereu o improvimento ao agravo interposto, mantendo-se integralmente a r. decisão agravada (cf. fls. 15/23 do incidente).

É o relatório.

II – As alegações trazidas nas razões de agravo não abalam os fundamentos da decisão recorrida, que deve prevalecer incólume.

Com efeito, a r. decisão consignou que:

"(...) Diante disso, em 5 de junho subsequente, interpôs Recurso Hierárquico (fls. 1875/1884) formulado perante o Governador do Estado de São Paulo, que igualmente deixou de conhecer o pedido formulado em 24 de outubro de 2017 (fl. 1942). Conforme bem pontuou o parecer da zelosa Procuradoria-Geral de Justiça o pedido de revisão de pena administrativa agora trazido a este e. Juízo por meio do writ constitucional, que não se lastreia em fato novo, equivale ao pedido de reconsideração, o qual não interrompe o prazo decadencial de 120 dias para a impetração de mandado de segurança (fl. 1988)".

Dessa forma, a decadência se mostra bem assentada na r. decisão agravada.

Aliás, esse é o entendimento pacificado deste Colendo Órgão Especial:

MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração em face de ato Governador do Estado, que não conheceu do recurso hierárquico, mantendo a decisão de expulsão de policial militar – **Decisão sancionatória impositiva da pena datada de 1999 – Pedido de revisão administrativa formulado em 2017, mais de dezoito anos após o ato expulsório** – Mandado de segurança impetrado em 2018, perto de dezenove anos após a aplicação da sanção (1999), ou seja, muito depois de vencido o prazo decadencial de cento e vinte dias (art. 23 da Lei 12.016/2009) – **Pedido de revisão de pena administrativa, agora trazido por meio do writ, que equivale a pedido de reconsideração, não se lastreando em fato novo – "Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança" (Súmula 430 do STF)** – Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e deste C. Órgão Especial, em casos semelhantes – Reconhecimento da decadência – Denegação da segurança, julgado extinto o processo com fundamento no art. 487, II, CPC, c.c. o art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009. Segurança denegada. (Mandado de Segurança 2096215-77.2018.8.26.0000; Rel. João Carlos Saletti, Data do Julgamento: 19/09/2018).

MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão clara e diretamente deduzida de que seja revista decisão que demitiu o impetrante da corporação – Ato praticado pelo Comandante Geral da Polícia Militar, publicado em 04 de dezembro de 2014 – Interposição de recurso hierárquico não conhecido pelo Secretário da Segurança Pública, por decisão publicada em

Acesso ao Sumário

17.06.2015 – Representação endereçada ao Governador do Estado, não conhecida, por incabível – Representação, ademais, que não interrompe o prazo para o mandado de segurança (Súmula 430 do STF) – Decadência reconhecida, segurança denegada.

Denegação da segurança, por reconhecimento da decadência, extinto o processo com fundamento no artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 6º, parágrafo 5º, da Lei n. 12.016/2009. (Mandado de Segurança nº 2227330-95.2016.8.26.0000, Relator Des. João Carlos Saletti, j. 24/05/2017). (original sem grifo).

Portanto, inegável a ocorrência da decadência.

Ademais, somente a título de argumentação, consigno que a intenção do impetrante é a reforma do resultado do processo administrativo que culminou na sua expulsão dos quadros da Polícia Militar.

E, conforme se depreende dos autos, não existe omissão da autoridade impetrada, uma vez que ela já decidiu sobre o pedido recursal (cf. fls. 1942).

O fato de o Governador do Estado de São Paulo não ter conhecido do pedido *"devendo a decisão punitiva ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos"*, não significa que não realizou análise, mas apenas teve uma conclusão contrária à pretensão do impetrante.

Dessa forma, houve decisão e não omissão por parte do Governador, mesmo que não conhecendo do recurso.

Portanto, ressalvada a ausência de evidências sobre a necessidade de anulação do ato administrativo, eventual discussão sobre o mérito da sanção imposta não pode ser julgada pelo Poder Judiciário, por se tratar de matéria de ordem administrativa, não podendo haver ingerência de um poder sobre o outro.

Diante disso, ausentes razões a justificar a alteração do decidido, o improvimento deste agravo regimental se impõe como melhor medida.

Ante o exposto, por meu voto, **nego provimento** ao Agravo Regimental, mantendo-se a r. decisão atacada.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2209942-14.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE AMERICANA, é agravado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE AMERICANA.

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 31505)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 30 de janeiro de 2019.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE INDEFERIU MEDIDA LIMINAR NOS AUTOS DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZADORES DA MEDIDA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA ANTE A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS APTOS A MODIFICAR A CONVICÇÃO E O PRUDENTE ARBÍTRIO DA RELATORA DIANTE DO CONJUNTO PROBATÓRIO.

Agravo improvido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão que indeferiu medida liminar nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo ora Agravante, tendo como objeto a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.644, de 16 de abril de 2014, que dispõe sobre "a fixação de postes nos passeios públicos para o fornecimento de serviços públicos, na forma que especifica".

O agravante reitera os argumentos trazidos na inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou seja, que os vícios de inconstitucionalidade, especialmente quanto ao disposto pelos artigos 5º "caput", 47 e 144, parte final, da Constituição Estadual, se mostram flagrantes, de modo que presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Aduz que o perigo da demora decorre especialmente da ideia de que, sem a imediata suspensão da

vigência e eficácia do preceito legal questionado, subsistirá a sua aplicação.

Contraminuta às fls. 14/33 e documentos de fls. 34/100, pleiteando o julgamento de improcedência do agravo.

É o relatório.

Com efeito, busca-se nos autos principais a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.644, de 16 de abril de 2014, a qual dispõe sobre "a fixação de postes nos passeios públicos para o fornecimento de serviços públicos, na forma que especifica", sob o argumento de que o ato normativo impugnado está em flagrante afronta às disposições constitucionais: 1) por vício formal (arts. 5º, 47 e 144 da Constituição Estadual), eis que houve ingerência do Poder Legislativo em atribuições exclusivas da Administração Pública, ao estabelecer requisitos de instalação de postes de energia elétrica, prazos de execução, gratuidade e penalidade no caso de descumprimento de suas normas; 2) por vício material, eis que avençou sobre questão referente a contrato de concessão de energia elétrica de competência exclusiva da União (arts. 21, XII, 22 e 175 da Constituição Federal).

Em que pese o esforço e a combatividade do agravante, entendo que a decisão que indeferiu a liminar deve ser mantida, pois foi concedida dentro do juízo de cognição sumária desta relatora, levando-se em conta seu prudente arbítrio e livre convencimento com relação aos elementos de convicção presentes nos autos.

Outrossim, diversamente do sustentado pelo agravante, não restaram demonstrados os requisitos dos arts. 300 e ss do CPC, em especial, o *periculum in mora*, primeiramente porque a lei impugnada está vigente há mais de quatro anos, sem que nenhuma medida tivesse sido tomada em face do seu conteúdo, bem como porque deixou o ora agravante de demonstrar, concretamente, o perigo da manutenção da eficácia da medida até o julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade.

Ora, a mera alegação de que a lei possui vício de inconstitucionalidade não é suficiente para demonstrar a comprovação da existência do requisito do *periculum in mora* previsto no art. 300 do CPC. Os argumentos deduzidos pelo agravante se traduzem em valoração do mérito da ação principal.

Enfim, à mingua de comprovação do desacerto da r. decisão agravada e justificadas as razões do indeferimento da liminar, estas restam mantidas por seus próprios e jurídicos fundamentos, sem prejuízo, evidentemente, do que o C. Órgão Especial vier a decidir em julgamento final, quando haverá o aprofundamento no exame das razões recursais de mérito trazidas à baila.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2145719-91.2014.8.26.0000/50002, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FENASEMPE – FEDERAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS, são agravados CSPB – CONFEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO BRASIL e PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

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 29.998)**

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, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

PEREIRA CALÇAS, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Interno – Decisão que determinou o depósito em juízo de valor indevidamente recebido pela agravante – Constatação de desvio de procedimento inaceitável por parte da FENASEMPE, a atentar contra a diretriz normativa do artigo 586 da CLT no que concerne à forma de recolhimento da Contribuição Sindical – Decisão da Presidência que visou salvaguardar o correto cumprimento do julgado – Ausência de arbitrariedade – Agravo não provido.

VOTO

Inconformada com a decisão que determinou o depósito em juízo do remanescente do saldo integral de R$ 499.218,06 que lhe foi indevidamente transferido, a Federação Nacional dos Servidores dos Ministérios Públicos Estaduais – FENASEMPE interpôs agravo interno sob alegação de que a

Acesso ao Sumário

competência para novas decisões no mandado de segurança seria da Justiça do Trabalho, além do que seria arbitrária a decisão que determinou o depósito de valores recebidos pela agravante de boa-fé.

Anota-se o oferecimento de contraminutas (fls. 22/25 e 27/38).

É o relatório.

I – O reclamo recursal não merece acolhida.

No caso, os autos são de mandado de segurança impetrado contra omissão do impetrado em descontar em folha de pagamento dos servidores a contribuição sindical. Transitada em julgado a decisão, determinou-se o cumprimento do julgado.

Com efeito, os documentos juntados pela Confederação sugeriram desvio de procedimento inaceitável por parte da FENASEMPE, a atentar contra a diretriz normativa do artigo 586 da CLT no que concerne à forma de recolhimento da Contribuição Sindical, o que motivou a determinação de apreensão do montante comprovadamente repassado à agravante, via BACENJUD.

Frustrados os efeitos do bloqueio on line, visto que a quantia apreendida foi irrisória, frente ao valor recebido pela agravante, determinou-se que esta depositasse o valor indevidamente recebido no prazo de 5 dias, momento em que a agravante requereu a reconsideração da decisão, e extinção da execução pelo cumprimento da obrigação.

II – A alegação de incompetência da Justiça Estadual para apreciar questões relativas à execução do julgado transitado em julgado no mandado de segurança não se sustenta, pois a matéria não se ajusta às situações previstas no artigo 114, III, da Constituição Federal, que prevê ser *competente a Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores.*

Observe-se que a presente ação diz respeito a mandado de segurança impetrado contra decisão que teria negado o desconto em folha de pagamento de servidores públicos dos valores referentes à contribuição sindical, matéria análoga àquela decidida pelo Supremo Tribunal Federal no ARE nº 758.236/RN e no CC 73.651, onde se fixou a competência da Justiça Comum Estadual.

Além disso, tal alegação apenas no presente agravo, após outras oportunidades de manifestação por parte da agravante nos autos principais, se mostra contraditória e beira à má-fé.

III – As demais questões trazidas no presente agravo interno já foram objeto de análise pela decisão proferida nos autos principais (fls. 616/620), que indeferiu o pedido de reconsideração formulado pela agravante. Ali restou consignado que a cobrança da contribuição sindical se perfaz em regime de litisconsórcio facultativo unitário, haja vista, de um lado, a comunhão de direitos dos credores em relação à lide, e, de outro, o caráter uno, incindível da relação

Acesso ao Sumário

obrigacional, sob o ponto de vista do empregador, a determinar, ao menos a princípio, a homogeneidade de solução do litígio em relação aos eventuais litisconsortes ativos.

Neste contexto, a agravante, agindo isoladamente ou em litisconsórcio, atua, a um só tempo, postulando em nome próprio na tutela de direito próprio, no que concerne à cota parte que lhe cabe, e em nome próprio na tutela de direito alheio, no que toca à cota parte pertencente aos demais destinatários da contribuição sindical, segundo a diretriz normativa do art. 589 da CLT.

Bem por isso, com ou sem habilitação dos credores nominados no referido dispositivo legal, ao devedor da contribuição sindical, por tal condenado judicialmente, cumpre efetuar o integral pagamento da obrigação, em estrita observância aos ditames cogentes dos arts. 583, 586 e 589 da CLT, este último a definir as cotas partes devidas a cada qual dos credores.

Dito isso, razão não há a legitimar a indignação veiculada pela agravante, em relação à postura adotada por esta Presidência na salvaguarda do exato cumprimento do julgado.

Pouco importa se por iniciativa de sua patrona, ou em razão de erro do funcionário do Ministério Público Bandeirante, o fato é que a conduta adotada desviou-se do comando cogente dos arts. 583 e 586 da CLT, no que concerne à forma de recolhimento da contribuição sindical, definida por Instrução Normativa precisamente com vistas a assegurar que o pagamento se perfaça em observância às parcelas do crédito segundo a divisão preconizada pelo art. 589 do referido diploma legal.

À patrona da FENASEMPE, com atuação focada na área sindical, evidentemente, não era dado desconhecer tal realidade, e, portanto, não se houve com lealdade perante o serventuário do Ministério Público Bandeirante ao deixar de orientá-lo a promover o pagamento da contribuição sindical em estrita observância aos ditames legais mencionados, e o que é pior, instando-o a realizar o depósito em conta corrente, no valor **integral** do crédito, conforme o evidencia o documento juntado nos autos principais às fls. 584.

Não menos grave é o quadro fático derivado de tal proceder, haja vista que, malgrado as alegações de repasse das parcelas do crédito devidas, respectivamente, à Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB e à "Conta Especial Emprego e Salário", o mesmo não pode ser dito em relação às parcelas do crédito devidas à Central Sindical e ao SINDSEMP/SP (CLT, art. 589, II, "b" e "d").

Ressalte-se que, em suas razões recursais, a agravante não apresentou novos argumentos, além dos já apreciados no momento da prolação da decisão recorrida, bem como do pedido de reconsideração.

Destarte, o caso era mesmo de determinar o depósito em juízo do

remanescente do saldo integral de R$ 499.218,06 indevidamente recebido pela agravante, na tentativa de salvaguardar o correto cumprimento do julgado, não havendo qualquer arbitrariedade na conduta desta Presidência, até mesmo porque o bloqueio via BACENJUD anteriormente determinado restou frustrado.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego** provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2164135-68.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado SINDICATO DOS RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DE SÃO PAULO – SINDRESBAR/SP.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.904)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

MOACIR PERES, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Estadual n. 16.796, de 14 de julho de 2018, que "determina a todos os estabelecimentos comerciais no Estado que disponibilizem copos descartáveis de cor predominantemente azul, com a inscrição 'zero açúcar' visível, para utilização em máquinas de refrigerantes".

I. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO ESTADO

Acesso ao Sumário

– Competência concorrente para legislar sobre consumo – Estado que apenas especificou a legislação federal, que já garante aos consumidores os direitos à vida, saúde e segurança e à informação – Precedente do E. STF – Atendimento ao princípio federativo (artigo 1º da Constituição do Estado de São Paulo) – Legislação sobre matéria vinculada a consumo apenas suplementar, respeitadas as normas federais existentes.

II. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA RAZOABILIDADE – Legislação estadual que tem por objeto específico ampliar a segurança e a informação prestadas ao consumidor – Obrigação imposta que atende às finalidades perseguidas pelo legislador – Eventuais impactos em contratos e parcerias entre fornecedores e distribuidores de bebidas que deverão ser ajustados nos termos da nova lei – Prevalência do direito à liberdade de escolha do consumidor e do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o princípio da livre iniciativa.

Inocorrência de inconstitucionalidade. Ação julgada improcedente, revogada a liminar concedida. Agravo interno prejudicado.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 16.796, de 14 de julho de 2018, que "determina a todos os estabelecimentos comerciais no Estado que disponibilizem copos descartáveis de cor predominantemente azul, com a inscrição 'zero açúcar' visível, para utilização em máquinas de refrigerantes".

O autor discorre sobre sua legitimidade ativa. Alega que há vício de inconstitucionalidade formal, pois o Estado não seria competente para legislar sobre a matéria, invocando o artigo 1º da Constituição Estadual. Diz que a norma impugnada trata de propaganda comercial, explicando que os estabelecimentos são obrigados contratualmente a utilizar, muitas vezes, copos de determinada cor para evocar determinada marca. Diz que, nos termos do artigo 22, inciso XXIX, da Constituição Federal, compete à União dispor sobre propaganda comercial. Cita julgados. Acrescenta que, nos termos do artigo 220, § 4º, da Constituição Federal, só se podem criar limitações nessa matéria quanto às propagandas

Acesso ao Sumário

comerciais de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias. Assere que também há ofensa ao princípio da razoabilidade, inscrito no artigo 111 da Constituição Estadual. Argumenta que não se trata de matéria de interesse do Estado, de modo que há indevida intromissão no exercício de atividade econômica privada, em afronta a ato jurídico perfeito e de forma desproporcional aos fins perseguidos pelo legislador. Invoca o parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal. Diz que o Estado deveria orientar as pessoas com restrições ao consumo de açúcar a evitar o consumo de bebidas potencialmente danosas. Cita jurisprudência. Aduz que estão presentes os requisitos para a concessão da liminar (fls. 1/14).

A liminar foi deferida (fls. 68/69).

Os réus prestaram informações (fls. 101/113 e 120/121).

Intimado, nos termos do artigo 90, § 2º da Constituição Estadual, o Procurador Geral do Estado manifestou-se a respeito do ato impugnado (fls. 115/118).

A douta Procuradoria Geral de Justiça requereu a improcedência da ação (fls. 124/130).

É o relatório.

A Lei Estadual n. 16.796, de 13 de julho de 2018, assim dispõe:

Artigo 1º *– Todos os estabelecimentos comerciais no Estado devem disponibilizar copos descartáveis de cor predominantemente azul, com a inscrição "zero açúcar" visível, para utilização em máquinas de refrigerantes.*

Parágrafo único *– Os estabelecimentos de que trata o "caput" ficam obrigados a manter o uso de sinalização na tampa do copo com a marcação de produto zero açúcar.*

Artigo 2º *– Os copos referidos no artigo 1º só podem ser utilizados para refrigerantes com zero açúcar, ficando vedada utilização diversa.*

Parágrafo único *– Fica vedado o uso do respectivo copo em sucos naturais ou artificiais.*

Artigo 3º *– Os estabelecimentos devem garantir ao menos 10% (dez por cento) da quantidade habitual dos copos utilizados para a finalidade de que trata esta lei.*

Artigo 4º *– Fica estabelecida multa de 100 (cem) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs) em caso de descumprimento da presente lei.*

Artigo 5º *– Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.*

1 – COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO ESTADO

Como é cediço, "a repartição de competências é considerada como um dos elementos essenciais ao federalismo e sua caracterização efetiva." (André Ramos Tavares. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva,

Acesso ao Sumário

2011. p. 1.151).

Com efeito, a Constituição Federal assegura à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência legislativa concorrente para dispor sobre o consumo (artigo 24, inciso V, Constituição Federal). No exercício dessa competência, cabe à União traçar regras gerais e aos Estados e ao Distrito Federal complementá-las.

A lei em análise determina a utilização de copos de cor predominantemente azul, com a inscrição "zero açúcar" visível, pelos estabelecimentos empresariais que sirvam bebidas a partir de máquinas.

Trata-se de medida de proteção a uma classe de consumidores, aqueles que não podem ou não querem consumir açúcar.

No exercício de sua competência legislativa, a União editou o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, que assim dispõe:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

[...]

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

A lei federal já garante aos consumidores, portanto, os direitos à proteção de sua vida, saúde e segurança e à informação a respeito das qualidades dos produtos adquiridos, especialmente quando esses oferecerem risco à saúde ou à segurança – situação em que se enquadraria a bebida com açúcares para uma pessoa diabética.

Ressalve-se, nesse ponto, que não é apenas aos diabéticos que interessa a correta informação a respeito das bebidas disponibilizadas, pois o consumidor tem o direito de escolha e de que essa escolha seja observada pelo fornecedor.

O Estado de São Paulo, também no exercício da competência legislativa concorrente, suplementou a legislação federal existente, especificando o ponto relativo ao fornecimento de bebidas desprovidas de açúcares. Trata-se de verdadeira particularização da norma geral já vigente.

Muito recentemente, assim julgou o E. Supremo Tribunal Federal:

Acesso ao Sumário

CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI ESTADUAL 7.202/2016 DO RIO DE JANEIRO. RESTRIÇÃO À COBRANÇA DE TAXAS POR INSTITUIÇÕES PARTICULARES DE ENSINO SUPERIOR. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR. FORTALECIMENTO DO FEDERALISMO CENTRÍFUGO. EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 2. A própria Constituição Federal, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I). 3. Cabe ao intérprete priorizar o fortalecimento das autonomias regionais e locais e o respeito às suas diversidades como pontos caracterizadores e asseguradores do convívio no Estado Federal, que garantam o imprescindível equilíbrio federativo. 4. A Constituição Federal, no tocante à proteção e à defesa do consumidor, estabelece competência concorrente entre a União, os Estados-Membros e o Distrito Federal. Cabe àquela editar normas gerais, e, a estes, legislar de forma supletiva ou complementar (art. 24, §§ 1º e 2º, da CF). 5. A Lei 7.202/2016 do Estado do Rio de Janeiro não substitui a disciplina do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), mas a complementa, com o objetivo de ampliar a proteção dos consumidores fluminenses em aspectos peculiares a exigências locais, conforme faculta a Constituição Federal. 6. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5462/RJ – Rel. Min. Alexandre de Moraes – j. em 11/10/18 – v.u.).

E, ao contrário do que alega o autor da ação, não se trata de regulamentação da propaganda comercial, que caberia privativamente à União (artigo 22, inciso XIX, da Constituição Federal). A lei impugnada impõe obrigação aos fornecedores no âmbito do fornecimento do produto, e nada dispõe sobre propaganda.

Por essa razão, verifica-se que o Estado de São Paulo era mesmo competente para dispor sobre a matéria.

2 – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E AO DA LIVRE INICIATIVA

A imposição da obrigação de servir as bebidas sem açúcar em copos distintos visa apenas a aumentar a garantia dos consumidores de que realmente estão recebendo a mercadoria solicitada.

Acesso ao Sumário

Além das pessoas que não podem consumir açúcares por razões de saúde, como os diabéticos, há uma grande parcela da população que opta por reduzir o consumo dessas substâncias.

É certo que, na atualidade, em razão da notória preocupação com o aumento da obesidade e das doenças metabólicas dela decorrentes, há um evidente aumento da escolha de alimentos e bebidas conforme os seus atributos, o que tem levado pessoas não diabéticas a consumir bebidas sem açúcares. Independentemente da eficácia desse hábito contemporâneo no que toca ao controle da obesidade e das referidas doenças, é direito do consumidor escolher o produto que deseja adquirir e que o produto por ele seja efetivamente o fornecido.

Trata-se de um dos direitos mais básicos do consumidor, ligado à sua liberdade individual.

O autor da ação alega que a lei impugnada viola a livre iniciativa e o princípio da razoabilidade, pois impõe aos estabelecimentos empresariais obrigações que poderão impactar contratos por esses firmados com terceiros e que, ademais, não atingem a finalidade prevista pelo legislador – a proteção à saúde do consumidor.

Em primeiro lugar, trata-se de regra a ser observada por todos os fornecedores de refrigerantes servidos em máquinas, tenham ou não contratos de parceria ou de exclusividade dos quais decorra a obrigação de utilização de copos específicos. Ora, a imposição de obrigação legal que porventura gere o descumprimento de obrigação contratual exime o contratante da responsabilidade pelo inadimplemento, por se tratar de fato externo e inevitável. Não há se falar, portanto, em prejuízo decorrente do descumprimento de acordos com as distribuidoras de bebidas, que, diante da nova legislação, deverão também se adequar às novas exigências. Caso queiram continuar impondo aos estabelecimentos a obrigação de utilização de copos determinados, deverão passar a produzir e a fornecer copos que, além de servir aos seus interesses comerciais, observem as novas disposições legais.

Acesso ao Sumário

Ademais, a obrigação imposta atende aos critérios da razoabilidade. A intenção do legislador é garantir aos consumidores maior segurança de que o produto solicitado – bebida sem açúcar – é efetivamente o fornecido. A imposição da obrigação de fornecimento de referidas bebidas em copo de cor diferente e com dizeres em destaque atende a essa finalidade, ainda que mediante a imposição de ônus aos fornecedores.

É verdade que algum funcionário, por descuido, poderá servir bebida com açúcar em copo que atenda às especificações da lei. No entanto, é muito mais provável que esse engano ocorra na atualidade, pois copos iguais são utilizados para o fornecimento de bebidas aparentemente idênticas mas de composição

bem diversa.

De fato, com copos rigorosamente iguais, é mais fácil a troca, pelos próprios funcionários, de uma bebida com açúcares por outra sem açúcares que tenha a mesma cor e aparência. A principal diferença entre uma e outra está no sabor, e os atendentes, a fim de afastar eventuais enganos, não podem provar as bebidas antes de servi-las...

Dessa forma, a obrigação imposta pela lei tende a facilitar, inclusive, a própria prestação do serviço, tendo o potencial de evitar desperdícios em caso de dúvidas a respeito do conteúdo de copos com bebidas aparentemente iguais.

Não se pode falar, portanto, em ofensa aos princípios da livre iniciativa e da razoabilidade.

Como bem salienta a douta Procuradoria-Geral de Justiça, "impende ressaltar que no confronto entre os princípios da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana, sob o viés da saúde humana, princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 1º, III e IV, da Constituição federal, por isso de observância obrigatória pelos municípios (sic), a teor do artigo 144 da Constituição Estadual, esse há de prevalecer sobre aquele segundo as regras de ponderação, dada a preponderância, a grandeza e a relevância.

Assim, não se verifica a alegada incompatibilidade da lei vergastada com os princípios do pacto federativo, da livre iniciativa e da razoabilidade.

Ante o exposto, julgo a ação improcedente, revogando a liminar concedida, prejudicado o agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2162093-46.2018.8.26.0000/50000, da Comarca São Paulo, em que é agravante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS, é agravada ASSOCIAÇÃO DOS AUDITORES FISCAIS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPINAS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.903)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO

Acesso ao Sumário

CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

GERALDO WOHLERS, Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. Pretensão de desfazer decisão que deferiu pedido liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, a qual está sendo julgada juntamente com o presente inconformismo e abrange tudo o que aqui se impugna. Recurso prejudicado.

VOTO

Vistos, etc...

1. Trata-se de Agravo Interno (fls. 01 do apenso) interposto pelo Exmo. Sr. Prefeito do Município de Campinas, por intermédio de ilustres Procuradores municipais, em face de r. decisão monocrática e concessiva de antecipação de tutela, proferida nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade (de nº 2162093-46.2018.8.26.0000), ajuizada esta pela *Associação dos Auditores Fiscais da Prefeitura Municipal de Campinas*, visando à declaração de inconstitucionalidade do *"artigo 1º, da Lei Municipal nº. 15.637, de 25 de junho de 2018, do Município de Campinas"* (fls. 317).

O agravante motivou o inconformismo a fls. 02/15 do apenso. Postula a reversão do desfecho sob os argumentos centrais de que: ***a)*** *"não se vislumbra inconstitucionalidade in abstracto da norma, visto que o dispositivo legal ora impugnado não atribuiu expressamente a competência para o exercício das atividades que foram delegadas à autarquia para o cargo de agente de fiscalização ou para o Sr. Presidente da autarquia; por consequência, não restou configurado o desrespeito ao comando constitucional atinente ao ingresso no serviço público mediante concurso público"* (fls. 09, idem); ***b)*** *"não se observa inconstitucionalidade na delegação de competência para executar as atividades descritas no dispositivo legal ora impugnado, primeiro porque foram atribuídas por lei a uma pessoa de direito público (autarquia); segundo porque não se trata de repassar para a autarquia competência indelegável, mas atividades administrativas inerentes à capacidade tributária ativa"* (fls. 10, ibidem).

Contraminuta a fls. 20/40.

É o relatório.

2. O exame da pretensão deduzida perdeu razão de ser, porquanto a retromencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade, **que abrange tudo o**

Acesso ao Sumário

que aqui se impugna, está sendo julgada juntamente com o presente recurso.

3. Ante o exposto, meu voto **julga prejudicado** o inconformismo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0107862-36.2000.8.26.0000/50011, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados MILTON JOSÉ TRIANO, MARIA APARECIDA VIGILANTE, MARIO CLEMENCIO DA SILVA, MARIO DOMINGOS GENTILLE (POR CURADOR), CIBELE TRAZZI GENTILE (CURADOR(A)), MÁRIO PERRI MARTINS, MELLYNALDO GOMES GRANJA, MIGUEL FERZE TAU, MILTON DA SILVA ANGELO, MARIA APARECIDA RIBEIRO DO NASCIMENTO, NATANAEL PINHEIRO DA SILVA, NELSON JACOB CAMINADA, NEY AMARAL BARBOSA, NUNCIO DI GIACOMO FILHO, ODILON AMARAL NOGUEIRA, ORESTE ANTONIO FERRO, ORLANDO MIRANDA FERREIRA, OSWALDO GALVÃO DE FRANÇA FILHO, PAULO LUIZ GENTIL, LUIZ CARLOS DO AMARAL, LAUDELINO VIEIRA PINTO, LAURO FRANCISCO COSTA NOGUEIRA, LEVINO MANOEL RIBEIRO, LOURIVAL AUGUSTO GERALDINI, LUIZ ALBERTO CORREA DA SILVA, LUIZ APOLONIO JUNIOR, LUIZ BERNI, LUIZ CARLOS DE CARVALHO CAMPOS, MARCO AURELIO BOTINO DOURADO, LUIZ CARLOS SERIKAKU, LUIZ DE GONZAGA GOMES VASQUES, LUIZ GONÇALVES, LUIZ MAGRON, LUIZ PAULO TONELI, MANOEL DA CUNHA, MANOEL MESSIAS BATISTA, MARCIO ZUGLIANI, LAUDELINO BRAIDOTTI, JOÃO ANTONIO PINTO, ZAHIR DORNAIKA, ALFREDO CUBAS DA SILVA, ÂNGELO COIMBRA MONTEIRO, ANTONIO ANGELO CIOCCA, ARLINDO ORSOMARZO, ARMANDO PANICHI FILHO, CARLOS DE LENA, FERNANDO PINTO SILVA, WILSON STEFANELLI, JOFFRE ANTONIO DIAS BELFORT DE A. SANDIN, JOSE AUGUSTO MOREIRA LEME, JOSÉ BENEDITO BASSANI, JOSE CARLOS DOS REIS, JOSÉ WALDIR BIRELO, LAHYR ROCHA DOS SANTOS, LEVY DESPONTIN, MAURO ALBERTO NEGRAO, PAULO ROSA BARTHOLO, SCKANDAR MUSSI, PEDRO CABRAL FILHO, REINALDO BONI, RENAN LUZ LEAL, ROBERTO GIACON, RODOLPHO VALENTINO, ROSMARY CORREA, RUBENS PRATES DA FONSECA, SATIO KIMURA, WALTER LUCIANO MARINI, SEBASTIÃO LOPES, SERGIO BAFFI SOARES, SERGIO GALICIA, SILVIO SOGLIO, VALDEMAR TARIFA NAVARRO, VENÍCIO OLIVEIRA CÂNDIDO, VICENTE JOÃO CRISTÓFARO, WALTER FRANCISCO

SIQUEIRA, NATAL RODRIGUES, ANTONIO SANTOS, ANTONIO CELSO HALEMBECK, ANTONIO CESAR DONGHIA, ANTONIO HIPÓLITO DE SOUZA, ANTONIO LOPES DA FONTE FILHO, ANTONIO PEREZ DE OLIVA, ANTONIO PERUSSO PERES, ANTONIO PONTES DA SILVA, ANTONIO RUY SAMPAIO, ANTONIO CELSO ARCURI, BARTHOLOMEU BARBOSA, BENEDITO DE ALMEIDA, CARLOS ALBERTO OTTOBONI, CARLOS DANIEL VAZ DE LIMA, CARMERINDO SOARES MOTA, CELSO AUGUSTO MATUCK FERES, CHARLES RICARDO LOBO, CIRO JOSE ROSA, CLÓVIS MOSCARDI, ARCIMAR PERINA, JOSÉ MARTINS, PAULO GARCEZ NOVAES, JOSÉ DUARTE DIAS, FRANCISCO DE ANDRADE, EDUARDO VIOLI, DIVAIR PIVETTA, CARLOS GUIMARÃES DE ABREU, ASSOCIAÇAO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, ANTONIO CARLOS SILVA, VICENTE SAMPAIO DE ALMEIDA PRADO, OTONIEL GIÃO, OLAIR MARTIN PAVAN, ALCEU BATISTA COQUEIRO DE OLIVEIRA (E OUTROS(AS)), ODETE CAMARGO MARIANO DE BRITO, AFFONSO DELLA MONICA NETTO, ALBINO GONCALVES RODRIGUES, ANTONIO CARLOS DOS SANTOS NETTO, JOSÉ RICARDO PAPASSONI, JOSÉ ALMEIDA SOBRINHO, IBERE DA SILVA PORTO, JACY AMORIM REIS TEIXEIRA PINTO, JAIME DE OLIVEIRA GALINDO, JIRÔ IMAIZUMI, JOÃO APARECIDO DE CARVALHO, JOAO DE ABREU LINS FILHO, JOÃO EVANGELISTA PEREIRA, JORGIANO NOGUEIRA, HUDSON DO VAL, JOSE CARLOS MOREIRA DE OLIVEIRA, JOSÉ CELSO FREIRE, JOSÉ DOMINGUES CRISTINO, JOSÉ LAERTE GOFFI MACEDO, JOSÉ MAGALHÃES DE SOUZA, JOSE NILES GONCALVES NUCCI, JOSÉ PASSOS VALENTIM, JOSÉ QUINTO, DANIEL COSTA PEDRO DARIO GONZALEZ, FÁBIO MARCONDES HOMEM DE MELLO, DAURO GAGLIATO, DURVAL DE OLIVEIRA, EDGAR ANTUNES MONTENEGRO DUARTE, EDGARD MARTIN CASTELLAN, EDISON VICENTE CRUZ, EGLEISER LINO MIRABELLI GRILLI, ELMAR JOSÉ FERREIRA, ELY ROBERTO SANCHES, HITOSI TUBOUTI, FRANCISCO JOSÉ HIAL, FRANCISCO MARQUES EVANGELISTA, GERALDO MARINS DOS REIS, GILBERT JULES DAVID DELORT, GLAUCO DE DIVITIIS, HÉLCIO ANTONIO BARBOSA DA SILVA, HELEZENI PEREIRA MEIRA NAPOLI e HÉLIO VIEIRA DE FREITAS.

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 30.000)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER

Acesso ao Sumário

DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO e CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

PEREIRA CALÇAS, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Interno. Decisão que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença. Título executivo que determinou o pagamento da GAP aos delegados de Polícia Civil inativos associados da recorrente, sem fazer restrição com relação à data da aposentadoria. Questão que já foi amplamente debatida em embargos à execução anteriormente opostos pela Fazenda, inclusive com trânsito em julgado. Agravo desprovido.

VOTO

Inconformada com a decisão que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs agravo interno, sob a alegação de que para a execução do julgado, os exequentes devem ostentar, no momento do ajuizamento da ação coletiva, o *status* de associado e aposentado. Ainda, que a análise da questão em embargos opostos à execução manejada pela Associação, não pode ser utilizada na presente execução, por serem partes distintas.

Sem o oferecimento de contraminuta (fls. 17).

É o relatório.

Recurso infundado.

A agravante alega que esta Presidência utilizou decisão anteriormente proferida para rejeitar a impugnação, o que não seria possível dado o fato de ser uma nova execução.

Porém, no analisar da impugnação procedida por esta Presidência a decisão hostilizada apenas ressaltou que a questão posta em discussão, para além de não ter respaldo jurídico, já estava definitivamente superada, pois analisada e rejeitada na decisão pela qual foram julgados embargos à execução opostos pela agravante (fls. 482/488 do processo nº 0107862-36.2000.8.26.0000/50002 – em

Acesso ao Sumário

apenso ao 23º volume desses autos), sob idêntico fundamento.

Isso porque, apesar de serem partes ativas distintas em uma nova execução, o título executado é o mesmo e as alegações da Fazenda do Estado, ora postas em impugnação, repetem o conteúdo de precedentes embargos definitivamente rejeitados, não existindo assim, qualquer óbice à menção da decisão anteriormente proferida sobre a mesma questão, ao contrário, assim o exigindo a coerência de postura decisional. Além disso, conforme ponderado na decisão hostilizada, inadmissível a essa altura, ressuscitar questão já amplamente debatida em embargos à execução por decisão passada em julgado, pena de ofensa ao disposto no artigo 505 do Código de Processo Civil, com grave prejuízo para a segurança jurídica, notadamente a perpetuação do litígio.

Com efeito, a limitação cuja imposição postula a agravante não constou do título executivo, pois o v. acórdão pelo qual foi definitivamente julgado o processo de conhecimento determinou o pagamento da GAP aos *"Delegados de Polícia Civil inativos associados da recorrente"*, sem constar restrição pela data da aposentadoria, critério irrelevante.

No caso analisado, a agravante não contestou o fato de que **todos os exequentes já eram associados da impetrante no momento do ajuizamento da demanda** e, portanto, todos têm o direito reconhecido na sentença.

Ademais, o precedente vinculante invocado pela agravante, fixado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 612.043, pela sistemática da repercussão geral – TEMA 499, em nada lhe favorece. Nesse julgado ficou definido que *"Beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial"*.

A decisão, como se vê, nada tem a ver com a restrição defendida pela agravante (data da transição à inatividade), pois cuida apenas da questão da necessidade de ter a condição de associado no momento do ajuizamento da demanda coletiva para ser beneficiário do título executivo lá obtido, requisito, repita-se, incontroversamente cumprido, nada tendo sido analiticamente demonstrado em sentido contrário, em ordem a evidenciar tentativa de burla do juiz natural – *escopo teleológico do Tema 499* –, até porque a inatividade não encerra pressuposto da concessão da gratificação subjacente à impetração.

Observei ainda que, a tese da impugnante, ora agravante, padecia de grave falha lógica. Ao defender que apenas associados já inativos no momento da propositura da demanda seriam beneficiados pelo título executivo, sustenta que os demais deveriam aguardar a própria inatividade para então propor outra demanda. Ocorre que, quando o momento chegasse, já estaria expirado o prazo de 120 dias para impetração do mandado de segurança contra o ato coator em

questão. Sua tese impõe critério temporal que nega toda e qualquer possibilidade de satisfação do direito líquido e certo lesado, mesmo não havendo desídia por parte dos interessados.

Ressalte-se que, em suas razões recursais, a agravante não apresentou novos argumentos, além dos já apreciados no momento da prolação da decisão recorrida.

Destarte, o caso era mesmo de rejeitar a impugnação ao cumprimento de sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego** provimento ao agravo interno.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0041447-41.2018.8.26.0000, da Comarca de Pindamonhangaba, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, é suscitada CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. JOÃO CARLOS SALETTI. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ARTUR MARQUES E EVARISTO DOS SANTOS. JULGAMENTO PRESIDIDO PELO EXMO. SR. DES. ANTONIO CARLOS MALHEIROS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.803)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente), PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, SÉRGIO RUI, RICARDO ANAFE, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, PINHEIRO FRANCO e MOACIR PERES julgando o conflito procedente e competente a Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e JOÃO CARLOS SALETTI (com declaração), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, GERALDO WOHLERS

Acesso ao Sumário

e ELCIO TRUJILLO julgando o conflito procedente e competente a 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Pedido de guarda de menor. Alegação de que o pai da criança é desconhecido e de que a mãe é dependente química. Alusão a episódios envolvendo situação de risco à criança (por omissão da genitora). Ação ajuizada com base no artigo 98, inciso II, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (omissão dos pais). Matéria de infância e juventude. Competência que deve ser definida com base no artigo 33 do RITJSP. Conflito procedente. Competência da C. Câmara Especial.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Presidente da Seção de Direito Privado (fl. 180), em razão da decisão monocrática de fls. 162/164, de lavra da Juíza Ana Lúcia Romanhole Martucci, afastando a competência da Câmara Especial para conhecer do Agravo de Instrumento nº 2141423-84.2018.8.26.0000, interposto nos autos da ação de guarda de menor nº 1002686-44.2018.8.26.0445, da comarca de Pindamonhangaba.

O conflito foi suscitado com base na decisão do Desembargador Silvério da Silva (fls. 171/172), da C. 8ª Câmara de Direito Privado, que vislumbrou hipótese de situação de risco da criança e indicou a competência recursal Câmara Especial, nos termos do artigo 33 do RITJSP.

A decisão de fls. 162/164, por sua vez, argumenta que a criança, cuja guarda está sendo disputada **não se encontra em situação de risco**, o que afasta a competência da Câmara Especial para conhecimento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com as considerações de fls. 186/190, opinou pela procedência do conflito, com reconhecimento da competência da Câmara Especial.

É o relatório.

Nos termos do art. 103 do RITJSP, *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la"*.

No caso, o autor (ADS) pede a guarda de sua neta VR, alegando que o

Acesso ao Sumário

pai da criança é desconhecido; e que a mãe (GRDS) é **dependente química**. Diz, ainda, que a bisavó materna (MZR), em cuja companhia a menor tem permanecido, não dispõe de condições para exercer a guarda, inclusive porque já conta com idade avançada. Alude, ainda, a episódios envolvendo omissão da mãe e da bisavó, no que se refere aos cuidados com a saúde da criança. Mais especificamente, esclarece que sua neta nasceu *"sob severos efeitos de abstinência por uso de entorpecentes pela mãe durante a gestação"* (fl. 13) e que, por isso, necessita de especial atenção, com acompanhamento de fonoaudiólogo e fisioterapeuta, **o que não teria sido providenciado** pela mãe ou pela bisavó. Diz que – preocupado com essa situação – dirigiu-se ao Conselho Tutelar e com o termo de responsabilidade (que obteve desse órgão), buscou atendimento médico para sua neta, quando foram solicitados, dentre outras providências, a realização de *"acompanhamento de fonoaudiológico ('atraso da fala'), acompanhamento fisioterapêutico ('atraso na DNM'), acompanhamento psicológico ('risco de abstinência'); e avaliação de neurocirurgião ('dificuldade em conciliar o sono e atraso motor')*.[1] Em resumo, o autor alude **de forma clara e expressa** à situação de risco da menor e – pelo que se infere da petição inicial – invoca a guarda como medida de proteção, nos termos do artigo 98, inciso II, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (omissão dos pais)[2], **daí o reconhecimento de competência da Câmara Especial, com base no artigo 33 do RITJSP**[3]:

> *"Art. 33. A Câmara Especial, presidida pelo Vice-Presidente do Tribunal, é integrada pelos Presidentes das Seções e pelo Decano.*
>
> *Parágrafo único. Competirá à Câmara Especial processar e julgar:*
>
> .....
>
> *IV – os processos originários e os* ***recursos em matéria de Infância e Juventude****".*

Como foi bem sustentado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, *"constou da inicial da Ação de Guarda, a situação de risco da criança, o que justifica a competência relativa da Justiça da Infância e Juventude e, em sede de recurso, da Câmara Especial"* (fl. 189), principalmente diante da disposição do artigo 103 do RITJSP no sentido de que *"a competência dos diversos órgãos do Tribunal* ***firma-se pelos termos do pedido inicial****, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias*

Acesso ao Sumário

1 Diferentemente de outros precedentes, inclusive de minha relatoria (envolvendo questões secundárias nessa área), aqui, a controvérsia envolve discussão direta sobre **situação de risco da criança por omissão dos pais.**

2 Esse artigo 98 estabelece que **as medidas de proteção** são aplicáveis sempre que os direitos das crianças e adolescentes (reconhecidos na lei) forem ameaçados ou violados **por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável.** E, dentre esses direitos (protegidos) estão o **"desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social"**, conforme disposição do artigo 3º.

3 Releva notar que o artigo 148, parágrafo único, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 dispõe, de forma expressa, que quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98 (**que abrange a omissão dos pais**) é também competente a Justiça da Infância e da Juventude **para o fim de conhecer de pedidos de guarda e tutela** (alínea "a") **ou de modificação da tutela ou guarda** (alínea "b").

que possam modificá-la"

Ante o exposto, julga-se procedente este conflito, declarando-se competente para conhecer e julgar o Agravo de Instrumento nº 2141423-84.2018.8.26.000 a C. Câmara de Especial.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 29.760)

Respeitado o entendimento do eminente Relator e da Ilustrada Maioria, o meu voto acolhe o conflito e declara competente a E. Oitava Câmara de Direito Privado, suscitante.

1. Cuida-se de conflito de competência suscitado no agravo de instrumento interposto por G.R.D.S. e M.Z.R. (mãe e bisavó da menor) em face de decisão proferida pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Pindamonhangaba que, nos autos da ação de guarda, *"considerando a juntada do termo de responsabilidade emitido pelo Conselho Tutelar"* da Comarca *"ao requerente quanto à menor V.R."*, acolheu a manifestação ministerial e deferiu ao avô materno *"a guarda provisória, para regularização da situação de fato, pelo prazo de tramitação do feito, expedindo-se o necessário"* (fls. 62, ref. fls. 51 de origem).

O recurso foi distribuído à Câmara Especial, Relatora a Desembargadora ANA LÚCIA ROMANHOLE MARTUCCI (fls. 161), que dele não conheceu e representou ao Desembargador Vice-Presidente do Tribunal para que os autos sejam redistribuídos a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado I (fls. 162/164), por que:

> "... embora as rés-agravantes, genitora e bisavó da menor sejam rés em ação de guarda, fica evidente que não há risco à criança, que está, ao que tudo indica, bem assistida com o avô-autor; buscando-se com a presente discutir quem possui melhores condições de cuidar da menor, o avô, ou a genitora juntamente com a bisavó.
>
> "E embora não se desconheça que o parágrafo único do artigo 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente preveja a competência da Justiça da Infância e Juventude também para a apreciação os pedidos de guarda e perda do poder familiar, isso ocorre somente quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do artigo 98 do mesmo Estatuto, que são as chamadas situações de risco (em que se mostra necessária a proteção do Juízo da Infância, por ausência de qualquer familiar a assegurar os direitos da criança ou do adolescente), inexistente no caso.
>
> "Com efeito, em que pese a fundamentação das agravantes, não

Acesso ao Sumário

se vislumbra qualquer situação de risco, pois não há nenhum indício de agressão, ou mesmo de maus tratos; bem como a guarda da menor está sendo exercida pelo avô, sem qualquer notícia de inadequação.

"Diante disso, evidente que a matéria debatida acabou por fugir da Competência desta Câmara Especial, fixada no artigo 33 do Regimento Interno deste E. Tribunal ...

(...)

"Assim, é que o recurso deverá ser apreciado por uma das Câmaras de Direito Privado I, competente para apreciar a matéria".

O E. Desembargador Vice-Presidente desta Corte determinou a redistribuição do recurso a uma das Câmaras da Seção de Direito Privado I (fls. 166).

O recurso, então, foi redistribuído à 8ª Câmara de Direito Privado, Relator o Desembargador SILVÉRIO DA SILVA (fls. 168), que determinou o retorno dos autos à Câmara Especial (fls. 171/172), ressaltando:

"Ao que se verifica do recurso se cuida de ação que tramita pela Vara Criminal da Comarca de Pindamonhangaba e que certamente exerce a competência da Infância e Juventude.

"Das peças juntadas aos autos consta da existência de situação irregular constatada pelo Conselho Tutelar com o encaminhamento da criança ao ora agravado, depois com decisão do Juiz da Infância deferindo a guarda ao avô.

"Tratando-se de criança em situação de risco, com encaminhamento do caso pelo Conselho Tutelar, a competência é da Justiça da Infância e Juventude, conforme artigos 147 e 148 do Estatuto da Criança e Adolescente.

"Em consequência disso, os recursos interpostos pelo Juiz da Infância e Juventude devem ser apreciados pela Câmara Especial".

O E. Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado, verificando a configuração do conflito de competência, determinou encaminhamento do feito ao Órgão Especial (fls. 180).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela fixação da competência recursal junto à Câmara Especial (fls. 186/190).

É o relatório.

1. Como "regra, a competência recursal fixada em razão da matéria leva em consideração a *causa petendi* remota, isto é, o fato gerador do direito", consoante já afirmou v. decisão do C. Órgão Especial (Dúvida de Competência nº 183.628.0/2-00, relator o Desembargador BORIS KAUFFMANN, j. 18.11.2009, v.u.). Define-se a competência dos diversos órgãos da Corte pelos

Acesso ao Sumário

termos do pedido inicial, estabelece o artigo 103 do Regimento Interno, tendo a norma por pressuposto lógico a causa de pedir que lhe dê sustentação. Com esse enfoque é examinada a questão.

2. Na petição inicial da ação (fls. 12/21, emenda fls. 73/74), o autor afirma: **a)** a criança tem um ano e cinco meses e nasceu de parto prematuro com apenas 37 semanas, permaneceu na UTI Neonatal por quase um mês, em acompanhamento pelo serviço em situação de risco do Hospital, pois nasceu sob severos efeitos de abstinência por uso de entorpecentes pela mãe (ré G.) durante a gestação; **b)** após alta hospitalar, permaneceu com a bisavó M.Z. (78 anos de idade) em Jacareí até 12/05/2018, quando foi entregue ao autor (avô), mediante termo de responsabilidade expedido pelo Conselho Tutelar; **c)** desde o seu nascimento, realizava visitas periódicas à *neta e depositava valores mensais em dinheiro (na conta da bisavó) para auxiliar no seu sustento, pois a mãe nunca reuniu condições de cuidar da filha, sejam físicas, emocionais ou financeiras, em razão da dependência química*; **d)** *não raramente o avô era surpreendido ao chegar na casa da bisavó e a ré não estar em casa e deixar a filha sob responsabilidade da bisavó (com idade avançada) e permanecia dias fora de casa, quando não levava a filha e voltava bêbada já de madrugada com ela toda suja e com fome (o que foi noticiado pela tia A., irmã de G.) em mensagem de celular*; **e)** A. foi quem sempre arcou com as despesas do sustento da sobrinha, mesmo não morando na mesma casa, e ela é quem tem contato com o autor e sua esposa, mostrando-se favorável à concessão da guarda a ele (avô paterno); **f)** no dia 12/05, após receber mensagem de A., ele e sua esposa foram a Jacareí buscar a menor, e ela foi entregue pela bisavó; **g)** se depararam com uma residência imunda onde gatos e cachorros com sarna transitavam pelo tapete da sala; **h)** a ideia era ficar com a neta por um período, a pedido da bisavó, que precisava descansar, pois se queixava não ter tempo para nada, não poder sair de casa, porque tinha que cuidar da bisneta; **i)** diante das condições físicas da criança (sem o cuidado necessário e com piolhos) e das instalações onde residia, assim como a omissão da mãe dependente química, decidiu assumir a guarda da neta, certo de sua capacidade de propiciar a ela melhores condições; **j)** "as condições de saúde da menor foram diligenciadas (*sic*) pela mãe e pela bisavó desde o nascimento"; "a declaração médica ... feita pela fisioterapeuta do *Hospital S.F.A.* indica necessidade de avaliação auditiva ... e acompanhamento com dentista, fonoaudiólogo e fisioterapeuta; nada feito"; **k)** ao assumir a neta, foi ao Conselho Tutelar onde conseguiu acompanhamento, estando com termo de responsabilidade desde 21/05/2018; **l)** junto com a esposa foi ao posto de saúde em Jacareí (04/06) solicitar a carteira de vacinação e verificou que essa estava atrasada, tendo que tomar todas de uma vez; **m)** por fim, buscou atendimento médico para a criança (exames de sangue, fezes e urina; receitado cálcio, ferro e leite especial; acompanhamento fonoaudiológico ('atraso na

Acesso ao Sumário

fala'); acompanhamento fisioterapêutico ('atraso na DNM'); acompanhamento psicológico ('risco de abstinência'); e avaliação de neurocirurgião infantil ('dificuldade em conciliar o sono e atraso motor'); **n)** não há dúvida acerca da situação de risco em que se encontrava a menor, ficando claro que o autor reúne plenas condições de assumir sua guarda: é casado, sua esposa oferece amparo irrestrito ao marido na guarda da neta, o acompanha nas consultas médicas, posto de saúde e visitas à defensora, residem em casa própria, encontra-se aguardando liberação das parcelas do seguro-desemprego (foi demitido em abril/2018 após falência da empregadora na qual era ajudante geral), atualmente trabalha na informalidade realizando bicos como servente de pedreiro, recebendo R$ 60,00 por dia; **o)** a mãe e a bisavó, em contrapartida, não possuem condições mínimas suficientes, inclusive a última tem causado sérios problemas ultimamente; **p)** no dia 27/05, a bisavó veio buscar a menor, bastando exaltada e, com a negativa do avô, ficou furiosa e retornou para Jacareí dizendo que iria direto para a Delegacia acusar o requerente de sequestro, tendo, ainda, mandado áudios por *Whats App* ameaçadores, inclusive de morte, ao autor e sua esposa; **q)** em face do ocorrido, foi registrado Boletim de Ocorrência.

Essa a demanda.

3. Como se vê, trata-se de ação de guarda movida pelo avô paterno em face da genitora da criança, objetivando ele sua guarda provisória (arts. 28, 32, 33, *caput*, primeira parte, e § 1º, e 167, ECA; arts. 24 c.c. 22 e art. 1634, I e II, CC), que está sob sua responsabilidade por força de termo expedido pelo Conselho Tutelar, e agora por concessão de guarda provisória pelo Juízo *a quo*.

Fundamentam o pedido o avô e sua esposa no fato de que a criança se encontraria em situação de risco se estivesse sob a guarda da genitora, usuária de drogas, ou da bisavó, que tem idade avançada, sem condições de cuidar dela.

Esses a causa de pedir e o pedido deduzidos na petição inicial, que têm de ser levados em conta para a definição da competência interna. Têm nítido caráter de direito privado, no âmbito do direito da família, sob cuja égide a causa deve ser julgada.

O avô, segundo o seu relato, agora secundado por sua mulher, que passou a integrar o polo ativo da ação, acompanhou a criança desde o nascimento dela, provendo-lhe necessidades básicas, malgrado não tivesse a sua guarda, nem residisse com ela. O risco que afirma é de continuar a criança com mãe usuária de drogas e que faz uso abusivo de álcool, ou com a bisavó, pessoa já com 78 anos de idade e sem condições de prestar à infante os cuidados necessários.

Não impressiona, portanto, o fato de o autor da ação afirmar estar sua neta em situação de risco. A expressão, em verdade, alude ao temor (que tem o avô) de que a menina, de pouquíssima idade, fique com a mãe ou com a bisavó, pelos motivos que aponta. O próprio relato da peça inicial, malgrado o

Acesso ao Sumário

uso da expressão, revela a preocupação do avô que, apesar do perigo que expõe, não viu a criança em estado de abandono ou de risco, tanto que – diz – vinha prestando assistência e amparo, suprindo a atividade da mãe e da bisavó, com quem era deixada a menina.

A pretensão inicial não é de denúncia respeitante à situação de risco a justificar a intervenção do Juízo da Infância e da Juventude, que toma a si o destino a ser dado à criança. Não. Diversamente, o que o avô e sua mulher pretendem é dar solução aos problemas vivenciados pela criança, no âmbito familiar, como muitas vezes sucede. O conflito se instaurou na medida em que, por intervenção do Conselho Tutelar, a menor foi entregue ao avô, que vinha procurando resolver os problemas que a afetavam. A solução foi de emergência.

Com esse quadro, a causa não envolve discussão específica sobre matéria afeta à infância e juventude, sequer elencada no rol taxativo do art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990), e não se insere na competência da Câmara Especial (art. 33 do Regimento Interno desta Corte).

Respeitado entendimento em contrário, eventual violação dos direitos da criança e do adolescente, no caso, é realmente secundária, ou se dá por via reflexa, porquanto a pretensão é focada na satisfação do melhor e maior interesse da criança, de ter sua guarda por quem (o avô) ostenta melhores condições de exercê-la que a mãe e a bisavó, condição para exercer sua guarda e proteção.

Dispõe o Estatuto da Criança e Adolescente:

*"**Art. 6º.** Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."*

*"**Art. 148.** A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:*

I – conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;

II – conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo;

III – conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes;

IV – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;

V – conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis;

VI – aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações

Acesso ao Sumário

contra norma de proteção à criança ou adolescente;

VII – conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.

Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

a) conhecer de pedidos de guarda e tutela;

b) conhecer de ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda;

c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento;

d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do poder familiar;

e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais;

f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente;

g) conhecer de ações de alimentos;

h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito".

Essas normas tocam ao interesse direto do menor e aos direitos da criança e do adolescente, cujo conhecimento compete à Câmara Especial.

Dispõe o Regimento Interno desta Corte, a propósito:

"Art. 33. A Câmara Especial, presidida pelo Vice-Presidente do Tribunal, é integrada pelos Presidentes das Seções e pelo Decano.

Parágrafo único. Competirá à Câmara Especial processar e julgar:

(...)

IV – os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude: ...".

A matéria a que se refere a norma regimental toca diretamente à Infância e à Juventude, não à discussão da guarda de menor, subordinada ao direito civil e da família, e resolvida pelo Juiz da família. É irrelevante, de qualquer sorte, tenha o pedido sido dirigido não ao Juízo competente, mas ao da Infância e da Juventude.

Este C. Órgão Especial, malgrado enfrentando questão de fundo diversa, não ligada a direito privado, mas público, afastou a competência da Câmara Especial, assinalando o voto condutor do julgamento relatado pelo

Acesso ao Sumário

Desembargador ELLIOT AKEL o seguinte, no aqui interessante:

> "Tendo integrado em alguns períodos a Câmara Especial na qualidade de Presidente em exercício da Seção de Direito Privado, constatei que vem se alargando em excesso a competência atribuída àquele órgão, atribuindo-se-lhe o julgamento de causas em que a questão envolvida, conquanto possa de alguma forma ter secundariamente reflexos sobre interesses e direitos da criança e do adolescente, não se insere de forma direta em seu âmbito recursal. Assim, v.g., ações relacionadas com guarda de menores, que são de Direito de Família (inserindo-se, portanto, na competência da Seção de Direito Privado I) e ações, como a presente, em que interesses de crianças e adolescentes constituem aspecto secundário da demanda" (CC 0118079-84.2013.8.26.0000, Relator designado o Desembargador ELLIOT AKEL, maioria, j. 18.09.2013).

Em suma, competente é mesmo a Seção de Direito Privado, respeitado entendimento em contrário.

4. Ante o exposto, julgo procedente o conflito e competente a E. Câmara suscitante (8ª Câmara de Direito Privado).

É meu voto.

JOÃO CARLOS SALETTI, Desembargador

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0023603-78.2018.8.26.0000, da Comarca de Itanhaém, em que é suscitante 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 25ª 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 25ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO 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 31028/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS,

Acesso ao Sumário

MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 30 de janeiro de 2019.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL – Ação de obrigação de fazer – Ajuizamento com a pretensão de obter a instalação de equipamento necessário à iluminação pública no local indicado nos autos – Objeto da lide que diz respeito a obrigações irradiadas de contrato de prestação de serviço público, a ser prestado pela concessionária, e não diretamente a questões do serviço em geral – Hipótese em que matéria e prevenção coincidem no mesmo Colegiado – Competência preferencial das Câmaras compreendidas nas Seções de Direito Privado II e III – Redistribuição para a Câmara suscitada – Conflito procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o fundamento de que a demanda versa sobre obrigação de fazer consistente na instalação de equipamentos ligados ao serviço e não sobre o contrato ou a prestação geral do serviço pelo Poder Público.

Foi interposta apelação contra a r. sentença que julgou procedente a ação de obrigação de fazer, condenando a concessionária demandada na incumbência de instalar equipamentos necessários à iluminação pública do local descrito na inicial.

Inicialmente, a distribuição foi feita à 25ª Câmara de Direito Privado, que remeteu o caso a uma das Câmaras de Direito Público, e a 11ª Câmara de Direito Público, por sua vez, declinou de sua competência para a Seção de Direito Privado, suscitando a presente dúvida.

É o relatório.

Como se tem decidido, a competência firma-se pelos termos do pedido inicial, a teor do art. 103 do RITJSP.

Acesso ao Sumário

Como se vê, o cerne da discussão é a pretensão de obter a instalação de equipamentos necessários à iluminação pública nos postes já instalados na localidade indicada nos autos. Busca-se, assim, a efetividade do serviço que deve ser prestado pela empresa concessionária.

Com efeito, não se trata diretamente de questões de serviço público em geral, com necessidade de adoção de alguma decisão ou prática de ato administrativo por parte do Poder Público, mas sim de uma conduta a ser adotada pela própria empresa concessionária como parte de seu encargo de prestar efetivamente o serviço de iluminação. Desse modo, a solução não diz respeito aos interesses da iluminação pública em geral, mas sim a conflito decorrente de obrigações irradiadas do contrato de prestação do referido serviço.

Nos termos da Resolução nº 623/2013, com alterações feitas por resoluções dos anos de 2015 e 2016, a competência para julgar ações sobre "locação ou prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia", conforme o disposto no § 1º do art. 5º, pertence às 11ª a 38ª Câmaras da Seção de Direito Privado (Subseções II e III).

Sobre caso semelhante sobre o tema, considerando a obrigação decorrente do próprio contrato a ser cumprido pela concessionária, confira-se:

> Conflito de competência. Obrigação de fazer. Remoção de poste instalado em frente à garagem de imóvel. Concessionária de serviço de distribuição de energia elétrica que condiciona a remoção ao pagamento de taxa pelo particular. Matéria que se insere na competência da Seção de Direito Privado, nos termos do § 1º, do art. 5º da Resolução n. 623/2013. Competência para julgar as ações 'que versem sobre prestação de serviços, regidas pelo Direito Privado, inclusive as que envolvam obrigações irradiadas de contratos de prestação de serviços escolares e de fornecimento de água, gás, energia elétrica e telefonia'. Conflito julgado procedente, reconhecendo-se a competência da c. 20ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal. (Conflito de Competência nº 0022860-10.2014.8.26.0000 – São José do Rio Preto – Órgão Especial – Rel. Guerrieri Rezende – J. 28/05/2014)

É sabido que as hipóteses de competência em razão da matéria são absolutas e prevalecem. No entanto, ainda que assim não fosse, neste caso também está a prevenção da mesma C. 25ª Câmara de Direito Privado.

Estabelece o art. 105 do Regimento Interno deste E. Tribunal que "a Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do

Acesso ao Sumário

mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados".

Ante o exposto, **julga-se procedente o presente conflito**, declarando-se competente a C. Câmara suscitada para conhecer e julgar a Apelação nº 0004784-76.2015.8.26.0266.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0048246-03.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERRAZ DE ARRUDA E RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.565)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES e PÉRICLES PIZA.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Ação de usucapião de bem imóvel integrante do patrimônio público municipal.

Competência recursal *ratione materiae* – Estabelece-se pelo pedido contido na inicial. Irrelevante figure como parte o Município de São Paulo. Resolução nº 623/13 (art. 5º, inciso I, item I.15) estabelecendo a

Acesso ao Sumário

competência da Seção de Direito Privado para julgar ações de usucapião de bem imóvel. Precedentes deste Eg. Órgão Especial. Competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Privado, ora Suscitada.

Conflito procedente, competente a Câmara Suscitada.

VOTO

1. Trata-se de **conflito de competência** suscitado pela **Eg. 13ª Câmara de Direito Público**, contra a **Eg. 6ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça** nos autos de **apelação** de sentença (fls. 303/306) em **ação de usucapião** de imóvel que, segundo consta, integra o patrimônio público municipal (fls. 02/07) ajuizada por Israel Cardoso e Magali Cristina dos Santos.

A **Eg. 6ª Câmara de Direito Privado**, entendendo tratar-se de matéria relacionada ao uso e ocupação de bem público (art. 3º da Resolução nº 623/13), não conheceu do recurso, e determinou a remessa dos autos a uma das Câmaras de Direito Público (fls. 336/339).

Redistribuídos (fl. 343), a **13ª Câmara de Direito Público** declarou-se incompetente e suscitou conflito negativo de competência (fls. 348/357).

Opinou a D. Procuradoria-Geral de Justiça pela competência da suscitada – 6ª Câmara de Direito Privado (fls. 364/368).

É o relatório.

2. Entendo procedente o conflito e competente a Eg. 6ª Câmara de Direito Privado, a Suscitada.

Trata-se de **apelação** de sentença (fls. 303/306) em **ação de usucapião** (fls. 02/07) ajuizada por Israel Cardoso e Magali Cristina dos Santos.

Segundo consta, o imóvel, localizado na Av. São Miguel nº 3055, na Vila Constança, neste município de São Paulo, integra o **patrimônio público municipal.**

Ressalte-se, inicialmente, firmar-se, em segundo grau, a competência ***ratione materiae*** e **não** ***ratione personae***, a *"... 'causa petendi' deduzida na inicial, juntamente com o pedido, delimitam objetivamente a lide, pouco importando a qualidade das partes..."* (DC nº 9.053.933-51.2008.8.26.0000 – v.u. j. de 08.10.08 – Rel. Des. **ALOÍSIO DE TOLEDO CÉSAR**, no mesmo sentido: CC nº 0.176.880-27.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 07.11.12 – Rel. Des. **KIOITSI CHICUTA**; CC nº 0.197.892-63.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 15.01.14 – Rel. Des. **LUÍS SOARES DE MELLO** e CC nº 0.022.855-80.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 13.09.17 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**).

A **competência recursal** se estabelece pelos termos do **pedido** contido na inicial, conforme dispõe o **art. 103** do **RITJ-SP**:

Acesso ao Sumário

*"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"* (grifei).

Como se tem decidido, neste **Eg. Tribunal de Justiça:**

"Em primeiro plano de discussão, cumpre recordar a observação do eminente Desembargador Paulo Franco quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 328.885-5/8, que mui bem aclara a problemática:"

*"'**A competência recursal é aferida pela 'causa petendi' e pelo pedido formulado na inicial**, e não se altera em razão de questões que sejam suscitadas no curso da demanda.'"*

"'Nesse sentido, venerando acórdão do Egrégio Grupo Especial das Seções Civis, de que foi relator o Eminente Desembargador CEZAR PELUSO, em que se consignou o seguinte:'"

'É coisa velha, que, entre nós, a competência recursal se define e firma pelos termos da pretensão, considerada esta como somatória da causa de pedir e do pedido, ainda que haja reconvenção, ou ação contrária, ou tenha o réu arguido fatos ou circunstâncias capazes de modificar a mesma competência' (JTJ 190/274)." (AC nº 0.003.407-74.2011.8.26.0601 – v.u. j. de 26.06.13 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**).

*"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Ação civil pública – Loteamento clandestino. Regularização. **Qualidade da parte não desloca a competência para a Seção de Direito Público**. Aplicação do art. 5º, I, item 'I.21', da Resolução nº. 623/2013. Competência da Seção de Direito Privado, por uma das Câmaras integrantes da SubSeção I. Resolução nº 668/2014. Efeitos encerrados. Funcionamento não prorrogado. Fixação da competência da 5ª Câmara de Direito Privado Conflito procedente."* (CC nº 0.075.387-02.2015.8.26.0000 – p.m.v. j. de 03.02.16 – Rel. Des. **ADEMIR BENEDITO**).

*"Conflito de competência. Ação civil pública. Apelação. Loteamento irregular. Alegação de desrespeito à Lei Municipal n. 3525/98 e Lei Federal nº 6766/79 que tratam do uso e ocupação do solo. **Irrelevância da participação, no polo ativo da causa, da Municipalidade nomeada. Qualidade da parte que não desloca a competência para a Seção de Direito Público**. Questão afeta à competência da Seção de Direito Privado desta Corte. Inteligência da Resolução nº 623/13, artigo 5º, inciso I.21. Conflito procedente. Competência da 3ª Câmara de Direito Privado."* (CC nº 0.062.696-19.2016.8.26.0000 – p.m.v. j. de 15.02.17 – Rel. Des. **SÉRGIO RUI**).

Acesso ao Sumário

Pretendem os autores *"que seja reconhecida a* (sic) ***usucapião*** *dos requerentes ISRAEL CARDOSO e MAGALI CRISTINA DOS SANTOS sobre o imóvel situado a Rua: Humberto Dantas nº 88, casa 02 – Vila Constancia – São Paulo-SP."* (grifei – fl. 05).

Daí a aplicação do **art. 5º, inciso I, item I.15 da Resolução nº 623/2013:**

*"**Art. 5º.** A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas:"*

"I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:"

(...)

*"I.15 – **Ações de usucapião de bem imóvel**;"* (grifei).

Nada justifica a competência da **Seção de Direito Público** para examinar a matéria, como bem posto pela D. Procuradoria (fls. 364/368).

Nesse sentido o entendimento deste **Col. Órgão Especial** quanto à matéria:

*"Conflito de Competência – Agravo de Instrumento tirado em ação possessória de bem público – Conexão da ação com ação de usucapião reconhecia pelo Juízo 'a quo' – Discussão na ação de usucapião que envolve direito de propriedade, que por sua vez possui dentre seus atributos o exercício da posse – **Matéria específica e mais ampla que enseja o julgamento de ambas as ações pela Seção de Direito Privado, competente para o julgamento do usucapião**, nos termos do artigo 5º, I.15, da Resolução 623/2013 – Competência recursal da Décima Nona Câmara de Direito Privado reconhecida – Conflito julgado procedente a fim de fixar a competência da Câmara Suscitada."* (grifei – CC nº 0.057.138-32.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 28.02.18 – Rel. Des. **FERRAZ DE ARRUDA**).

"Conflito de Competência."

*"**Ação de usucapião de bem imóvel** – Apelação do Município de São Paulo – Alegação de que há necessidade de prova técnica, na medida em que a descrição da situação do imóvel é imprecisa e poderia estar localizado, em parte, em área pública pertencente ao Município – Apelação distribuída a Desembargador com assento na 4ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, representou ao Excelentíssimo Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça – Autos redistribuídos à 11ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do recurso e suscitou*

Acesso ao Sumário

*conflito de competência – **Pedido e causa de pedir que envolvem questão atinente à usucapião de bem imóvel, independentemente da alegação ou comprovação de se tratar de bem público – Matéria de competência recursal da 4ª Câmara de Direito Privado**, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente."*

"Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 4ª Câmara de Direito Privado (suscitada) para o julgamento do recurso." (grifei – CC nº 0.054.007-49.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 31.01.18 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**).

"EMENTA"

*"COMPETÊNCIA RECURSAL – **Ação de usucapião** extraordinária de bem imóvel – Resolução nº 623/2013 que estabelece à **Primeira Subseção de Direito Privado a competência para julgar as 'ações de usucapião de bem imóvel**', conforme o seu art. 5º, I.15, sem fazer qualquer distinção sobre a natureza de tal bem – Eventual discussão entre os litigantes acerca de o imóvel ser privado ou público que não afeta a competência para julgamento do recurso – Competência da C. Câmara suscitada – Conflito procedente."* (grifei – CC nº 0.039.158-72.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 13.09.17 – Rel. Des. **ÁLVARO PASSOS**).

*"Conflito de competência. **Ação de usucapião**. Inexistência de registro atualizado. Imóvel objeto de concessão de direito real de uso. Conflito acolhido, **fixada a competência na C. 10ª Câmara de Direito Privado, da 1ª Subseção de Direito Privado (DP-1).**"* (grifei – CC nº 0.057.148-47.2015.8.26.0000 – v.u. j. de 27.04.16 – Rel. Des. **BORELLI THOMAZ**).

Daí firmar a competência da **Eg. 6ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça** para apreciar e julgar o presente recurso.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Julgo procedente o conflito e competente a suscitada Eg. 6ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0049310-48.2018.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é suscitado 15ª 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 DO INCIDENTE, COM DETERMINAÇÃO DE REMESSA À C. TURMA ESPECIAL DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. FERRAZ DE ARRUDA E RICARDO ANAFE.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.018)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, SALLES ROSSI, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA TURMA ESPECIAL DA SEÇÃO RESPECTIVA. INTELIGÊNCIA DO ART 32, IV E 200 DO RITJSP. INCIDENTE NÃO CONHECIDO COM REMESSA À C. TURMA ESPECIAL DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

VOTO

Cuida-se de dúvida de competência suscitada pela 13ª Câmara de Direito Público em face da 15ª Câmara de Direito Público, alegando a d. Câmara suscitante tratar-se de ação anulatória de débito cc com tutela de urgência ajuizada em face do DAEM – Departamento de Águas e Esgoto de Marília, por lançamento tributário de ofício, a título de contrapartida.

Distribuídos os autos à 15ª Câmara de Direito Público, ora suscitada, a C. Turma Julgadora houve por bem em não conhecer do recurso, ao fundamento de que não se cuida de execução fiscal municipal e nem tributo municipal, mas sim de tarifas de natureza tributária (fls. 240/242).

Os autos foram redistribuídos, então, à C. Câmara suscitante, que afirmou que a competência para a matéria é das 14ª, 15ª e 18ª Câmaras de Direito Público a quem compete, preferencialmente, processar e julgar as ações e execuções relativas à dívida ativa das Fazendas Municipais.

Acesso ao Sumário

Parecer da *i.* Procuradoria Geral de Justiça, pela procedência do conflito, com reconhecimento da competência da C. Câmara suscitada, para processar e julgar o recurso.

É o relatório.

Não se conhece do incidente.

Com efeito, cuida-se de dúvida de competência suscitada pela 13ª Câmara de Direito Público em face da 15ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Sendo o conflito aqui estabelecido entre Câmaras da mesma Seção, seu julgamento compete à Turma Especial da respectiva Seção (Direito Público) e não ao C. Órgão Especial, nos precisos termos dos artigos 32, inciso IV e 200, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, *verbis*:

"Art. 32. Compete às Turmas Especiais: ...

IV – as dúvidas e conflitos entre suas Câmaras e Grupos de Câmaras. ...

Art. 200. A dúvida de competência será dirimida pelo Órgão Especial ou, se circunscrita a uma das Seções ou Subseções, pelas Turmas Especiais, podendo ser suscitada pelos Presidentes de Seção, pelos órgãos fracionários do Tribunal, pelo Ministério Público e pela parte ou por terceiro prejudicado.

Assim já decidiu este C. Órgão Especial, consoante se pode conferir:

"DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. Conflito entre Câmaras da mesma Seção de Direito Público. Matéria que não está afeta à competência do Órgão Especial. Inteligência do art. 13, inciso I, alínea 'e', c.c. art. 32, inciso IV e art. 197, todos do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça. Determinação de remessa dos autos à E. Turma Especial de Direito Público" (Conflito de Competência nº 0118048-98.2012.8.26.0000, Rel. Des. Antonio Luiz Pires Neto, j. 07/11/2012).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE CÂMARAS DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA TURMA ESPECIAL DE DIREITO PÚBLICO. CONFLITO DE QUE NÃO SE CONHECE, DETERMINANDO-SE A REMESSA ÀQUELE ÓRGÃO FRACIONÁRIO" (Conflito de Competência nº 0041582-63.2012.8.26.0000, Rel. Des. Elliot Akel, j. 02/05/2012).

"DÚVIDA DE COMPETÊNCIA. Conflito entre Câmaras da Seção de Direito Público. Matéria que não está afeta à competência do Órgão Especial, e sim da Turma Especial que, aliás, já havia decidido a questão anteriormente, nos termos do art. 32, inciso IV, do RITJSP. Incidente não conhecido." (Conflito de Competência 0047637-20.2018.8.26.0000, j. 12/12/2018, Rel. Des. Ferreira Rodrigues).

Acesso ao Sumário

Diante do exposto, não conheço do incidente com remessa à C. Turma Especial da Seção de Direito Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0045588-06.2018.8.26.0000, da Comarca de Franco da Rocha, em que é suscitante 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.100)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO E A 2ª CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO OBJETIVANDO A REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO URBANO NO QUE TANGE AO DANO AMBIENTAL CAUSADO PELA OCUPAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, COM PEDIDO DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA E/OU INDENIZAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS

– COMPETÊNCIA RECURSAL QUE SE DEFINE PELO PEDIDO INICIAL – CONFLITO JULGADO PROCEDENTE PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA RECURSAL DA SEGUNDA CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE (ORA SUSCITADA).

VOTO

Cuida-se de Conflito de Competência suscitado pela 5ª Câmara de Direito Privado em face da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, ambas desta Colenda Corte de Justiça.

A Câmara suscitada afirmou que o pedido inicial envolve o debate sobre regularização de loteamento, com desocupação da área e implementação da infraestrutura necessária, tendo a questão ambiental composto o pedido inicial apenas de forma reflexa, matéria que se insere na competência da 1ª Subseção de Direito Privado, nos termos do disposto no artigo 5º, I, I.21, da Resolução 623/2013 deste Órgão Especial (págs. 1430/1436).

A suscitante, por sua vez, argumenta que "embora o inquérito civil que instruiu a inicial tenha sido instaurado para apurar questão atinente à regularização do loteamento 'Jardim Luciana', ao propor a ação civil pública, o Ministério Público se limitou a formular pedidos de recuperação de danos ambientais", tema que envolve direito difuso e coletivo diretamente relacionado ao meio ambiente, não se podendo afirmar que questão ambiental se afigura apenas de forma reflexa (págs. 1446/1455).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do conflito, com reconhecimento da competência da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente.

É o relatório.

Cuida a presente de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município de Franco da Rocha e da empresa Scopel Empreendimentos e Obras Ltda. formulando pedido para:

(...) condenar o MUNICÍPIO a ***desocupar as áreas públicas e de preservação permanente ocupadas****, em prazo a ser determinado judicialmente, e a incluir os invasores no Plano Municipal de Habitação;*

Condenar *solidariamente o MUNICÍPIO e a empresa SCOPEL* ***para que apresentem em 180 (cento e oitenta) dias um projeto de recuperação das áreas de preservação permanente do loteamento (plano de recuperação de área degradada)****, o qual deve contemplar restauração da área ao estado anterior, com demolição das edificações realizadas, recomposição da superfície do terreno, recobrimento do solo com vegetação e demais providências a serem*

Acesso ao Sumário

indicadas em laudo técnico de reparação dos danos ambientais (...).

***Condenar a requerida SCOPEL a doar área ao Município de Franco da Rocha para ser destinada a equipamento público de lazer, em dimensão equivalente à área a ser desocupada, fora das áreas de preservação permanente**, dentro do próprio loteamento ou, sendo isso impossível, em local próximo ao Jardim Luciana, em prazo a ser determinado judicialmente (....)* (pág. 10) (g.n.).

Pois bem.

A competência recursal é definida pelo pedido inicial, conforme dicção do artigo 103, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça:

> *Art. 103. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la.*

Como se depreende da leitura do pedido formulado pelo autor, a matéria posta em julgamento refere-se à regularização de loteamento urbano com pedido expresso de recuperação de área de preservação permanente, ou seja, recuperação de danos ambientais.

Conforme exposto na inicial, a área de lazer do referido loteamento teria sido erigida em área de preservação permanente, ou seja, área não edificável e com a aprovação da Prefeitura Municipal, com grave dano ao meio ambiente.

Dessa forma, o Ministério Público ajuizou a presente ação postulando o reconhecimento da responsabilidade objetiva dos requeridos pelo dano ambiental com consequente condenação à recuperação e/ou indenização dos danos causados, nos termos do artigo 14, parágrafo 1º, da Lei 6.938/81 e artigo 225, § 3º, da Constituição Federal (págs. 08/09).

E é por aí que se define a competência recursal na espécie, independentemente das pessoas que ocupem os polos ativo e passivo da demanda.

O artigo 4º, da Resolução nº 623/2013 expressamente excepciona que as 1ª e 2ª Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente formarão o Grupo Especial de Câmaras de Direito Ambiental para, dentre outras questões, conhecer e julgar:

> *I – Ações cautelares e principais que envolvam a aplicação da legislação ambiental e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente natural, independentemente de a pretensão ser meramente declaratória, constitutiva ou de condenação a pagamento de quantia certa ou a cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer;* (redação dada pela Resolução nº 681/2015).

Assim sendo e abarcando o pedido inicial da ação proposta a regularização do imóvel urbano que integra o referido loteamento com relação apenas ao dano ambiental causado, objetivando a preservação da área ambiental degradada,

Acesso ao Sumário

com sua devida recuperação, outra alternativa não socorre a este Órgão Especial senão concluir que a competência recursal para conhecimento, processamento e julgamento do caso presente está afeta à 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, deste Egrégio Tribunal.

Isto posto, pelo meu voto, julgo procedente o conflito, reconhecida a competência da Segunda Câmara Reservada ao Meio Ambiente, ora suscitada, para conhecer, processar e julgar o recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0045563-90.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO E EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.228)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e SALLES ROSSI.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Conflito de Competência.

Pedido de guarda de menor – Criança considerada em situação de risco – Conflito de interesses entre genitores – Superveniência de acolhimento institucional da menor, com redistribuição do feito ao

Juízo da Infância e Juventude – Autos inicialmente distribuídos à Colenda 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo que não conheceu do recurso e determinou a sua remessa para a Colenda Câmara Especial – Autos redistribuídos à Colenda Câmara Especial, que não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência – Pedido e causa de pedir fundados em flagrante situação de irregularidade e risco da menor – Matéria afeta à Infância e Juventude – Competência da Colenda Câmara Especial, nos termos do artigo 33, parágrafo único, inciso IV, do RITJSP – Conflito de competência procedente.

Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda Câmara Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça para o julgamento do recurso.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência em apelação interposta por D.S. contra decisão que, em ação por ela proposta em face de S.S., seu ex-marido, com quem disputa a guarda unilateral da filha menor G.C.S., julgou extinto o feito sem resolução do mérito (fl. 454).

Os autos foram distribuídos à Colenda 1ª Câmara de Direito Privado que não conheceu do recurso, determinando a redistribuição à Colenda Câmara Especial (fl. 627/629).

Redistribuídos os autos, a Colenda Câmara Especial igualmente não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 655/660).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é no sentido de reconhecer a competência da Colenda 1ª Câmara de Direito Privado para conhecer, processar e julgar o recurso (fl. 666/671).

É o relatório.

2. Dispõe o artigo 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> **"Art. 103. A competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstâncias que possam modificá-la."**

No caso, a autora, genitora da criança G.C.S, nascida em (...) (fl. 17), ajuizou demanda judicial contra o genitor da menor, objetivando a guarda

Acesso ao Sumário

e regulamentação de visitas, perante a 3ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional da Nossa Senhora do Ó. No curso do processo, **a criança foi emergencialmente acolhida pelo Conselho Tutelar de Brasilândia (fl. 329/338), em virtude da constatação da exposição de risco**, na casa do pai, o que deu ensejo à propositura de ação de acolhimento institucional pelo Ministério Público. E, sob o fundamento da existência de situação de risco, nos termos do artigo 98, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), foi proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de São Paulo a decisão de fl. 415, determinando a redistribuição dos autos à Vara da Infância e da Juventude, *in verbis*:

> **"De acordo com os informes coletados durante o curso do procedimento, como observou o Ministério Público na r. manifestação retro, verifica-se que a criança, por força de medida de proteção, está abrigada em instituição.**
>
> **Observa-se, também, que a lide não envolve pura e simplesmente questão relativa a direito de família, como em regra se tem em conflito de interesses de pais separados, por exemplo, e quando o julgamento depende de análise dos direitos subjetivos do pai, da mãe e do filho, mas, especialmente, no caso ora em questão, a causa de pedir envolve desrespeito a direitos da criança e exposição desta a situação de risco, de modo que o objeto da demanda seria de interesse precípuo dela (proteção, cuidados básicos, etc.)."** (g.n.)

Estabelece a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seu artigo 148, parágrafo único, alínea "a" que:

> **"Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:**
>
> **(...)**
>
> **Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:**
>
> **a) Conhecer de pedidos de guarda e tutela;"**

Por sua vez, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo estabelece que:

> **"Art. 33. A Câmara Especial, presidida pelo Vice-Presidente do Tribunal, é integrada pelos Presidentes das Seções e pelo Decano.**
>
> **Parágrafo único. Competirá à Câmara Especial processar e julgar:**
>
> **(...)**
>
> **IV – os processos originários e os recursos em matéria de Infância e Juventude;"**

Nesse contexto, embora tenha ocorrido o desacolhimento da menor e

Acesso ao Sumário

o seu retorno ao convívio materno, **a petição inicial alude de forma clara e expressa à situação de risco da criança**, o que justifica a competência da Justiça da Infância e Juventude e, em sede de recurso, da Câmara Especial, nos termos do artigo 103 do RITJSP, restando afastada a competência da Colenda 1ª Câmara de Direito Privado.

Por epítome, conhece-se do conflito e julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda Câmara Especial 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 Câmara Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0052275-96.2018.8.26.0000, da Comarca de Itapetininga, em que é suscitante 11ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 21ª 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 21ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO 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 38.676)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de obrigação de fazer visando a obter a entrega de imóvel objeto de contrato particular de promessa de compra e venda, bem como compensação por lesões morais sofridas com o atraso no cronograma das obras – Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Câmara Suscitada – Dúvida acolhida.

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada pela 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em razão do V. Acórdão, proferido pela 21ª Câmara de Direito Privado, que se deu por incompetente para o julgamento do recurso de Agravo de Instrumento nº 2175295-90.2018.8.26.0000 interposto contra r. decisão proferida em ação de obrigação de fazer visando a obter a entrega de imóvel objeto de contrato particular de promessa de compra e venda, bem como compensação por lesões morais sofridas com o atraso no cronograma das obras.

É o relatório.

Depreende-se da petição inicial e dos documentos que a instruíram, que no caso presente, a agravante promoveu ação visando obter a entrega do imóvel objeto de contrato particular de promessa de compra e venda, bem como compensação por lesões morais sofridas com o atraso no cronograma das obras.

O Banco do Brasil S/A interpôs recurso de agravo de instrumento contra decisão que concedeu tutela antecipada, nos autos de demanda de obrigação de fazer promovida por André Alves de Almeida contra ele e JNK Empreendimentos, Administração e Participações Ltda.

Não se verifica do art. 3º da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicada no DJE de 08/11/2013, que estipula as competências das Seções desta Corte, ser afeta à Seção de Direito Público o presente assunto, que assim dispõe:

Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:

I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:

I.1 – Ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958;

Acesso ao Sumário

I.2 – Ações relativas a controle e cumprimento de atos administrativos;

I.3 – Ações relativas a licitações e contratos administrativos;

I.4 – Avaliações judiciais disciplinadas pelo Código de Mineração e seu Regulamento (Decretos-lei 227/1967 e 318/1967, e Decreto nº 62.934/1968);

I.5 – Ações de desapropriação, salvo as mencionadas no parágrafo único do art. 34 do Decreto-Lei nº 3.365/1941;

I.6 – Ações relativas a ensino em geral, ressalvado o disposto no § 1º do art. 5º desta Resolução;

I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, de apossamento administrativo, de desistência de ato expropriatório, de uso e ocupação de bem público, ressalvado o disposto no inciso III.15 do art. 5º desta Resolução;

I.8 – Ações e execuções de natureza fiscal ou parafiscal de interesse da Fazenda do Estado e de suas autarquias e contribuições sindicais;

I.9 – Ação popular;

I.10 – Ação civil pública, relacionada com matéria da própria Seção;

I.11 – Ações cuja matéria seja de Direito Público e não esteja na competência recursal de outras Seções do Tribunal de Justiça, das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente e das 14ª a 18ª Câmaras de Direito Público.

II – 14ª, 15ª e 18ª Câmaras, com competência preferencial para as ações relativas a tributos municipais e execuções fiscais municipais, tributárias ou não.

III – 16ª e 17ª Câmaras, com competência preferencial para as ações relativas a acidente de trabalho fundada no direito especial.

Portanto, a competência preferencial, *ratione materiae*, para a cognição e julgamento deste recurso não é desta Câmara, mas sim de uma das Câmaras que compõem a 1ª Seção de Direito Privado deste Tribunal de Justiça.

Observe-se por fim, que poderá a câmara suscitada, discutir, novamente, a competência dentro da própria seção de direito privado, levando-se em conta o art. 5º, I, item I.25, da Resolução nº 623/2013, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Isto posto, acolhe-se a presente dúvida e julga-se competente suscitada 21ª Câmara de Direito Privado.

Acesso ao Sumário

Mandados de Injunção

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Injunção nº 0032010-73.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante MINORU MASSUDA, é impetrado 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 E DENEGARAM A ORDEM. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. PAULO OLIVER.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.669)**

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, CARLOS BUENO, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO – Pretensão do impetrante ao reconhecimento da condição de anistiado político, com a reparação econômica sobre os vencimentos e vantagens integrais estabelecidos aos funcionários civis – Presidente da Assembleia Legislativa não ostenta qualquer atribuição para editar norma legal sobre o regime jurídico dos militares estaduais – Ilegitimidade passiva reconhecida – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de injunção impetrado por capitão aposentado de polícia militar, em que alega ausência de lei acerca da condição de anistiado político, com a reparação econômica sobre os vencimentos e vantagens integrais

estabelecidos aos funcionários civis.

A inicial vem acompanhada dos documentos.

Determinada a citação, com anotação de que não há espaço para a concessão de liminar em mandados de injunção, diante da incompatibilidade da medida com a natureza do instituto.

Foram prestadas informações da autoridade apontada como coatora (fls. 59/67).

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva, preliminarmente, e no mérito denegação da ordem (fls. 70/75).

É o relatório.

Acolhe-se a preliminar suscitada.

O art. 24, § 2º, n. 5, com a redação pela EC n. 21/2006 da Constituição do Estado estabelece em que é da competência exclusiva do Governador de São Paulo a iniciativa de projeto de lei relacionado a 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.

De outro lado, a Lei Federal n. 13.300/2016, em seu art. (art. 3º, parte final), delimita como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

Nesse passo, o Presidente da Assembleia Legislativa não ostenta qualquer atribuição para editar norma legal sobre o regime jurídico dos militares estaduais.

Isto posto, julga-se extinto o processo, sem solução de mérito, denegando-se a ordem, com fundamento no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil combinado com o artigo 14 da Lei Federal n. 13.300/2016.

Acesso ao Sumário

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2198129-87.2018.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que são impetrantes MILTON ROCHA e SILVANA CRISTINA DE OLIVEIRA ROCHA, é impetrado PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U. IMPEDIDA A EXMA. SRA. DESA. CRISTINA ZUCCHI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31038/TJ)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, SÉRGIO RUI, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 12 de dezembro de 2018.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração contra decisão do Exmo. Presidente da Seção de Direito Privado deste E. Tribunal que não conhece do agravo interposto contra a decisão que negou seguimento a recurso extraordinário proposto contra o indeferimento de agravo de instrumento – Incompetência do C. Órgão Especial para processar e julgar o presente "mandamus", nos termos do artigo 13, inciso I, alínea "b", do Regimento Interno desta E. Corte – Falta de pressuposto processual – Segurança denegada.

VOTO

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra decisão proferida pelo Exmo. Sr. Des. Presidente da Seção de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu do agravo apresentado no âmbito de ação de despejo, que está em fase de cumprimento de sentença, o qual foi interposto contra a decisão que negou seguimento a recurso extraordinário proposto contra o indeferimento de agravo de instrumento que buscava alteração do não acolhimento do pedido de exclusão da penhora do único bem imóvel residencial dos impetrantes.

Em apertada síntese, argumentam, os requerentes, que a decisão fere seu direito líquido e certo de terem uma solução jurisdicional ao seu caso, não

Acesso ao Sumário

estando correto o não conhecimento do recurso com base em decisão do E. STF no sistema de repercussão geral porque a hipótese em apreço não se enquadra especificamente naquela lá estabelecida.

Com as informações da autoridade e o parecer ministerial, opinando pela denegação da ordem, vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

Insurgem-se, os impetrantes, contra a decisão, proferida pelo Exmo. Sr. Des. Presidente da Seção de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu do agravo apresentado no âmbito de ação de despejo, o qual foi interposto contra a decisão que negou seguimento a recurso extraordinário proposto contra o indeferimento de agravo de instrumento.

Da narrativa dos fatos, verifica-se a ausência de competência originária deste C. Órgão Especial para processar e julgar estes autos, conforme estabelece o art. 13, I, "b" do Regimento Interno desta E. Corte:

Art. 13. Compete ao Órgão Especial:

I – processar e julgar, originariamente:

(...)

b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato do próprio Órgão Especial, do Conselho Superior da Magistratura e de seus integrantes, das Turmas Especiais, da Câmara Especial e relatores que as integrem.

De fato, o MM.º Magistrado, que aqui figura como autoridade impetrada, atuou, nos autos da ação principal, dentro de sua atividade jurisdicional normal envolvendo a Presidência da Seção de Direito Privado, não se enquadrando, assim, em nenhuma das hipóteses do art. 13 do RITJSP. Portanto, de suas decisões, cabe somente o processamento comum nas vias ordinárias do processo e não o presente *writ* de julgamento originário por este C. Órgão Especial.

Neste sentido, confira-se:

MANDADO DE SEGURANÇA Impetração contra decisão do Exmo. Des. Presidente da Seção de Direito Privado deste Eg. Tribunal não conhecendo de "agravo de despacho denegatório de recurso especial". Ausência de competência deste Eg. Órgão Especial. Nos termos do art. 13, I, "b" do RITJSP, compete a este D. Colegiado processar e julgar, originariamente, "os mandados de segurança e os habeas data contra ato do próprio Órgão Especial, do Conselho Superior da Magistratura e de seus integrantes, das Turmas Especiais, da Câmara Especial e relatores que as integrem". Regra de competência vinculada ao exercício das atividades de tais órgãos, não abrangendo atos praticados por magistrados no desempenho de outras funções. No presente caso, o ato apontado como coator ocorreu no exercício de atividade jurisdicional típica da Eg. Presidência da Seção de Direito Privado, a qual não se

Acesso ao Sumário

encontra mencionada no rol estabelecido pelo referido dispositivo. Ademais, a decisão proferida em sede de juízo de admissibilidade representa atividade delegada pelo tribunal ad quem, não sendo razoável seu controle pela própria instância que age em função outorgada. Precedentes. Errônea formação da relação processual, falta de pressuposto processual – competência –, impõe a extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, IV do CPC), com a consequente denegação da ordem (art. 6º, § 5º da Lei nº 12.016/09). Denego a ordem. (Mandado de Segurança nº 2101340-26.2018.8.26.0000 – Sorocaba – Órgão Especial – Rel. Evaristo dos Santos – J. 19/09/2018).

Destarte, este C. Órgão Especial não detém competência para o presente pleito, estando ausente, assim, pressuposto processual ao desenvolvimento regular e válido do processo, devendo a ação ser extinta sem resolução do mérito e ter a ordem denegada.

Pelo exposto, nos termos do art. 485, IV, do CPC, c.c. art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009, **denego a segurança** pretendida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2244728-84.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante SÂMIA DE SOUZA BOMFIM, é impetrado PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "HOMOLOGARAM A DESISTÊNCIA E JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.015)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e FRANCISCO CASCONI.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

RENATO SARTORELLI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: "MANDADO DE SEGURANÇA – PEDIDO DE DESISTÊNCIA – HOMOLOGAÇÃO – EXTINÇÃO DO PROCESSO, NOS TERMOS DO ARTIGO 485, INCISO VIII, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL".

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Sâmia de Souza Bomfim contra ato do Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara Municipal de São Paulo, buscando anular a criação de Comissão Especial de Estudos para acompanhar, analisar e sugerir alterações no Projeto de Lei 621/2016, por contrariar o Regimento Interno da edilidade paulistana.

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que o impetrado extrapolou suas competências e criou, através de ato unilateral, de forma arbitrária e ilegal, a Comissão de Especial de Estudos, afrontando o artigo 99 do Regimento Interno, que impõe sua aprovação, em plenário, pela maioria absoluta dos parlamentares. Alega, em acréscimo, que só se admite a formação de Comissão Especial quando pelo menos duas Comissões permanentes já tenham se pronunciado sobre a matéria, o que inocorreu na hipótese ***sub judice***, tendo a autoridade apontada como coatora definido número desproporcional de integrantes e atribuído prazo de funcionamento diverso daquele previsto na norma regimental. Ponderando, no mais, que se encontram presentes os pressupostos do ***fumus boni iuris*** e do ***periculum in mora***, insiste, em caráter liminar, na suspensão do ato impugnado, concedendo-se, a final, o ***writ*** para declarar sua nulidade.

Recolhidas as custas iniciais, a impetrante protocolizou a petição de fl. 337, requerendo a desistência do mandado de segurança.

É o relatório.

Consoante já deixou pontificado o E. Supremo Tribunal Federal, *"é lícito ao impetrante desistir da ação de mandado de segurança, independentemente de aquiescência da autoridade apontada como coatora ou da entidade estatal interessada ou, ainda, quando for o caso, dos litisconsortes passivos necessários, mesmo que já prestadas as informações ou produzido o parecer do Ministério Público. Doutrina. Precedentes" (MS nº 26.890 AgR/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello).*

Destarte, diante do teor da petição de fl. 337, homologo a desistência e julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 485, inciso VIII, do Código de Processo Civil. Honorários não são devidos. Custas na forma da lei.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2191376-17.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante EDUARDO ARAÚJO DUARTE, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECONHECERAM A DECADÊNCIA E DENEGARAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42909)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE e ÁLVARO PASSOS.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

BERETTA DA SILVEIRA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Expulsão dos quadros da Polícia Militar Estadual. Intervenção da Fazenda Estadual. Não cabimento. Ausência de interesse jurídico. Decadência. Aforamento da demanda além do termo legal. Regência da Súmula 430 do Colendo Supremo Tribunal Federal. Antecedentes. Direito vibrado que, além disso, claudica diante do princípio da separação das instâncias. DECADÊNCIA RECONHECIDA. SEGURANÇA DENEGADA (Lei nº 12.016/2009, art. 6º, § 5º, em conexão com o art. 485, I, do atual CPC).

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de **MANDADO DE SEGURANÇA** aforado em face do Senhor Governador do Estado de São Paulo.

Diz o Impetrante – apoiado em doutrina de escol e qualificada jurisprudência – que o pedido de revisão administrativa tem direta previsão

legal, cuja análise final está cometida ao Impetrado.

Afirma, ainda, a nulidade absoluta da apuração administrativa, máxime porque nele não se demonstrou a mais branda culpa do Autor no episódio investigado, tudo a ofender o art. 48 da Lei Complementar Paulista nº 893/2001 (haja vista não ter sido processado na esfera criminal), tendo havido (**I**) desproporcionalidade da pena aplicada e (**II**) cerceamento ao seu direito de defesa, porquanto impedido de participar do julgamento proferido pelo Conselho de Disciplina.

Em arremate, pleiteou a ordem "[...] *para que se declare a ilegalidade com que se houve o Nobre Impetrado ao negar provimento ao recurso hierárquico, (...) seja condenado o Impetrado a reintegrar o Impetrante aos quadros da Polícia Militar do Estado de São Paulo, bem como para condená-lo no pagamento das custas processuais e demais consectários legais, contudo com isenção de honorários nos termos da lei.* [...]".

Ante a presença do instituto da litispendência com litígio de idêntica índole (MS nº 2191378-84.2018.8.26.0000), determinou-se o necessário esclarecimento (folha 2.093), o que deu azo, ofertadas as explicações acerca de problema havido com o sistema desta Corte (fls. 2.096/2.097), ao requerimento de desistência da causa posterior (folha 2.102), deferido à folha 2.104, operada, a seguir, a complementação da prova documental (fls. 2.107/4.769).

Abonado o favor quanto à quitação das custas da ação, ordenou-se o devido processamento (fls. 4.771/4.772).

A seguir, a Autoridade Coatora prestou as informações requisitadas, nas quais anotou, inicialmente, a prejudicial de decadência da ação, porquanto ajuizada a destempo, sustentando, no mérito, (**1**) o descabimento do pedido de revisão e do recurso hierárquico à hipótese versada, eis que absente previsão legal, (**2**) a inexistência de direito líquido e certo a ser provido, quer porque a não convocação à sessão do Conselho de Justiça não implicou em violação ao direito de defesa do Impetrante, quer porque, em face do princípio da separação de instâncias, a sentença penal proferida (em processo que o Autor não fez parte) não repercute na via administrativa, e (**3**) a perfeita proporção da pena aplicada à gravidade do ato praticado (fls. 4.776/4.800).

Acesso ao Sumário

A zelosa Procuradoria-Geral do Estado, ao fundamento do art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009, requereu seu ingresso na ação (folha 4.805).

A culta Procuradoria-Geral de Justiça, em agudo parecer, enriquecido com a indicação de doutrina e jurisprudência desta Egrégia Casa e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, se manifestou no sentido de ser decretada a decadência (fls. 4.808/4.817).

É O RELATÓRIO.

A segurança não pode ser concedida.

De antemão, descarte-se a intervenção da douta Procuradoria-Geral do Estado.

E isto porque **nenhum interesse jurídico**, neste embate, lhe está confiado.

A disposição inserta na Lei nº 12.016/2009 é claríssima ao estabelecer a possibilidade de convocação da "(...) *pessoa jurídica interessada* (...)", locução essa que – à farta – diz respeito à possibilidade de **defender o ato atacado mercê de** seu inequívoco **interesse jurídico**.

Não quis a norma, óbvio destacar, prever uma forma anômala de assistência e sim **vincular a** "(...) *pessoa jurídica interessada* (...)" à **polaridade passiva**, com intimidade plena em relação **aos fatos e direito apontados**, conceito acerca do qual, com a necessária vênia, a ilustrada Procuradoria-Geral do Estado está muito distante.

In casu, repita-se, **nenhum** interesse cabe à peticionária agitar, havendo, quando muito, **fortuito interesse** (reflexo, é bem verdade) **econômico**, o que não basta à sua adição ao processo.

Confira-se, a tanto, os ensinos de **Eduardo Arruda Alvim** (*Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2010, páginas 57/61) e de **Cassio Scarpinella Bueno** (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, Vol. 2, Tomo III. São Paulo: Saraiva. 2012, páginas 57/59).

Fica, pois, **indeferida** a intervenção mirada, devendo a cuidadosa Secretaria providenciar (**1**) o desentranhamento da petição de folha 4.805 e (**2**) a devida alteração dos registros desta Corte.

No tocante à essência desta justa mandamental, é certo considerar que **a decadência está a lhe fulminar**.

Deveras, tomando-se em leitura o documento de fls. 3.379/3.392, é possível extrair que o Autor, **em 01.11.2017**, formulou requerimento de revisão da coima a ele infligida, a pôr em retardo o atual combate.

E isto em função de dois fundamentais postulados.

O inicial, vinculado à **origem da rebeldia** então atirada pelo Impetrante, há de considerar a legislação que rege a matéria (Lei Complementar Estadual nº 893/2001), a qual é claríssima ao **não prever** qualquer dispositivo indicativo de recurso a desafiar a decisão sancionatória. O que se dá, na espécie, é um cândido – e real – requerimento de **reconsideração** (art. 30).

Nada mais.

Este Seleto Órgão Especial, em precedentes julgados nos últimos meses, à **unanimidade**, aos quais se juntam os Mandados de Segurança nºs 2105187-70.2017.8.26.0000, 2243170-14.2017.8.26.0000, 2009381-71.2018.8.26.0000 e 2015498-78.2018.8.26.0000, do punho deste subscritor, assim se expressou:

MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra ato do Governador

Acesso ao Sumário

do Estado consistente em não conhecer recurso hierárquico formulado contra a decisão do Secretário da Segurança. Legitimidade passiva da autoridade impetrada. Preliminar rejeitada. Mandado de segurança. Pretensão clara e diretamente deduzida de que seja revista decisão que demitiu o impetrante da corporação. Ato praticado pelo Comandante Geral da Polícia Militar, reiterado em 20 de agosto de 2015. Interposição de recurso hierárquico não conhecido por ausência de previsão legal, endereçamento ao Governador do Estado. Procedimento de verdadeira representação (art. 30 da Lei Complementar nº 893, de 09 de março de 2001) que não interrompe o prazo para o mandado de segurança (Súmula 430 do STF). Decadência decretada. (...) Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Decadência reconhecida, processo julgado extinto com julgamento do mérito (CPC art. 487, II). SEGURANÇA DENEGADA. (MS nº 2209914-17.2016.8.26.0000, Rel. **Des. Amorim Cantuária**, j. 22.02.2017).

***MANDADO DE SEGURANÇA**. Policial Militar demitido da Corporação, após processo administrativo, em razão do cometimento de falta disciplinar grave. Impetração contra decisão proferida pelo Sr. Governador não admitindo "recurso" interposto pelo servidor demitido. Alegação de que o ato decisório não teria sido devidamente motivado. Pleito subsidiário de anulação do ato de demissão, com o reconhecimento de todos os direitos decorrentes da reintegração do impetrante ao cargo. **Decadência**. Considerando-se o conjunto da postulação, concluísse que a principal pretensão do impetrante é, em verdade, impugnar o ato administrativo que determinou sua demissão dos quadros da Polícia Militar (decisão do Sr. Comandante Geral da PM de 06.11.14, confirmada pelo Sr. Secretário de Segurança Pública em 01.10.15). Sendo assim, configurada a decadência. Ato impugnado exarado há mais de 120 dias da impetração, realizada apenas em 20.10.16. Ademais, pedido de revisão apresentado ao Sr. Governador não ostenta natureza recursal, não interrompendo o prazo para o mandado de segurança (Súmula 430 do STF). Ocorrência da causa extintiva do processo. Precedente deste Eg. Órgão Especial em caso análogo. **Inexistência do vício apontado.** A título de mera argumentação, não restou configurado o alegado vício na decisão do Sr. Governador. Perfeitamente possível a fundamentação per relationem. Precedentes do C. STJ e do Eg. Órgão Especial. **Extinção do processo. Denegada a ordem.** (MS nº 2217048-95.2016.8.26.0000, Rel. **Des. Evaristo dos Santos**, j. 24.05.2017).

Acesso ao Sumário

Veja-se que a intenção do "recurso" interposto pelo Impetrante baseia-se no **exclusivo** escopo de se **rediscutir** a decisão editada pelo Comandante Geral da Polícia Militar deste Estado, num visível enquadramento ao art. 30 da Lei Complementar nº 893/2001, a realçar, ainda mais, o **cunho de representação** do singelo requerimento anteriormente apresentado, **desprovido**, segundo destacado nos arestos acima transcritos, **de qualquer efeito suspensivo**.

O último, que **decorre do primeiro**, consiste na premissa de que, **postada a impugnação** tangida no campo da simples **reconsideração**, há de ecoar o verbete da **Súmula nº 430** do Colendo Supremo Tribunal Federal (**Pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança**), a apontar a **incontestável decadência** do direito do Autor (Lei nº 12.016/2009, art. 23), cabendo trazer à baila – em repetição – os antecedentes atrás levantados. A saber:

> *MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração contra ato do Governador do Estado consistente em não conhecer recurso hierárquico formulado contra a decisão do Secretário da Segurança. Legitimidade passiva da autoridade impetrada. Preliminar rejeitada. Mandado de segurança. Pretensão clara e diretamente deduzida de que seja revista decisão que demitiu o impetrante da corporação. Ato praticado pelo Comandante Geral da Polícia Militar, reiterado em 20 de agosto de 2015. Interposição de recurso hierárquico não conhecido por ausência de previsão legal, endereçamento ao Governador do Estado. Procedimento de verdadeira representação (art. 30 da Lei Complementar nº 893, de 09 de março de 2001) que não interrompe o prazo para o mandado de segurança (Súmula 430 do STF). Decadência decretada. (...) Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. Decadência reconhecida, processo julgado extinto com julgamento do mérito (CPC art. 487, II). SEGURANÇA DENEGADA.* (MS nº 2209914-17.2016.8.26.0000, Rel. Des. **Amorim Cantuária**, j. 22.02.2017).
>
> ***MANDADO DE SEGURANÇA**. Policial Militar demitido da Corporação, após processo administrativo, em razão do cometimento de falta disciplinar grave. Impetração contra decisão proferida pelo Sr. Governador não admitindo "recurso" interposto pelo servidor demitido. Alegação de que o ato decisório não teria sido devidamente motivado. Pleito subsidiário de anulação do ato de demissão, com o reconhecimento de todos os direitos decorrentes da reintegração do impetrante ao cargo. **Decadência**. Considerando-se o conjunto da postulação, concluísse que a principal pretensão do impetrante é, em verdade, impugnar o ato administrativo que determinou sua demissão dos quadros da Polícia Militar (decisão do Sr. Comandante Geral da PM de 06.11.14, confirmada pelo Sr. Secretário de Segurança Pública em 01.10.15). Sendo assim, configurada a decadência. Ato impugnado exarado há mais de 120 dias da impetração, realizada apenas em 20.10.16. Ademais, pedido de revisão apresentado ao Sr. Governador não ostenta natureza recursal, não interrompendo o prazo para o mandado de segurança (Súmula 430 do STF). Ocorrência da causa extintiva do processo. Precedente deste Eg. Órgão Especial em caso análogo. **Inexistência do vício apontado.** A*

Acesso ao Sumário

título de mera argumentação, não restou configurado o alegado vício na decisão do Sr. Governador. Perfeitamente possível a fundamentação per relationem. Precedentes do C. STJ e do Eg. Órgão Especial. ***Extinção do processo. Denegada a ordem.*** (MS nº 2217048-95.2016.8.26.0000, Rel. Des. **Evaristo dos Santos**, j. 24.05.2017).

Forçoso reconhecer, pois, a **caducidade do direito líquido e certo** brandido, máxime pelo **larguíssimo lapso transcorrido entre** o requerimento de **reconsideração (01.11.2017)** e o **ajuizamento** deste *writ* **(08.09.2018)**, até porque **a decisão** derradeira **do Comandante-Geral da Polícia Militar** (fls. 3.278/3.332), que **é de 28.04.2017**, restou **publicada** em **03.05.2017** (folha 3.338), quando passou a fluir o lapso à atual demanda.

Afaste-se, em conclusão do tema, a ideia de se considerar a eventual paralisação da fluência do prazo de propositura desta lide, condição essa que **nunca** se operaria (Súmula 430 do STF).

A decretação da decadência, nesse contexto, **é inadiável.**

D'outra aba, ainda que se quisesse violar a linda temporal acontecida, o que será avaliado – em boa suma – tão só em homenagem ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, a fortuna do Autor não seria mais vantajosa.

Honrado seu natural desprazer, **nenhum** direito líquido e certo emerge da apreciação da peça rompedora.

Por primeiro, é certo afirmar que a intromissão desejada nos autos administrativos é inaceitável.

Impende lembrar que o sistema legal brasileiro **separou as responsabilidades** civil, penal e administrativa, cujos **resultados** – sabemos todos – **não se entrelaçam**.

De outro ângulo: cada instância é inteiramente **livre** para encontrar a resolução que melhor atenda seus primados, mote pelo qual o arquivamento da ação penal **não prevalece** sobre as decisões das demais searas, pensamento esse que navega em todas as direções.

Acesso ao Sumário

Vale trazer, nesse particular, a lição de **Celso Antônio Bandeira de Mello** (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores. 21ª Edição, 2006, página 312), para quem "[...] *As responsabilidades disciplinar, civil e penal são independentes entre si e as sanções correspondentes podem se acumular (art. 125); entretanto, a absolvição criminal, que negue a existência do fato ou de sua autoria, afasta a responsabilidade administrativa (art. 126). Na verdade, o mesmo poderá ser dito quando decisão judicial, em ação civil, firmar um ou outro destes dois pontos.* [...]", secundado por **Maria Sylvia Zanella de Pietro** (*Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas. 21ª Edição, 2008, páginas 581/582), a sobressair que "(...) *A regra fundamental sobre a matéria está contida no artigo 935 do Código Civil, em cujos termos não se poderá questionar mais sobre 'a*

existência do fato ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.' (...)", máxima essa já referendada pelo Colendo Superior de Justiça (REsp nº 13.841/GO, Rel. **Min. Demócrito Reinaldo**, j. 10.02.1993 e REsp nº 1.376.377/RJ, Rel. **Min. Napoleão Nunes Maia Filho**, j. 18.10.2016).

A **única** permissão a autorizar a extensão da coisa julgada (de mérito) criminal no plano administrativo seria na hipótese de haver sentença de mérito reconhecendo (**A**) a declaração de **ausência** do ato praticado ou (**B**) o **afastamento** de sua autoria, exceções essas que – nem de longe – integram a espécie examinada, apartando-se, insista-se, da disposição do art. 935 do Código Civil.

Ressalvada a presença destas duas bulas, o que se deliberar numa instância **não interferirá nas demais.**

Simples assim.

Em segundo lugar, é igualmente descabida a discussão acerca da desproporcionalidade da pena infligida.

A **legislação militar** que norteia a conduta de seus integrantes possui **previsão expressa** autorizando cominar a mais **grave pena** àquele que "(...) *atentar contra a segurança das instituições nacionais ou praticar atos desonrosos ou ofensivos ao decoro profissional.* (...)" (art. 24 da Lei Complementar nº 893/2001), paradigmas esses que foram bem aferidos em seu correspondente tempo, de maneira que **a anulação** pretendida **é impossível**.

Confira-se, nessa linha, que o exame levado a termo pelo Conselho de Disciplina (fls. 2.149/2.154) foi arguto e exaustivo em relação aos fatos acontecidos e provados no Processo Administrativo Disciplinar (PAD), destacando a gravidade da conduta do Autor no episódio, de modo que a revisitação da decisão lá ditada, inclusive por força do princípio da separação das instâncias, é impossível. Confira-se:

> "[...] *9.2. em face do Sd PM Eduardo Araújo Duarte;*
>
> *9.2.1. das alegações em sua defesa, no sentido que os fatos narrados na portaria não correspondeu a realidade, não havendo provas da conduta do acusado e que ela não tipifica as transgressões que são lhes impostas, pois foi norteada por ordem superior inclusive sua saída do local, não merecem prosperar, visto que as filmagens dos fatos, inclusive tendo o acusado se reconhecimento ao lhe ser mostrada (fls. 169). Na gravação pode-se verificar que o acusado praticou todas as condutas transcrita na peça acusatória, contrariando sua tese defensiva. Mesmo diante e eventual ordem emanada do Oficial, visualiza-se no vídeo, principalmente o gravado sob o nº 20.39-3, que o acusado após o disparo observa de perto que o Oficial levantou a placa de seu veículo e logo em seguida saiu do local. Este fato foi uma demonstração*

Acesso ao Sumário

clara que o Oficial não tomaria nenhuma providência, o acusado ainda presente no local, deveria reavaliar a hipotética ordem dada, devendo adotar providências mínimas as quais a peça acusatória narrou. Porém, o acusado simplesmente se ausentou, ficando uma ocorrência de homicídio sem nenhuma providência, o qual por lei o policial não pode ficar inerte, não podendo ser consideração as acusações improcedentes sob o manto dessa ordem que não se reveste de credibilidade visto as atitudes posteriores adotadas pelo Oficial.

(...)

A falta que o Acusado praticou foi considerada grave e passível de demissão ou expulsão, pois foi enquadrada como grave rem que infringiu os números 1, 2 e 3 do § 2º do artigo 12, do RDPM, ou seja, atentatório às Instituições e ao estado, e aos Direitos Humanos fundamentais e de natureza desonrosa, sendo assim, a sanção caso seja aplicada não restará outra, mesmo que considerando os dispositivos mencionados pela Defesa, e da expulsão por força do artigo 24 do RDPM, em que se descreve que atos desonrosos e contra as Instituições são puníveis com essa modalidade de sanção com exclusividade. [...]".

Ao cabo, também **não ganha ares de certeza** a reclamação assentada na ausência de convocação para participar da reunião do Conselho Disciplinar.

Como é de meridiana ciência, dito encontro não tem outra **finalidade** senão **relatar o feito e opinar**, não se prestando a adotar solução em seu interior (afeta – que está – ao Comandante-Geral), de modo que a **ausência** do acusado e de seu defensor **não gera** qualquer **prejuízo** e tampouco **vício procedimental**.

Nesse sentido, diga-se, o Colendo Superior Tribunal de Justiça (MS nº 13.498/DF, Rel. **Min. Maria Thereza de Assis Moura**, j. 25.05.2011) e este Emérito Órgão Especial (MS nº 0049521-60.2013.8.26.0000, Rel. **Des. Cauduro Padin**, j. 21.08.2013 e MS nº 0202404-89.2013.8.26.0000, Rel. Des. **Arantes Theodoro**, j. 06.08.2014).

Destarte, o contemporâneo painel é satisfatório a declarar a **decadência** desta ação mandamental – baseada, assim, na combinação do § 5º, do art. 6º, da Lei 12.016/2009 com o artigo 485, inciso I, das vigentes regras adjetivas –, bem como a tornar certo que **inexiste** o mais leve sinal de **algum direito líquido e certo**, quer porque o princípio da separação das instâncias **não foi quebrado** por qualquer das reservas nele inscritas, quer porque a coima aplicada pelo Conselho Disciplinar contou com **embasamento jurídico adequado** aos fatos apurados, quer porque, ainda, a ausência de convocação à Sessão do Conselho Disciplinar não contaminou o rito do processo administrativo levado avante, pontos esses que imporiam, no mérito, a **rejeição** da ordem rogada.

Acesso ao Sumário

Ante o exposto, reconhecida a **DECADÊNCIA** da aspiração meneada, **DENEGA-SE A SEGURANÇA.**

Reclamações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 2169462-91.2018.8.26.0000, da Comarca de Matão, em que é reclamante FLÁVIO CASTILHO MACHADO, é reclamada 2ª TURMA CÍVEL DO COLÉGIO RECURSAL DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DA RECLAMAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22753)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 30 de janeiro de 2019.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Ementa: <u>RECLAMAÇÃO</u> – Alegação de inobservância, ao julgar pedido de uniformização de interpretação de Lei, do Acórdão proferido por este Órgão Especial, nos autos da arguição de inconstitucionalidade nº 0055543-95.2017.8.26.0000, que declarou a inconstitucionalidade do inciso II, do artigo 6º, da Lei nº 13.296, de 23 de dezembro de 2008, do Estado de São Paulo.

Como é cediço, em se tratando de arguição de inconstitucionalidade, não há que se falar em processo de natureza objetiva, ou seja, não há vinculação da decisão e sequer eficácia *erga omnes*, tratando-se, pois, de controle difuso de constitucionalidade, não se podendo exigir vinculação da decisão proferida pelos demais juízes e órgãos fracionários do Tribunal de

Acesso ao Sumário

Justiça.

Instrumento que não se mostra hábil à cassação de acórdão de órgão fracionário deste Eg. Tribunal de Justiça que teria contrariado precedente do Órgão Especial em arguição de inconstitucionalidade – Ausência de requisito de admissibilidade – Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Não se conhece da reclamação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de reclamação promovida por **FLÁVIO CASTILHO MACHADO**, com supedâneo no art. 988 e seguintes do Código de Processo Civil, em face do Acórdão proferido pela Turma de Uniformização do Sistema dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 0000003-25.2018.8.26.9022 (fls. 283/286).

Sustenta o reclamante que, na origem, trata-se de ação anulatória de débito fiscal, na qual se requer, em síntese, o reconhecimento da ilegitimidade do reclamante para figurar no polo passivo, com relação às obrigações tributárias que lhe foram imputadas pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo, em virtude de débitos de IPVAs, relativos aos exercícios de 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017, com relação ao veículo que pertencia ao ora reclamante, mas que foi alienado em 2011.

Aduz que, em Primeira Instância, a ação originária interposta pelo reclamante foi julgada improcedente, compreendendo o MM. Juízo de Direito que há responsabilidade solidária do reclamante, pelo pagamento de IPVAs, já que não houve comunicação da venda do veículo ao DETRAN, no prazo de 30 (trintas) dias, nos termos do artigo 6º, inciso II, da Lei Estadual nº 13.296/08.

Inconformado com a sentença proferida, o reclamante interpôs recurso inominado, mas este foi improvido.

O reclamante, então, interpôs pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (Incidente nº 0000003-25.2018.8.26.9022), mas este não foi conhecido.

Sustenta o reclamante que o pedido de Uniformização de Interpretação de Lei fundamentou-se no fato de que o Colendo Órgão Especial, por Acórdão datado de 11 de abril de 2018, nos autos de arguição de inconstitucionalidade (apelação originária nº 1500349-94.2015.8.26.0068), declarou a inconstitucionalidade do inciso II, do artigo 6º, da Lei nº 13.296, de 23 de dezembro de 2008, do Estado de São Paulo, havendo, dessa forma, posição consolidada na jurisprudência favorável ao ora reclamante, sendo imprescindível que os Juízes e Tribunais

Acesso ao Sumário

observem a orientação do Órgão Especial, nos termos do artigo 927 do Código de Processo Civil.

Ainda, o reclamante, inconformado, opôs embargos de declaração, mas estes foram rejeitados.

Reitera que foi desrespeitada a declaração de inconstitucionalidade do artigo 6º, inciso II, da Lei Estadual nº 13.296/2008 e que a presente Reclamação encontra supedâneo no artigo 988, inciso II do Código de Processo Civil, a fim de *"garantir a autoridade das decisões do tribunal"*.

Pleiteou, assim, *"o afastamento da aplicação do artigo 6º, inciso II, da Lei Estadual n.º 13.296/2008, nos termos do art. 927, V, CPC, devido à sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento realizado no último dia 11/04/2018 da Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0055543-95.2017.8.26.0000; e como consequência o reconhecimento da ilegitimidade do ora reclamante (FLÁVIO CASTILHO MACHADO) em figurar no polo passivo das obrigações tributárias que lhe foram imputadas pela Fazenda Estadual de São Paulo (cobranças de IPVA's relativas aos exercícios de 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017), anulando-se, assim, os aludidos créditos tributários e cancelando, ainda, as CDA's 1.154.638.807, 1.137.975.579, 1.177.770.315, 1.210.956.548 e 1.230.727.371, o lançamento quanto ao IPVA referente ao exercício de 2017 e os protestos realizados em nome do reclamante que se refiram a débitos relativos ao veículo em questão, posteriores a 2011"*.

A DD. Procuradoria-Geral do Estado apresentou a contestação (fls. 306/308).

A Excelentíssima Juíza de Direito da Turma de Uniformização de Jurisprudência apresentou as informações (fls. 332/334).

A DD. Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu o seu parecer (fls. 337/345).

É o relatório.

É caso de não conhecimento da presente reclamação.

Consoante dispõe o artigo 195 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, *"A reclamação contra autoridade judiciária, para preservar a competência do Tribunal, garantir a autoridade de suas decisões ou a observância de suas súmulas, ou de seus enunciados de precedentes proferidos em julgamento de casos repetitivos, ou em incidentes de assunção de competência, será processada na forma da legislação vigente"*.

Nesse sentido, o artigo 988 do Código de Processo Civil prevê que:

"Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I – preservar a competência do tribunal;

Acesso ao Sumário

II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência". (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

Como já decidiu este Colendo Órgão Especial, em diversas oportunidades, a utilização do instituto da reclamação somente é viável quando houver violação da competência do Tribunal ou descumprimento de suas decisões.

Entretanto, como se verifica da exordial, o reclamante interpôs a presente reclamação, fundamentando que a Turma de Uniformização do Sistema dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deixou de observar a decisão proferida por este Órgão Especial, nos autos da arguição de inconstitucionalidade nº 0055543-95.2017.8.26.0000, que declarou a inconstitucionalidade do inciso II, do artigo 6º, da Lei nº 13.296, de 23 de dezembro de 2008, do Estado de São Paulo.

Como é cediço, em se tratando de arguição de inconstitucionalidade, não há que se falar em processo de natureza objetiva, ou seja, não há vinculação da decisão e sequer eficácia *erga omnes*, tratando-se, pois, de controle difuso de constitucionalidade, não se podendo exigir vinculação da decisão proferida pelos demais juízes e órgãos fracionários do Tribunal de Justiça.

Acerca da eficácia da declaração de inconstitucionalidade de norma, em controle difuso, como ensina Alexandre de Moraes, *"declarada incidenter tantum a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados. Porém, tais efeitos ex tunc (retroativos) somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração"* (Moraes, Alexandre de – Direito Constitucional – 27ª ed. – São Paulo : Atlas, 2011, pág. 746).

Noutro giro, registre-se que não há hierarquia entre o órgão prolator da decisão impugnada e este Colendo Órgão Especial.

Dessa forma, reformar a decisão exarada pelo órgão prolator da decisão impugnada seria aceitar a utilização da reclamação como sucedâneo de recurso cabível, o que não se mostra possível.

Acesso ao Sumário

Tampouco a reclamação é instrumento hábil à uniformização jurisprudencial.

Repise-se que o Órgão Especial não possui autoridade judiciária hierarquicamente superior ao órgão prolator da decisão impugnada.

A este teor, confiram-se os precedentes: Reclamação nº 2112200-23.2017.8.26.0000, Rel. Des. TRISTÃO RIBEIRO, julgada em 05 de julho de 2017; Reclamação nº 2258883-63.2016.8.26.0000, Rel. Des. EVARISTO DOS SANTOS; Reclamação nº 2005264-71.2017.8.26.0000, Rel. Des. CARLOS BUENO, julgada em 03 de maio de 2017. Nessa linha, o Pretório Excelso assentou: *"A jurisprudência desta Suprema Corte se alinha ao entendimento de que não é possível conferir à reclamação a natureza de sucedâneo recursal ou de meio viabilizador do reexame do conteúdo do ato reclamado. Tampouco constitui instrumento de uniformização jurisprudencial"* (Agravo Regimental na Reclamação nº 16.242/PA, Rel. Min. ROSA WEBER, julgada em 24 de fevereiro de 2015).

Não é outro o entendimento deste Órgão Especial:

> RECLAMAÇÃO – Alegação de violação da autoridade da decisão deste Colendo Órgão Especial em arguição de inconstitucionalidade – Instrumento que não se mostra hábil à cassação de acórdão de órgão fracionário deste Eg. Tribunal de Justiça que teria contrariado precedente do Órgão Especial em arguição de inconstitucionalidade – Ausência de requisito de admissibilidade Precedentes deste Colendo Órgão Especial. Não se conhece da reclamação. (Reclamação nº 2154516-51.2017.8.26.0000, Rel. Ricardo Anafe, julg. 07.03.2018).
>
> RECLAMAÇÃO Oposição a acórdãos que mantiveram entendimento sobre a constitucionalidade de lei estadual declarada inconstitucional. Inadmissibilidade. Instrumento processual que pressupõe hierarquia entre os órgãos jurisdicionais, o que inexiste entre órgão fracionário deste E. Tribunal e este C. Órgão Especial. Decisão impugnada, ademais, que não se opôs ao entendimento ora defendido pela reclamante, não havendo se falar em descumprimento a decisão deste C. Órgão Especial. Inadmissível usurpação de competência dos Tribunais Superiores. Reclamação não conhecida. (Reclamação nº 2053894-61.2017.8.26.0000, Rel. Moacir Peres, julg. 07.06. 2017).
>
> EMENTA Reclamação. Alegação de que acórdão local decidiu em desconformidade com arguição de inconstitucionalidade julgada pelo Órgão Especial. Decisão em controle difuso de constitucionalidade que só vincula o julgador do processo no qual se instaurou o incidente. Órgão Especial que, ademais, ao julgar aquele incidente isso de antemão explicitou. Inocorrência, ainda, de paralelismo entre o decidido na arguição

Acesso ao Sumário

e o acórdão impugnado. Reclamação não conhecida. (Reclamação nº 2014557-65.2017.8.26.0000, Rel. Arantes Theodoro, julg. 17.05.2017)

Posto isto, pelo meu voto, **NÃO CONHEÇO** da presente Reclamação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 0006353-95.2019.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é reclamante CAMPOLIM INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA., é reclamada TURMA DE UNIFORMIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUIZADOS ESPECIAIS 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 RECLAMAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35380)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

ELCIO TRUJILLO, Relator

Ementa: RECLAMAÇÃO – Insurgência contra v. acórdão da Col. Turma de Uniformização do Sistema dos Juizados Especiais, que não conheceu de pedido de uniformização de interpretação de lei apresentado pela ora reclamante, por intempestivo – Inadequação da via eleita – Instrumento processual que, ante os limites apresentados, releva-se como sucedâneo recursal – Impossibilidade de usurpação de competência de Tribunais Superiores – RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de reclamação apresentada por Campolim Incorporadora e Construtora Ltda. contra o v. acórdão proferido pela Col. Turma de Uniformização do Sistema de Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[1], que não conheceu do pedido de uniformização de interpretação de lei, por intempestivo (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 0000040-96.2015.8.26.9009).

Argumenta a reclamante que, ante o v. acórdão que não conheceu o pedido de uniformização de interpretação de lei, a solução da lide contrariou orientação adotada pelo Col. Superior Tribunal de Justiça, em sede do REsp nº 1.551.956/SP[2], processado pelo rito dos recursos repetitivos, a acarretar a necessidade de reforma do v. acórdão de fls. 387/389, complementado às fls. 399/400.

É o relatório.

Não conheço do incidente.

Em ação de repetição de indébito[3], a ora reclamante foi condenada à devolução de valores pagos a título de comissão de corretagem, observando-se o prazo de prescrição quinquenal[4].

Já na fase executiva, a ora reclamante apresentou pedido de uniformização de interpretação de lei, em sede do qual sustentou contrariedade do julgado ao entendimento exarado pelo Col. Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.551.956/SP, que reconheceu a *"incidência de prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem"* (tema 938).

Por intempestivo, referido pedido de uniformização restou não conhecido – cf. v. acórdão de fls. 387/389[5], complementado às fls. 399/400 – a resultar na apresentação da presente reclamação.

A reclamação não deve servir, em tese, como sucedâneo recursal, usurpando competência de Tribunais Superiores.

Em renovação de tema posto sob análise da Turma de Uniformização do Sistema dos Juizados Especiais, verifica-se que a ora reclamante busca, em verdade, a alteração do v. acórdão de fls. 387/389, complementado às fls.

Acesso ao Sumário

1 Fls. 387/389, complementada às fls. 399/400.

2 Tema 938, dentre as teses firmadas: (i) Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (artigo 206, § 3º, IV, CC). (vide REsp n. 1.551.956/SP) – fls. 211.

3 Cf. fls. 28/37.

4 Cf. r. sentença de fls. 103/104 e v. acórdão de fls. 133/136, Recurso Inominado nº 4018179-97.2013.8.26.0602, 1ª Turma do Colégio Recursal de Sorocaba, transitado em julgado em 29.09.2014 (cf. consulta ao Sistema de Automação Judicial – SAJ, em 05.02.2019).

5 Ao que se verifica, a ora reclamante interpôs Recurso Extraordinário – cf. fls. 798/811 (processo nº 0000040-96.2015.8.26.9009).

399/400, sobretudo diante pronunciamento expresso do i. relator quanto ao questionamento por ela apresentado, a saber: a intempestividade do pedido de uniformização; a configuração de coisa julga formal e o fato do processo orientar-se por um sistema de prazos preclusivos.[6]

E, sabido é que *"[...] a reclamação constitucionalmente vocacionada a cumprir a dupla função a que alude o art. 102, I, 'i', da Carta Política (RTJ 134/1033) não se qualifica como sucedâneo recursal e nem configura instrumento viabilizador do reexame do conteúdo ao ato reclamado, além de não constituir meio de rever jurisprudência."* (Recl. 6.558-AgR/PR DJ-e de 27/03/2009 Rel. Min. Celso de Mello).

Nesse sentido, a jurisprudência:

RECLAMAÇÃO. Contra acórdão da E. Turma de Uniformização do Sistema dos Juizados Especiais não conhecendo de pedido de uniformização de interpretação de lei apresentado pelo ora reclamante. Reclamação ajuizada com o manifesto propósito de reforma da solução dada ao incidente. Inviabilidade. Inadmissível usurpação de competência dos Tribunais Superiores. Órgãos fracionários não se subordinam hierarquicamente ao Órgão Especial. Precedentes. Não conheço da reclamação.

(...) Não conheço desse incidente. Trata-se de reclamação ajuizada contra v. aresto (fls. 512/516 e 559/561) da C. Turma de Uniformização do Sistema dos Juizados Especiais deste Tribunal de Justiça não conhecendo de pedido de uniformização de interpretação de lei apresentado pela ora reclamante. Assim ementado o v. aresto reclamado:

"EMENTA. Pedido de uniformização de Interpretação de Lei. Validade de cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar as taxas referentes à comissão de corretagem e assessoria técnico-imobiliária (SATI). Tema 938 do STJ, julgado em REsp n° 1.551.956/SP. Interpretação firmada em incidente de recurso repetitivo. Pedido não conhecido." (Proc. nº 0.000.003-39.2015.8.26.9019, v.u., j. de 08.03.17 Rel. Dr. MARCOS ALEXANDRE BRONZATTO PAGAN).

De acordo com o reclamante, a C. Turma de Uniformização teria se equivocado ao não conhecer de seu pedido de uniformização sob o fundamento da não demonstração analítica de divergências. Argumenta que após interposição do pedido de uniformização por parte da reclamante restou proferido o v. acórdão do STJ em julgamento de recursos repetitivos no REsp nº 1.599.511/SP, o qual deve ser aplicado ao presente caso (fl. 08/09).

Ocorre que, nos termos em que formulada, a reclamação não merece conhecimento. É certo que, a Resolução nº 759/16 deste Eg. Órgão

Acesso ao Sumário

6 Cf. fls. 399/400, valendo citar a ementa do v. acórdão: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Alegação de falta de apreciação de prescrição no acórdão embargado, matéria de ordem pública – Acórdão, porém, que não conheceu do Pedido de Uniformização, por intempestividade – Coisa julgada impedindo a apreciação da prescrição, matéria de mérito – Embargos não acolhidos."

Especial, ao alterar a Resolução nº 589/12, estabeleceu:

"Art. 38 – Pelas mesmas razões contidas na Resolução STJ/GP nº 3, de 07 de abril de 2016, que delegou aos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes, as reclamações contra decisões da Turma de Uniformização serão direcionadas ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e por ele julgadas." Contudo, a reclamação deve, obviamente, observar as disposições trazidas pelo Código de Processo Civil:

"Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

"I – preservar a competência do tribunal;"

"II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;"

"III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;"

"IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;"

"§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir." "§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal." "§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível." "§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam."

"§ 5º É inadmissível a reclamação:"

"I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;"

"II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias."

"§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação." E também o art. 195, do RITJ/SP:

"Art. 195. A reclamação contra autoridade judiciária, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões, será

Acesso ao Sumário

processada na forma da legislação vigente (Lei nº 8.038, de 28.05.1990)." Como se vê, a reclamação presta-se, em síntese, a preservar a competência do Tribunal ou a garantir a autoridade de suas decisões.

Ocorre que, no presente caso, é manifesto o manejo do referido instrumento processual como mero sucedâneo recursal.

Com efeito, busca a reclamante modificar a conclusão da C. Turma de Uniformização ao inadmitir o pedido de uniformização por ausência de demonstração analítica de divergência.

Afirmou caber àquele segmento aplicar, em sede de uniformização, decisão do REsp nº 1.599.511/SP.

A reclamante questiona as razões de decidir da C. Turma de Uniformização, afirmando ser errônea a não admissão do incidente por ele instaurado. Evidente, portanto, o propósito infringente da presente reclamação. Ausente qualquer das hipóteses insculpidas no art. 988 do CPC. (TJSP, Órgão Especial, Reclamação nº 0049980-86.2018.8.26.0000, Des. Rel. Evaristo dos Santos, j. em 30.01.2019);

RECLAMAÇÃO. Insurgência contra decisão judicial que negou seguimento ao pedido de reapreciação do pedido anteriormente negado que versava sobre uniformização de interpretação de lei. Via eleita inadequada. Órgão requerido não submetido hierarquicamente ao Tribunal de Justiça. Inteligência dos artigos 74, X, da Constituição Estadual, e 195, do Regimento Interno desta Corte. Instrumento processual guardado por estreita via de admissibilidade. Ausência dos pressupostos de admissibilidade. Utilização como sucedâneo recursal. Inadmissibilidade. Precedentes – Reclamação não conhecida. (TJSP, Órgão Especial, Reclamação nº 2271821-27.2015.8.26.0000, Des. Péricles Piza, j. em 26.04.2017);

RECLAMAÇÃO. Pretensão dos reclamantes na declaração de nulidade do v. Acórdão proferido pela Turma de Uniformização de Jurisprudência do Sistema dos Juizados Especiais, estado de São Paulo. Descabimento – Instrumento processual que não pode ser utilizada como sucedâneo de recurso – Reclamação não conhecida. (TJSP, Órgão Especial, Reclamação nº 2.117.410-21.2018.8.26.0000, Des. Rel. Antonio Carlos Malheiros, j. em 07.11.18);

RECLAMAÇÃO. Decisões do Presidente do Colégio Recursal, inicialmente negando seguimento a pedido de uniformização de jurisprudência formulado pela reclamante e, depois, indeferindo pedido de reapreciação. Alegação de descumprimento da Resolução 589/2012, desta Corte, que fixa a competência do relator do feito na Turma de Uniformização para a reapreciação do pedido. Via inadequada. Órgão requerido não submetido hierarquicamente ao Tribunal de Justiça. Inteligência dos artigos 13, da Lei 8.038/90, 74, X, da Constituição Estadual, e 195, do Regimento Interno desta Corte. Precedentes deste Colegiado. Reclamação não conhecida. (TJSP, Órgão Especial,

Acesso ao Sumário

Reclamação nº 2270463-27.2015.8.26.0000, Des. Rel. Tristão Ribeiro; j. em 13.04.2016);

RECLAMAÇÃO. Insurgência contra decisão proferida por juiz do Colégio Recursal do juizado especial que negou seguimento ao pedido de uniformização de jurisprudência ajuizado pelo ora reclamante. Alegação de inobservância do procedimento previsto no Regimento Interno da Turma de Uniformização. Instrumento processual constitucional de estreita via de admissibilidade. Inteligência dos artigos 74, X, da constituição estadual e 195 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Via inadequada. Utilização como sucedâneo recursal. Inadmissibilidade. Extinção sem exame do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do CPC. (TJSP, Órgão Especial, Reclamação nº 2029590-61.2018.8.26.0000, Des. Rel. Ferraz de Arruda; j. em 21.03.2018);

RECLAMAÇÃO. Instrumento processual de feito corretivo, preordenado a preservar a competência e a garantia da autoridade das decisões dos tribunais. Não é remédio intercambiável com qualquer outro de índole processual e não se presta a satisfazer qualquer modalidade de inconformismo da Reclamante. Ausente o pressuposto de sua viabilidade, não se mostra suscetível de conhecimento. Reclamação não conhecida. (TJ/SP, Reclamação nº 994.09.225532-6, Órgão Especial, relator Des. Renato Nalini). (TJSP, Órgão Especial, Reclamação nº 2.132.818-91.2014.8.26.0000, j. em 28.01.15, Rel. Des. Péricles Piza).

No mesmo sentido: Reclamação nº 2053577-29.2018.8.26.0000, Des. Beretta da Silveira, j. em 06.06.2018).

Ante o exposto, a considerar a impossibilidade de usurpação de competência de Tribunais Superiores e o fato de que a via processual eleita não se confunde com sucedâneo recursal, **NÃO CONHEÇO da reclamação**.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2100963-55.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é agravado K.G.S.N. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.775)**

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 janeiro de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. Multa diária. Manutenção do valor arbitrado (R$ 100,00). Razoabilidade e proporcionalidade. Valor a ser revertido ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município. Valor não é excessivo e nem implica em enriquecimento sem causa.

Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **agravo de instrumento** de interlocutória (fls. 10/11), julgando **improcedente** a impugnação ao cumprimento de sentença contra o Município de São Paulo, em **ação de obrigação de fazer** (fls. 30/36) determinando o fornecimento de vaga em creche próxima à residência do agravado, sob pena de multa diária.

Sustentou, em resumo, estar equivocada a decisão. A multa é desproporcional e extrapola os limites da razoabilidade. Daí a reforma (fls.

01/08).

Sem liminar (fl. 46). Sem resposta (fl. 54). A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento (fls. 57/60).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Insurge-se a Municipalidade de São Paulo contra decisão interlocutória (fls. 10/11) em cumprimento de sentença por inobservância da obrigação de fazer (fls. 30/36).

Com o seguinte teor a decisão impugnada:

"Está documentalmente demonstrado na ação de conhecimento que o Município somente cumpriu a obrigação de fazer imposta em antecipação de tutela e confirmada em sentença, consistente na matrícula da criança, em estabelecimento de ensino próximo de sua residência em 14/12/2016 (fls. 123/124), embora intimado em 01/03/2016 (mandado juntado em 04/03/2016 – fls. 30)."

"Assim, apesar de ter ao final havido o cumprimento da ordem, é certo que houve mora de 226 dias, já contado o prazo de 60 dias para cumprimento da obrigação, prazo este fixado pela decisão antecipatória de tutela (fls. 19/21), ensejando o presente cumprimento de sentença."

"As questões referentes à imposição de multa cominatória contra a Fazenda Pública e à adequação de seu do valor, agora ventiladas, são pontos já alcançados pela preclusão, uma vez que contra a sentença que fixou seus valores não houve oportuna interposição de recurso voluntário, conformando-se o ora impugnante com este ponto. Não pode a parte, então, insurgir-se contra pontos da sentença em relação aos quais não se insurgiu na oportunidade própria".

"Ademais, a V. Decisão Monocrática de fls. 93/96, que reapreciou a integralidade da sentença proferida, não alterou esta imposição, operando-se a coisa julgada sobre os temas da pertinência da multa e correção de seu valor."

"Mas, ainda que assim não fosse, tais temas não se enquadram nos limites do art. 535 do Código de Processo Civil e o valor fixado mostra-se proporcional e adequado à obrigação imposta, sendo certo que valor inferior ensejaria a sua inexpressividade e consequente inoperância quanto à finalidade de compelir ao cumprimento".

"Em face do exposto e do que mais consta nos autos, ***REJEITO*** *a impugnação oferecida pelo executado Município de São Paulo"* (fls. 10/11).

Daí o agravo. Todavia, sem razão.

Incontroversa a mora em 226 dias, estando a agravante ciente da multa diária de R$ 100,00.

Acesso ao Sumário

Como ensina **ALCIDES MENDONÇA LIMA**:

"... as 'astreintes' correspondem a uma coação de caráter econômico no sentido de influírem no ânimo do devedor, psicologicamente, para que cumpra a prestação de que se está esquivando." ("Comentários ao Código de Processo Civil" – Forense – 1.974 – vol. VI – art. 644 – nº 1.787 – p. 775).

Acrescentando:

"... a medida é cominatória, e não expiatória. Sua finalidade é fazer o devedor cumprir a obrigação e não, em absoluto, substituir a própria prestação devida." (op. Cit. – idem nº 1.792 – p. 776).

A multa, imposta pelo descumprimento da obrigação de fazer, funciona:

"... como um castigo por uma desobediência e não a reparar um prejuízo, fundado no pressuposto de que a parte (credora) tem um direito e interesse legítimo em obter o cumprimento daquilo que foi ordenado pelo juiz, ainda quando esse interesse não seja expresso em dinheiro." (**LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA *in*** "A Fazenda Pública em Juízo" – Ed. Dialética – 2010 – p. 156/157).

Ela tem por objeto *"... desestimular a recalcitrância injustificada do réu no adimplemento da determinação do juízo, sem se converter em meio de enriquecimento sem causa do autor."* (REsp 1.105.834/PR – DJ-e de 22.08.13 – Rel. Min. **RAUL ARAÚJO**).

No caso em tela, a multa foi fixada em valor razoável (R$ 100,00), em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, destinada por disposição legal ao Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município (art. 214 da Lei nº 8.069/90), sendo a questão já decidida, uma vez mantida, na íntegra, a sentença.

Desnecessária a fixação de **teto** ao valor das astreintes, considerando que a obrigação de fazer foi cumprida e o valor não atingiu quantia excessiva (R$ 5.200,00), ao contrário, já que muito abaixo do limite normalmente fixado em R$ 25.000,00, em face de orientação pacífica e segura dessa **C. Câmara Especial.**

Acesso ao Sumário

Mais não é preciso acrescentar.

3. Nego provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2163908-78.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante P. M. DE S. P., é agravado P. DE J. V. I. E J. DE F. R. DE S. A.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso, com determinação e remessa. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.768)**

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, 4 de fevereiro de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO

Tutela antecipada deferida. Ação Civil Pública objetivando impelir o Município de São Paulo à implantação de política de acolhimento de menores somente em área equivalente à delimitação territorial da Vara da Infância e da Juventude competente para processar o caso, coincidindo com a residência de seus núcleos familiares. Ação que, embora permeie a tutela do direito de crianças e adolescentes, remete a reponsabilidade do Estado por eventual não implantação de política pública no interesse de menores. Matéria afeta do Direito Público, e não à Infância e Juventude. Artigo 33, inciso IV, do RITJSP. Posterior alteração de entendimento, em decorrência de decisões proferidas pelo Órgão Especial.

Não conheço do recurso, determinando a redistribuição dos autos a uma dentre as 1ª a 13ª Câmaras de Direito Público.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **agravo de instrumento** de interlocutória (fls. 20/22 – autos de origem) determinando ao Município que se abstenha de acolher crianças e adolescentes, com domicílio familiar na jurisdição do foro de Santo Amaro, em área de jurisdição distinta, compelindo, ainda, o agravante, para apresentar, no prazo de noventa (90) dias, levantamento concreto sobre o reordenamento na área do foro regional de Santo Amaro, sob pena de multa diária de R$ 100,00, até o máximo de R$ 10.000,00.

Sustentou o Município a ausência de dano irreparável ou risco de ineficácia do provimento final, enfatizando o fato de a questão ser objeto de inquérito civil instaurado em 2012 e ações ajuizadas em 2015. Alegou a incompatibilidade da apreciação da matéria em juízo de cognição sumária em razão da complexidade e destacou os esforços empreendidos pela Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social para melhoria dos serviços de acolhimento institucional e familiar. Afirmou a inexistência de plausibilidade da tese invocada e a inconstitucionalidade flagrante da decisão agravada, por ferir a autonomia municipal e a separação dos poderes. Salientou a falta de convergência entre a organização do Poder Judiciário e a demarcação administrativa das Supervisões de Assistência Social, divididas em 31 regiões. Daí o efeito suspensivo e reforma (fls. 01/19).

Deferiu-se o efeito suspensivo (fls. 58/59), veio resposta (fls. 66/99). Opinou a Douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 102/116).

É o relatório.

2. O recurso não merece conhecimento.

Trata-se de **ação civil pública** do Ministério Público para impor ao Município de São Paulo a implantação de política a estabelecer paralelismo entre a localização das instituições de acolhimento de crianças e adolescentes e a jurisdição do Foro Regional de Santo Amaro, de forma a se ater à proximidade de moradia dos familiares.

Deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela pela MMª. Juíza ***a quo***, recorreu o Município.

Necessário, de início, tratando-se de matéria de ordem pública, exame ***ex officio*** acerca da competência desta **Col. Câmara Especial** para apreciar e decidir a espécie.

Como se nota, o debate fundado nos autos passa obrigatoriamente pelos limites de ingerência da função jurisdicional em iniciativas exclusivas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Acesso ao Sumário

É evidente, nessa linha, que **não** pode o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, sendo vedado substituir a discricionariedade do Administrador pela do Juiz.

Isto porque, *"só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo"* (**MEIRELLES**, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 39ª

Ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 128).

Tal fato não impede, de toda a sorte, que o Judiciário coíba abusos e omissões da Administração Pública quando instado a analisar casos concretos, máxime se notoriamente necessários e voltados à política pública de amparo a crianças e adolescentes, como se afigura o caso dos autos. Em tais hipóteses, é importante sopesar se os direitos envolvidos estão sendo, de fato, violados, de modo a comprometer indubitavelmente a eficácia e a integridade de direitos individuais ou coletivos garantidos constitucionalmente.

No caso em tela, a despeito de caracterizada a legitimidade e responsabilidade do Município pela manutenção e funcionamento dos abrigos, o pleito – obrigar o Município a abrigar os menores somente em área equivalente à delimitação territorial da Vara da Infância e da Juventude competente para processar o caso, coincidindo com a residência de seus núcleos familiares – esbarra em questão de **direito** (cabimento de tal imposição ao ente público), mas a ela não se restringe. Deve se ter em conta, também, que o acolhimento do pedido implicaria em restruturação na área, com adequação dos abrigos e demais espaços.

É de se considerar o disposto no art. 100 do Regimento Interno desta Corte, no qual *"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"*, anotando-se a incompetência desta **Câmara Especial**, para o julgamento do presente recurso, uma vez que se trata de matéria afeta à **Seção de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça.**

Ora, o objeto da ação não adere, primeiramente, a qualquer discussão específica sobre matéria da infância e juventude elencada no rol taxativo do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se inserindo, assim, na competência da Câmara Especial (art. 33 do RITJSP). Ao contrário, assunto afeto a responsabilidade do Estado por eventual não implantação de política pública no interesse de menores, desafia a competência da Seção de Direito Público deste Egrégio Tribunal de Justiça (Resoluções nºs. 163/2013 e 623/2013, art. 3º, item I.2, ambas do órgão Especial desta Corte).

Assim decidiu o c. **ÓRGÃO ESPECIAL em sede de Conflito de Competência entre a Câmara Especial e Câmara de Direito Público:**

> ***"CONFLITO DE COMPETÊNCIA*** *– Agravo de instrumento interposto pelo executado – 'Ação de execução de obrigação de fazer' promovida pelo Ministério Público em face do Município de Iracemápolis, objetivando o cumprimento, pelo executado, do 'Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta' (TAC) visando a estruturar adequadamente o conselho Tutelar local – Demanda que não envolve discussão específica sobre matéria afeta a infância e juventude, sequer elencada*

no rol taxativo do art. 148 do Estatuto da Criança do Adolescente, e não se insere na competência da Câmara Especial (art. 33 do RITJSP) – 'Interesses e direitos afetos secundariamente à criança e ao adolescente', sem força para deslocar a competência para a Câmara Especial – Competência de uma das Câmaras de Direito Público – Precedentes do Órgão Especial – Conflito julgado procedente, declarada competente a Câmara suscitante (12ª Câmara de Direito Público)." (TJSP – CC nº 0055141-14.2017.8.26.0000 – j. de 21.03.18 – Rel. Des. **JOÃO CARLOS SALETTI**).

*"**CONFLITO DE COMPETÊNCIA** – Ação Civil Pública – Omissão do Município de Jales quanto à obrigação de repasse de recursos financeiros ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente – Interesses e direitos afetos secundariamente à criança e ao adolescente – Matéria que se insere na competência da Colenda 3ª Câmara de Direito Público"* (TJSP – CC nº 0118079-84.2013.8.26.0000 – j. de 18.09.2013 – Rel. Des. **ELLIOT AKEL**).

No mesmo sentido, em hipótese idêntica, **oriunda do mesmo Inquérito Civil nº 152/12**, recente decisão em Acórdão de minha Relatoria, Apelação nº 1.015.590-54.2015.8.26.0008, desta Comarca de São Paulo. O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Vice-Presidente) (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO (Pres. da Seção de Direito Privado) e FERNANDO TORRES GARCIA (Pres. da Seção de Direito Criminal), em 10 de dezembro de 2018, e tem a seguinte ementa:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA

*Compelir o Município de São Paulo à implantação de política de acolhimento de menores somente em área equivalente à delimitação territorial da Vara da Infância e da Juventude competente para processar o caso, coincidindo com a residência de seus núcleos familiares. Pedido que, se acolhido, implica no reordenamento e reestruturação da área, sendo vedado substituir a discricionariedade do Administrador pela do Juiz. Ação que, embora permeie a tutela do direito de crianças e adolescentes, remete a responsabilidade do Estado por eventual não implantação de política pública no interesse de menores. Matéria afeta do Direito Público, e não à Infância e Juventude. Artigo 33, inciso IV, do RITJSP. Redistribuição direta do feito ao Juízo competente, sem anulação da r. sentença, em observância ao instituto da **translatio iudicci**, atualmente adotado. Inteligência do art. 64, § 4º, do CPC.*

Recurso não conhecido, com determinação e remessa".

Daí a **incompetência** desta **Col. Câmara Especial** para apreciar o feito.

Assim, não conheço do recurso e determino a **remessa** dos autos a uma dentre as **1ª a 13ª Câmaras de Direito Público** deste **Tribunal de Justiça.**

Desnecessárias maiores considerações.

3. Não conheço do recurso, com determinação e remessa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0003879-86.2017.8.26.0400, da Comarca de Olímpia, em que é apelante R.A.O. (MENOR), é apelado P. DE J. V. I. E J. DE O.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.908)**

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, 18 de janeiro de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

Imputação e julgamento. Conduta tipificada como tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006). Sentença acolhendo a representação e aplicando internação.

Objeto do recurso. Substituição da medida imposta por outra em meio aberto, ou, subsidiariamente, reavaliação trimestral da internação.

Prova. Autoria e materialidade bem evidenciadas. Conjunto probatório (laudos, apreensão, confissão e depoimento de policial), no caso, basta.

Adequação da medida imposta. Ato infracional equiparado a crime hediondo. Aplicação da medida extrema, embora não praticado ato com grave ameaça ou violência. Condições pessoais do representado, com passagem anterior por tráfico, demonstram necessidade de acompanhamento técnico em tempo integral para sua efetiva ressocialização. Interpretação extensiva e sistemática do art. 122 do ECA.

Acesso ao Sumário

Medida de internação, além do mais, já cumprida.
Recurso não provido.

VOTO

1. Trata-se de **apelação** de R.A.O., nascido em (...), contra a r. sentença (fls. 81/88), acolhendo representação contra ele oferecida em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito de **tráfico ilícito de entorpecentes** (art. 33, ***caput***, da Lei nº 11.343/06), aplicando-lhe medida de **internação**, por prazo indeterminado.

O apelante requereu, em síntese, a substituição da medida aplicada por outra diversa da internação, tal como a liberdade assistida e, subsidiariamente, a reavaliação trimestral da medida imposta (fls. 109/113).

Recebido o recurso (fl. 114), respondeu o Ministério Público (fls. 119/121). Manteve-se a decisão recorrida (fl. 122). Opinou a Douta Procuradoria (fls. 134/141).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

No dia (...), por volta das (...), na Rua (...), bairro (...), na cidade e comarca de (...), o adolescente, trazia consigo, para fins de tráfico, **02 pinos de cocaína (1,7g)** e **05 porções de *crack* (1,1g)**, substâncias capazes de provocar dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

A **materialidade** deriva do auto de exibição e apreensão (fls. 08/09), do laudo de constatação provisória de substância entorpecente (fl. 10) e do exame químico-toxicológico positivo (fls. 62/63).

A **autoria**, da mesma forma, é inconteste.

O adolescente **confessou** a prática do ato infracional **em todas as oportunidades em que foi ouvido** (delegacia de polícia – fl. 07, na presença do representante do Ministério Público – fl. 18 e em Juízo – fls. 77 - mídia audiovisual), assumindo a propriedade das drogas e o objetivo de vendê-las para pagar uma dívida. Ressalvou somente que os entorpecentes não foram encontrados com ele, mas sim em um buraco no muro. Afirmou, ainda, não estar trabalhando, nem estudando.

Ademais, pesam contra o apelado os persuasivos depoimentos prestados pelas **testemunhas** L.C.M. (fl. 75 – mídia audiovisual) e A.M.V. (fl. 76 – mídia audiovisual), policiais militares, confirmando a participação do jovem na prática do ato infracional.

Com efeito, declararam que receberam denúncia sobre um indivíduo que estaria praticando tráfico de drogas no endereço descrito na representação. Em

Acesso ao Sumário

diligências pelo local, conhecido como ponto de tráfico, avistaram o adolescente com os mesmos atributos apontados na denúncia. Feita a abordagem, encontraram com o jovem os entorpecentes e dinheiro. Indagado, confessou a traficância.

Há, assim, prova suficiente para embasar a representação, cingindo-se o apelo, **exclusivamente**, ao **procedimento reeducativo adotado**.

No que tange a **medida socioeducativa** imposta, **internação**, mesmo considerada sua excepcionalidade, foi apropriada, em face da **gravidade** e **circunstâncias do ato** perpetrado, bem como as **condições pessoais do apelante** (art. 112, § 1º, da Lei nº 8.069/90).

O ato praticado – análogo ao **crime de tráfico de entorpecentes** punível com **reclusão** – enseja medida de **internação**, como corretamente aplicada.

Nesse sentido ensinam **BIANCA MOTA DE MORAES** e **HELANE VIEIRA RAMOS**, citando **JURANDIR NORBERTO MARÇURA**:

> *"Considerando que o legislador valeu-se dos conceitos de **crime e contravenção penal** para definir o **ato infracional** (art. 103), devemos buscar na lei penal o balizamento necessário para conceituação de **ato infracional grave. Nela, os crimes considerados graves são apenados com reclusão; os crimes leves e as contravenções penais, com detenção, prisão simples e/ou multa**. Por conseguinte, entende-se por **grave o ato infracional a que a lei penal comina pena de reclusão**."*
>
> *"Importante exemplificar com os **atos infracionais análogos aos crimes de tráfico de drogas** (Lei n. 11.343/2006) que, sendo puníveis com **reclusão, já estão alcançados pelo conceito de gravidade acima delineado**, independentemente de sua intrínseca essência hedionda e do fato de que, em regra, expõe seus agentes à necessidade de proteção pessoal."* (grifei – "Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos Teóricos e Práticos" – Ed. Saraiva – 2017 – 10ª ed. – p. 1.136).

O art. 122 da mencionada legislação estabelece que a internação pode ser aplicada para quem comete ato infracional com grave ameaça ou violência (inc. I), por reiteração no cometimento de outras infrações penais (inc. II) e por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (inc. III).

O tráfico de entorpecentes é **equiparado a crime hediondo**, não se podendo afastar a ideia de que se torna o adolescente perigoso ao praticá-lo, pois tem o intuito do lucro fácil, sem esforço, com menosprezo do trabalho honesto, a prejudicar a vida de pessoas indefinidas, com reflexos no seio da comunidade. A traficância produz, indubitavelmente, uma **grave ameaça às pessoas**.

A própria **Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** tem adotado esse critério (AC nº 1.000.351-89.2017.8.26.0153 – v.u. j. de 26.03.18 – Rel. Des. **ARTHUR MARQUES**; AC nº 0.004.308-

Acesso ao Sumário

75.2017.8.26.0619 – v.u. j. de 26.03.18 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**; AC nº 0.000.688-06.2017.8.26.0312 – v.u. j. de 26.03.18 – Rel. Des. **CAMPOS MELLO**; AC nº 0.006.328-61.2015.8.26.0408 – j. de 27.03.17 – Rel. Des. **LUIZ ANTÔNIO DE GODOY**; AC nº 0.005.460-18.2015.8.26.0462 – j. 25.07.16 – Rel. Des. **ADEMIR BENEDITO**; AC nº 0.014.328-57.2014 – j. de 16.11.15 – Rel. Des. **CARLOS DIAS MOTTA**; AC nº 0.005.698-62.2016.8.26.0604 – v.u. j. de 19.03.18 e AC nº 0.004.961-63.2017.8.26.0268 – v.u. j. de 26.03.18 – de que fui Relator).

Ademais, observa-se que o adolescente **não** reúne **condições** para o cumprimento de liberdade assistida, tal como sugerido no apelo.

Nessa linha, verifico que o adolescente já havia sido apreendido, cerca de **20 dias** antes dos fatos apurados nestes autos, igualmente por conduta **análoga ao delito de tráfico de drogas**, tendo sido beneficiado com remissão cumulada com medida de liberdade assistida (proc. nº 0.003.406-03.2017.8.26.0400), o que revela a **inadequação** de medidas mais brandas para o alcance da ressocialização.

Não bastasse isso, registrem-se, ainda, as **condições pessoais desfavoráveis** do adolescente: é **usuário** de drogas, **não** estuda, e *"Quanto ao ato que desencadeou esta sua apreensão, também, 'Tráfico de Drogas' assume encontrar-se a serviço do tráfico, quando foi abordado por policiais, que encontraram as drogas e R$ 16,00 (dezesseis reais),* ***confessando que, encontra-se a serviço do tráfico acerca de três anos, alegando haver se envolvido por falta de opção para conseguir dinheiro e adquirir bens de consumo. R. refere possuir muitos amigos envolvidos no meio infracional, transparecendo atração e vir se estruturando junto ao meio delitivo, aparentando que, seu envolvimento em ato ilícito se deve a sua imaturidade, sendo facilmente aliciado por pessoas de má índole, sendo que, sente-se reconhecido e valorizado frente a seu grupo de pertencimento"*** (Relatório de Diagnóstico Polidimensional – fls. 65/70).

Nesse passo, em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa a proporcionar a reabilitação dos infratores que, a exemplo do apelante, não encontraram orientação e mecanismos de contenção suficientes em sua família, algo concretizável pelo suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante a ser-lhe oferecido.

No mais, não há se estabelecer prazo determinado para a reavaliação da medida, tal como requer o apelante. Por sua natureza educativa ela deve ser revista no **máximo** a cada seis meses, podendo, se o caso, ser reapreciada em momento **anterior**, dependendo da peculiaridade do caso concreto.

Compete ao juízo da execução, **no curso da medida**, reavaliar sua manutenção, progressão ou extinção, nos termos dos arts. 43 e 46, inc. II, da Lei nº 12.594/12.

Acesso ao Sumário

De todo o modo, observa-se, em consulta ao sistema informatizado da Fundação CASA, que referida **medida** foi **extinta** em 14.12.18. Contudo, tão logo em liberdade, o adolescente foi novamente apreendido pela conduta **análoga ao delito de tráfico de drogas** em 01.01.19 (*Proc. nº 1.500.005-62.2019.8.26.0557*), motivo pelo qual se encontra **provisoriamente internado**, o que encerra a questão.

Mais não é preciso acrescentar.

3. Nego provimento ao recurso.

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1007680-59.2018.8.26.0302, da Comarca de Jaú, em que são apelantes MUNICÍPIO DE JAÚ e J E.O., é apelada I.V.R.N. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento à apelação e deram parcial provimento ao reexame necessário, V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.801)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 19 de fevereiro de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação de Obrigação de Fazer – Falta vaga em creche – Obrigação do Poder Público – Direito assegurado pela Constituição Federal e pelo ECA – Aplicação das Súmulas 63, 65 e 68 do E. TJSP – Ausência de violação ao princípio da separação dos poderes – Inaplicabilidade da cláusula da reserva do possível – Administrador que deve se pautar pelo

Acesso ao Sumário

princípio da máxima efetividade da Constituição – Possibilidade de custeio de rede privada de ensino, em hipótese excepcional, como meio eficaz de resguardo do direito de acesso à educação.

Multa diária – Fixação em R$ 500,00 – Possibilidade de sua redução para R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), no limite de R$ 25.000,00 em atendimento aos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade – Valor arrecadado que pertence ao Fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município, na conformidade do art. 214 e seus §§ 1º e 2º do ECA.

Honorários advocatícios e Honorários Recursais – Verba honorária que é devida – Fixação em primeira instância em R$ 700,00 – Manutenção, vez que não foi alvo de irresignação – Cabimento da fixação de honorários recursais, considerando-se o trabalho adicional realizado em grau recursal, majorando-se a verba honorária total para R$ 900,00, nos termos do artigo 85, §§ 2º e incisos, 8º, e 11º, do NCPC.

Apelação não provida e reexame necessário parcialmente provido, com observação.

VOTO

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pelo Município de Jaú, em razão da r. sentença de fls. 69/72, que julgou procedente a ação de obrigação de fazer para condenar o Município de Jaú ao cumprimento consistente em proporcionar e manter concedida a vaga para a parte autora I.V.R.N. na creche mais próxima de sua residência, sob pena de multa cominatória no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento.

Foi o réu condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$ 700,00 (setecentos reais).

Apela o Município de Jaú (fls. 78/88), alegando, em apertada síntese, que deve ser realizada uma interpretação sistemática dos artigos 205, 208, IV, 212, § 3º e 214, todos da CF, observada a reserva do possível e a limitação de recursos públicos; incabível determinação que obrigue o Poder Público Municipal a despender mais vagas em creches daquelas já disponibilizadas à população, porque implica em aumento de despesas aos cofres públicos, bem como violação ao princípio da autonomia municipal e ao princípio da separação dos Poderes. Conclui ressaltando que o Município de Jaú não tem se quedado

Acesso ao Sumário

inerte, na verdade, traçou e tem, progressivamente, galgado esforços na concretização das metas consignadas não só no Plano Nacional de Educação, como no Plano Municipal de Educação, não podendo, consequentemente, ser considerado omisso. Pretende a reforma da r. sentença exarada a fim de que seja reconhecida a sua improcedência total e, alternativamente, busca a redução dos honorários advocatícios para o total de R$ 300,00 (trezentos reais).

Foram apresentadas as contrarrazões de apelação (fls. 91/95) e, nesta instância, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos (fls. 120/125).

É o relatório.

Ab initio, cumpre consignar que não há como o Município negar a vaga pretendida, pois, tal obrigação decorre dos artigos 205, 208, IV, e 211, § 2º, da Constituição Federal, e dos artigos 53, V, 54, IV, e 208, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que impõem ao Estado o dever de assegurar o efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes.

Dispõe a Constituição Federal, ainda, que os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, assegurando atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos.

Nesse sentido a Súmula nº 63 deste Tribunal: *'É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território'*.

Tem-se entendido, inclusive, que nem mesmo eventual insuficiência de vagas pode impedir que as crianças exerçam seu direito à educação, pois se trata de direito fundamental que, em princípio, não pode ser condicionado pelo administrador.

Tais normas constitucionais relativas à educação possuem eficácia plena e aplicação imediata e, portanto, a intervenção do Judiciário a fim de assegurar sua efetividade não caracteriza indevida intromissão no âmbito de atuação dos outros Poderes, pois apenas se está cumprindo com obrigação constitucional de prestação de tutela jurisdicional e composição de litígios.

Nesse sentido dispõe a Súmula nº 65 desta Corte: *'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 de crianças ou adolescentes'*.

Confira-se ainda: *'Direito constitucional e direito da criança e do adolescente. Agravo regimental em recurso extraordinário. Garantia estatal de vaga em creche. Prerrogativa constitucional. Ausência de ingerência no poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 1. A educação infantil*

Acesso ao Sumário

é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido'. (RE nº 464.143 AgR/SP – Ministra Ellen Gracie).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, depois de explicitar no *caput* e no inciso V, do artigo 53 que: *'A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhe: V – acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência'*, afirma, em seu artigo 54, IV, que: *'É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade.'*.

Outrossim, no artigo 208, inciso III, o aludido diploma legal complementa que: *'Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular: III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 (zero) a 6 (seis) anos de idade.'*.

Tais normas, positivadoras de direitos sociais, como a saúde e a educação, têm o condão de gerar direitos subjetivos, cujo exercício não pode ficar suspenso até a concretização de políticas públicas. Nesse sentido, vale citar preciosa lição de Canotilho, reproduzida na obra *'Aplicabilidade das normas constitucionais'*, de José Afonso da Silva: *'O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde é diferente da imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais imanentes àquele direito. Como as prestações têm, igualmente, uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva, considera-se que, em geral, esta prestação é o objecto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através das imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjectivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objectivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjectivo. Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo fato de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos'* (7ª ed., Malheiros, São Paulo, página 152).

Acesso ao Sumário

Importante consignar, ainda, que não obstante existente a prerrogativa da Administração quanto à implementação de políticas públicas, bem como a invocação da reserva do possível, inviável referida argumentação caso reste

comprometido o mínimo existencial, em que inserido o direito à educação, ora debatido.

Vale dizer, ademais, que a determinação judicial não viola o princípio da separação e independência dos Poderes, pois o Poder Judiciário, quando invocado, deve garantir a solução das demandas que lhe são apresentadas, bem como a concretização de direitos assegurados pelo Poder Público, especialmente no que tange ao direito indisponível à educação.

De se consignar ainda, que em se tratando da concretização de direitos fundamentais, não cabe ao Administrador justificar sua omissão com a aplicação da cláusula da reserva do possível, ou sob o manto do alegado *'periculum in mora inversum'*, pois sua conduta deve pautar-se pelo princípio da *'máxima efetividade da Constituição'*, conforme entendimento do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no Recurso Especial nº 811.608/RS.

Anote-se, por oportuno, que a realização de Termo de Ajustamento de Compromisso não exime o Poder Público de suas obrigações, sobretudo quando relacionadas a direito fundamental albergado pela Constituição Federal. Assim, nada impede que haja ações individuais pleiteando o direito à educação, que vai além do quanto ajustado entre o Município e o Ministério Público.

Ressalto da r. sentença: *'A preliminar de extinção do feito sem julgamento de mérito, com base na falta de interesse de agir do impetrante em razão de prévio termo de ajustamento de conduta, firmado entre a Municipalidade e o Ministério Público, não prospera. Isto porque o referido TAC não afasta a possibilidade de impetração de ação individual mandamental, vez que a educação é direito subjetivo da criança, garantido constitucionalmente, com absoluta prioridade' ... 'Injustificável, portanto, a inadimplência da municipalidade, não garantindo à impetrante acesso à educação formal, vez que a própria Constituição dispõe – e Lei Federal estabelece diretrizes – que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação infantil em creche e pré-escola, às crianças de até cinco anos de idade, cabendo aos municípios a atuação prioritária, nos termos dos artigos 208, IV, e 211, § 2º, ambos da Constituição Federal.'*.

Assim, conforme reiteradamente vem decidindo esta Câmara Especial, é indeclinável a obrigação da Municipalidade de fornecer vaga em creche/pré-escola às crianças residentes no Município, na conformidade das Súmulas 63, 65 e 68 do E. Tribunal de Justiça, assim redigidas:

Com relação à unidade escolar, a criança não possui o direito de escolher a unidade escolar de sua preferência, e nem a mais próxima de sua residência, pois se reconhece ao ente público relativa discricionariedade quanto à forma de satisfação do dever a ele atribuído.

Embora o artigo 53, inciso V, da Lei 8.069/90 assegure à criança e ao

Acesso ao Sumário

adolescente "acesso a escola pública e gratuita próxima de sua residência", o conceito de "próxima" deve ser interpretado com base na razoabilidade e o limite de dois quilômetros entre a residência da criança e o estabelecimento de ensino é o que melhor atende ao requisito de proximidade.

Com relação à alegação do Município de que não possui obrigação de custear escola privada à criança, ressalta-se que, em caso de falta material de vagas, é possível a aplicação de obrigação para custeio de instituição privada. Todavia, tal medida deverá ser aplicada somente em última hipótese.

Aliás, tal determinação consubstancia eficaz modo de resguardo do direito constitucional dessa criança à educação.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados deste E. Tribunal:

APELAÇÃO – Ensino Infantil – Sentença concessiva da ordem em mandado de segurança para determinar a disponibilização à infante de vaga em escola de educação infantil da rede pública e, em caso de falta material de vagas, o custeio de creche particular – Preliminar visando o recebimento do recurso no efeito suspensivo – Afastamento – Decisão de acordo com as normas constitucionais e infraconstitucionais que protegem o direito ao ensino infantil – Ausência de excepcionalidade a autorizar o recebimento da apelação em seu duplo efeito – Garantia de vaga à criança por decisão judicial – Possibilidade – Exercício regular da atividade jurisdicional – Direito assegurado pela CF e pela lei ordinária – Obrigação do Município reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal – Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido – Possibilidade da aplicação de obrigação alternativa (custeio de creche particular), em hipótese excepcional, para assegurar o resultado prático da demanda, nos termos do artigo 461, § 5º, do CPC – Recursos voluntário e oficial não providos (Apelação 0009296-05.2010.8.26.0161, Diadema, rel. Des. Martins Pinto, d.j. 14 de março de 2011).

Mandado de segurança. Decisão pela qual obrigada a Municipalidade a providenciar matrícula de criança em unidade de ensino infantil próxima à respectiva residência. Admissibilidade. Aplicação dos artigos 205, 208 e 211, § 2º, da Constituição da República e 53, V, e 54, IV, da Lei 8.069/1990, assim como do disposto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996). Direito fundamental líquido e certo que não pode ser condicionado a lista de espera e a outros critérios administrativos. Não ingerência do Poder Judiciário. Consideração às Súmulas 63, 64 e 65 deste Tribunal. Determinação para custeio de creche privada em caso de falta material de vagas. Possibilidade. Imposição de obrigação a qual eficaz ao resguardo do direito dessa menor. Desacolhimento, portanto, ao todo alegado pelo apelante. Apelação e reexame necessário improvidos

Acesso ao Sumário

(Apelação n. 0026309-17.2010.8.26.0161, Câmara Especial, rel. Encinas Manfré, d.j. 12/09/2011).

De outra parte, com relação à questão da multa diária, embora este Relator, em outras ocasiões, já tenha firmado posicionamento no sentido de que a fixação das *astreintes* contra a Fazenda Pública acaba sendo ineficaz, por atingir o próprio contribuinte e não diretamente o administrador, excepcionalmente, nesta seara da Infância e da Juventude, onde por lei deve haver a preponderância dos interesses das crianças e adolescentes, entendo que, para reforçar a obtenção do resultado prático almejado, tais merecem, portanto, ser mantidas. No entanto, a r. sentença comporta reforma para a sua redução.

Não obstante deva a multa diária possuir caráter coercitivo, com objetivo de garantir com a maior rapidez o atendimento ao suposto direito fundamental, o seu valor deve ser proporcional e razoável.

Na hipótese dos autos, mostra-se adequada sua redução de R$ 500,00 para R$ 250,00, no limite de R$ 25.000,00.

Ainda, a respeito da multa diária, é de se ressaltar que seu valor destina-se a fundo constituído exatamente para o aperfeiçoamento do serviço.

O valor arrecadado a título de multa diária não pertence às crianças, e sim ao Fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município, na conformidade do art. 214 e seus §§ 1º e 2º do ECA:

> Art. 214. Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município.
>
> § 1º As multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.
>
> § 2º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

Tratando-se de ação de obrigação de fazer, é hipótese da condenação do município ao pagamento de honorários advocatícios.

Com relação ao pedido de redução do valor das verbas honorárias, deve ser mantida a condenação da Fazenda Municipal em honorários advocatícios em R$ 700,00 (setecentos reais).

A verba honorária deve ser fixada de modo comedido, respeitados os preceitos da razoabilidade, proporcionalidade e modicidade, remunerando de forma justa o trabalho desempenhado pelo advogado, sem causar enriquecimento ilícito ou prejuízo ao Erário, e sem se olvidar que se trata de demanda repetitiva e de menor complexidade, cujos argumentos se prestam também a embasarem um número indeterminado de ações semelhantes.

Acesso ao Sumário

Tratando-se de direito à educação de criança, cujo valor é inestimável, não se podendo mensurar o proveito econômico, aplica-se à espécie o § 8º, do art. 85, CPC, mantêm-se os honorários em R$ 700,00, levando-se em consideração o trabalho desempenhado em primeira instância.

No entanto, é cabível a condenação do Município, ora apelante, parte vencida na maior parte do objeto do presente apelo, também ao pagamento de verbas honorárias recursais, no montante de R$ 200,00 – totalizando-se R$ 900,00, considerando o trabalho realizado em primeira e segunda instâncias – na forma do artigo 85, parágrafo 11, do CPC/2015, haja vista que a decisão recorrida foi publicada a partir de 18/3/2016, quando entrou em vigor o novo CPC, e que houve condenação em honorários advocatícios desde a origem.

Na fixação do valor dos honorários recursais são levadas em consideração as seguintes situações: trabalho adicional realizado pelo patrono do apelado, grau de zelo do profissional, lugar de prestação e tempo despedido para realização do serviço e a natureza da ação, na forma do artigo 85, § 2º, do CPC.

Além disso, o valor fixado está em harmonia com o que vem decidindo esta e. Câmara Especial em demandas da mesma natureza.

Por fim, no mais, considera-se prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional ventilada nos autos, evitando-se, com isso, a oposição de embargos de declaração para este fim.

Pelo exposto, **nega-se provimento** à apelação e **dá-se parcial provimento** ao reexame necessário, para reduzir o valor da multa diária coercitiva de R$ 500,00 para R$ 250,00, no limite de R$ 25.000,00, fixando os honorários advocatícios em R$ 900,00 (novecentos reais), considerando o trabalho realizado em primeira e segunda instância, com a observação no sentido de que a Administração deve providenciar a vaga à criança em unidade escolar localizada em até dois quilômetros de sua residência.

Acesso ao Sumário

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0041775-68.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL

NOSSA SENHORA DO Ó, é suscitada MMª. JUÍZA DE DIREITO DA 37ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de competência para declarar a competência da Juíza suscitada, Dra. Danisa de Oliveira Monte Malvezzi, da 37ª Vara Cível do Foro Central da Capital. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53577)**

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 janeiro de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO FUNDADA EM CONTRATO DE SEGURO DE VIDA DISTRIBUÍDA À 37ª VARA CÍVEL CENTRAL DA CAPITAL, COM BASE NO DOMICÍLIO DO RÉU. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO SUSCITANTE, DOMICÍLIO DOS AUTORES, POR SE TRATAR DE RELAÇÃO DE CONSUMO. MEDIDA EQUIVOCADA. FACULDADE DOS CONSUMIDORES DE AJUIZAR A AÇÃO NO FORO DE DOMICÍLIO DO REQUERIDO, CONSOANTE O ART. 53, INCISO III, 'B' DO CPC. ALÉM DO MAIS, O VALOR DA CAUSA EXCEDE O LIMITE DE QUINHENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS PREVISTO NO ART. 54, I, DA RESOLUÇÃO 02/76. COMPETÊNCIA DO JUIZ SUSCITADO DA 37ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA CAPITAL.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pela MMª. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó diante da decisão declinatória proferida pela MMª. Juíza de Direito da 37ª Vara Cível da Capital, nos autos da ação de obrigação de fazer c.c. pedidos de declaração de nulidade e de indenização ajuizada por Luis Vieira dos Santos e Lerida Vieira dos Santos contra Bradesco Seguros S/A.

Argumenta a suscitante que a demanda foi inicialmente distribuída ao juízo suscitado, com base no endereço do réu indicado na petição inicial. No

Acesso ao Sumário

entanto, por não concordar com o endereço noticiado, a suscitada declinou da competência e remeteu os autos ao juízo suscitante, local do endereço dos autores-consumidores, nos termos do art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor. Sustenta o equívoco da decisão, uma vez que o valor da causa supera quinhentos salários mínimos, o que afasta a competência dos Foros Regionais.

Processado o incidente, a Juíza suscitada da 37ª Vara Cível do Foro Central da Capital foi designada para apreciar e resolver as medidas urgentes.

Não há interesse que justifique a intervenção da Procuradoria Geral de Justiça no feito.

É o relatório.

O conflito de competência está configurado, pois ambos os Juízes declinaram da competência para processar e julgar a ação, nos termos do artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

Assiste razão à Juíza suscitante.

Cuida-se de demanda relativa a contrato de seguro de vida ajuizada pelo marido e pela filha de segurada. Há, portanto, evidente relação de consumo entre as partes.

Por isso, os autores tinham a faculdade de ajuizar a ação no foro da sede do réu, 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 lhes autoriza o art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor.

No presente caso, os autores-consumidores optaram pela propositura da ação no foro de domicílio do réu, de competência do Foro Central da Capital, devendo ser prestigiada a sua opção.

E não cabe ao Judiciário tolher tal prerrogativa legal quando ajuizada a demanda perante quaisquer dos foros escolhidos pelos autores-consumidores, pressupondo seu eventual prejuízo. A matéria, aliás, já está sumulada por esta Câmara Especial: *"Súmula 77: A ação fundada em relação de consumo pode ser ajuizada no foro do domicílio do consumidor (art. 101, I, do CDC) ou no domicílio do réu (art. 94, CPC), de sorte que não se admite qualquer declinação de competência de ofício em qualquer dos casos"*.

Acesso ao Sumário

Acrescente-se que o endereço do réu indicado na petição inicial não foi aleatório. Ainda que ali não seja a sua sede, é perfeitamente crível que a seguradora tenha, na Capital, uma unidade administrativa situada na Avenida Paulista, seu centro comercial.

Mas não é só. Com a retificação do valor atribuído à causa, alcançou-se o montante de R$ 525.684,75, que ultrapassa o teto de quinhentos salários mínimos previsto no art. 54, inciso I, da Resolução nº 02/76 deste Tribunal de

Justiça, de alçada dos Foros Regionais.

Logo, também por conta do valor da causa, a demanda deve tramitar no Foro Central da Capital.

Pelo exposto, conheço do conflito negativo de competência para declarar a competência da Juíza suscitada, Dra. Danisa de Oliveira Monte Malvezzi, da 37ª Vara Cível do Foro Central da Capital.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0052517-55.2018.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE GUARULHOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DE GUARULHOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de competência e declararam a competência do Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DE GUARULHOS). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.904)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 23 de janeiro de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de rescisão contratual c.c. reintegração de posse. Polo ativo ocupado pela CDHU – Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo. Sociedade de economia mista. Pessoa jurídica de direito privado. Relação jurídica eminentemente privada. Prevalência do quanto estabelecido no artigo 173, § 1º, II, da Constituição Federal. Súmula 73 TJSP. Precedentes. Competência do Juízo Cível, ora suscitado. Conflito conhecido para declarar a competência da 8ª Vara Cível de Guarulhos.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL, ambos da comarca de Guarulhos, nos autos da ação de rescisão de contrato de cessão de posse e promessa de compra e venda de imóvel e outras avenças, cumulada com reintegração de posse que *CDHU – Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo* move em face de Luzia Penha de Souza e Solange Oliveira dos Santos (Proc. n. 1039056-06.2018.8.26.0224).

O feito foi distribuído originariamente ao Juízo suscitado, que declinou de sua competência adotando como razão a natureza da pessoa jurídica autora, integrante da administração indireta do Estado de São Paulo (fls. 33v./34).

O Juízo suscitante, por seu turno, argumenta que a competência para processamento e julgamento da causa é, de fato, da Vara Cível, porque a autora é sociedade de economia mista e, portanto, pessoa jurídica de direito privado. Argumenta, ainda, que a relação jurídica estabelecida entre as partes, por força de um contrato de compra e venda de bem imóvel e cessão de posse, é de natureza eminentemente privada, de sorte que não há interesse público a ser tutelado (fls. 2/v.).

Designado o Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DE GUARULHOS) para conhecer e decidir questões urgentes (fls. 39/40).

É o relatório.

Conheço do conflito negativo de competência, com fundamento no artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

Razão assiste ao Juízo suscitante.

A competência para o processamento pela Vara Especializada é determinada, essencialmente, em razão da pessoa.

Acesso ao Sumário

No caso, a empresa autora é sociedade de economia mista, enquadrando-se como pessoa jurídica de direito privado.

O artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição da República, prevê a sujeição das empresas públicas, sociedade de economia mista e suas subsidiárias a regime próprio, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Ademais, a demanda tem por objeto obrigações oriundas de contrato regido pelo direito privado. Não se verifica regime jurídico administrativo nem interesse público.

A propósito, a Súmula 73 deste e. Tribunal de Justiça dispõe que

*"**Compete ao Juízo Cível julgar as ações envolvendo pessoas jurídicas de direito privado**, ainda que exerçam funções típicas da administração pública, salvo em se tratando de matéria de direito público"* (grifei).

Nesse sentido, recentes julgados desta Câmara Especial:

"Conflito de competência. Vara da Fazenda Pública e Vara Cível. Ação de interdito proibitório, ajuizada por sociedade de economia mista (CDHU) em face de particulares. Ausência de quaisquer das hipóteses dos artigos 35 e 36 do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Relação jurídica de regida pelo direito privado, de modo que não se verifica regime jurídico administrativo, nem interesse público na matéria. Súmula 73 do TJSP. Competência do MM. Juízo da 7ª Vara Cível de Campinas, ora suscitado. Conflito procedente" (CC n. 0039566-29.2018.8.26.0000; Rel. DES. LIDIA CONCEIÇÃO; j. 10/12/2018).

"Conflito negativo de competência. Ação de retificação de contrato proposta contra a CDHU distribuída à 7ª Vara Cível de Campinas. Competência declinada à Vara da Fazenda Pública por se tratar pessoa jurídica integrante da administração indireta do Estado de São Paulo. Medida equivocada. Sociedade de economia mista que possui natureza jurídica de pessoa de direito privado. Entidade que, apesar de integrar a administração indireta, não dispõe de privilégios próprios dos entes públicos. Inteligência das súmulas 556 do STF, 42 do STJ e 73 do TJSP. Competência do juiz suscitado da 7ª Vara Cível de Campinas" (CC n. 0039594- 94.2018.8.26.0000; Rel. DES. CAMPOS MELLO (Pres. da Seção de Direito Privado); j. 26/11/2018).

Dessa forma, em razão da impossibilidade de se conferir privilégios ou tratamento diferenciado às pessoas que atuam no setor privado, e inexistindo interesse público que justifique a declinação de competência à Vara da Fazenda Pública, de rigor o reconhecimento da competência da Vara Cível.

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço** do conflito negativo de competência e **declaro** a competência do Juízo suscitado (MM. JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DE GUARULHOS).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0045652-16.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 20ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de competência e declararam a competência do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA (Juízo suscitante). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.555)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 4 de fevereiro de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Ação de cobrança de multa contratual, cumulada com indenização por danos morais. Transação. Descumprimento de cláusula – Ação de direito pessoal – Aplicação da regra geral de competência da ação fundada em direito pessoal do domicílio do réu. Art. 46 do CPC. Arguição de incompetência devidamente acolhida. Competência do juízo suscitante.

VOTO

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 20ª VARA CÍVEL DA CAPITAL, nos autos da ação declaratória de cobrança de multa contratual c.c. indenização por danos que Johnny Leandro Conduta Borda Alduante move a Fabiula da Cruz Fontana Bonilha de Carvalho.

Distribuída a ação no Juízo suscitado, este acolheu arguição de incompetência e, com fundamento no art. 46, do CPC, determinou a redistribuição do feito para o foro de domicílio da ré.

O Juízo suscitante diverge, afirmando que aplicável à espécie a norma contida no art. 53, V, do Código de Processo Civil, sendo competente o Juízo do foro de domicílio do autor da ação.

Designado o MM. JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA (Juízo suscitante) para dirimir e decidir questões urgentes (fls. 44/45).

É o relatório.

Conheço do conflito negativo de competência, com fundamento no artigo 66, II, do Código de Processo Civil.

Cuida-se de ação de cobrança de multa contratual, cumulada com pedido de indenização por danos morais. O autor alega que realizou transação com a ré e que, em face do descumprimento de obrigação por ela assumida nesse negócio, deve ser aplicada a cláusula que instituiu multa. Além disso, em razão dos atos praticados por aquela, sustenta que sofreu dano moral e, assim, requereu indenização.

Nesse prisma, não assiste razão ao Juízo suscitante quando entendeu se tratar de ação civil *"ex delicto"* e, consequentemente, pela aplicação do art. 53, V, do Código de Processo Penal.

Verifica-se que no negócio jurídico em questão há cláusula expressa sobre a impossibilidade das partes, após pagamento do valor nele indicado, manterem contato, bem como divulgarem por qualquer meio de fatos relativos à cirurgia.

E justamente pelo descumprimento de tais disposições que pretende o autor seja a ré condenada a pagar multa contratual e indenização por danos morais.

Portanto, tratando-se de discussão sobre descumprimento de cláusula *contratual*, questão que possui *natureza pessoal*, aplicável a regra disposta no artigo 46, do Código de Processo Civil, que tem como foro competente o do domicílio do réu.

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço** do conflito negativo de competência e **declaro** a competência do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE ITAQUERA (Juízo suscitante).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0032195-14.2018.8.26.0000, da Comarca de Itapira, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DE ITAPIRA, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DE ITAPIRA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.749)**

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).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 4 de fevereiro de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – Pedido de recuperação judicial de falência – Remessa do feito ao Juízo suscitante por entender haver cessado a prevenção, desde o trânsito em julgado da sentença que extinguiu a ação falimentar – Impossibilidade – Identidade de devedor em de ambos os pedidos – Prevenção caracterizada – Inteligência do art. 6º, § 8º, da Lei nº 11.101/05 – Conflito procedente – Competência do suscitado (1ª Vara Cível de Itapira).

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre os MMs. Juízes de Direito da 2ª Vara Cível (suscitante) e da 1ª Vara Cível (suscitado), ambos da comarca de Itapira, no qual divergem acerca da competência para o julgamento de pedido de recuperação judicial formulado por Lusitano Indústria e Comércio de Embalagens Plásticas Eirelli.

Distribuído o pedido livremente ao suscitado, declinou ele de sua competência entendendo haver cessado a prevenção, desde o trânsito em julgado da sentença que extinguiu a ação falimentar, da mesma empresa, que tramitou no Juízo, sendo o feito, então, remetido ao suscitante que, a teor do que dispõe o artigo 6º, § 8º, da Lei nº 11.101/05, motivou a instauração do incidente (fls. 2/4.).

Designou-se o MM. Juízo suscitado para as medidas urgentes (fls. 503) e a Douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou pela competência do Juízo suscitado (fls. 556/558).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Conhece-se do conflito, nos termos do artigo 66, inciso II, do CPC, porquanto ambos os magistrados recusam a competência para julgar a ação.

A competência, *in casu*, é do suscitado.

Na espécie, a instauração do incidente teve fundamento calcado na prevenção gerada na ação falimentar que teve curso perante Juízo suscitado, cuja sentença transitou em julgado.

Dispõe o artigo 6º, § 8º, da Lei nº 11.101/2005:

"Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as

ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

(...).

§ 8º A distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor.

Esse o caso dos autos.

Ambas as demandas possuem o mesmo devedor, algo a gerar nos termos do artigo suso transcrito, a prevenção do suscitado para qualquer outro pedido da espécie, tal como se dá com o pedido de falência em destaque.

Nesse sentido:

"Conflito Negativo de Competência – Pedido de falência – Demanda anterior extinta sem julgamento do mérito por desistência – Nova ação distribuída por outro autor contra o mesmo devedor – Distribuição dos autos por dependência ao Juízo que extinguiu a demanda anterior – Aplicação ao caso do artigo 6º, § 8º, da Lei nº 11.101/05 – Competência do Juízo Suscitado" (Rel. Des. Luis Antonio Ganzerla, Presidente da Seção de Direito Público j. 1.8.2011, v.u.);

*"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – PEDIDO DE FALÊNCIA – AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL ANTERIOR EXTINTA SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – PEDIDO DE FALÊNCIA FORMULADO CONTRA O MESMO DEVEDOR – DISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS POR DEPENDÊNCIA AO JUÍZO QUE EXTINGUIU A DEMANDA ANTERIOR – ADMISSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 6º, § 8º, DA LEI Nº 11.101/05 – COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. (*TJSP; Conflito de competência 0017882-82.2017.8.26.0000; Relator: Salles Abreu (Pres. Seção de Direito Criminal); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de São Bernardo do Campo – 2ª Vara Cível; j. em: 24.7.2017).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de pedido de falência ajuizada na 3ª Vara Judicial de Penápolis. Determinação de remessa dos autos para a 2ª Vara local, por lá tramitar outra demanda, contra o mesmo requerido. Aceitação da redistribuição dos autos. Posterior cancelamento da distribuição decorrente da ausência de recolhimento da taxa judiciária pelo requerente. Ocorrência de prevenção. Inteligência do artigo 286, inciso II, do Novo Código de Processo Civil e artigo 6º, § 8º da lei n. 11.101/2005. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 2ª Vara Judicial de Penápolis, ora suscitado" (TJSP; Conflito de competência 0030633-38.2016.8.26.0000; Relator: Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Penápolis – 3ª vara, j. 20.2.2017).

"Conflito Negativo de Competência. Ação de recuperação judicial movida por várias sociedades empresárias integrantes de um mesmo grupo econômico – Distribuição por prevenção ao juízo por onde tramitam dois pedidos de falência contra duas das empresas autoras da recuperação

Acesso ao Sumário

judicial – Decisão do juízo suscitado que exclui da recuperação judicial uma das empresas contra as quais há pedido de falência tramitando no mesmo juízo – Prevenção que se mantém, agora pela perpetuatio jurisdictionis – Extinção do outro pedido de falência pelo acolhimento de depósito elisivo – Irrelevância – Prevenção que se mantém porque a decisão não transitou em julgado – Inteligência do disposto no artigo 87 do Código de Processo Civil e no artigo 6º, parágrafo 8º da Lei 11.101/2005. Conflito procedente – Competência do Juízo Suscitado" (TJSP; Conflito de competência 0019921-57.2014.8.26.0000; Relator: Ricardo Anafe (Pres. da Seção de Direito Público); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Araçatuba – 4ª Vara Cível; j. em 26.05.2014).

"Conflito Negativo de Competência – Pedido de Falência redistribuído ao Juízo em que tramita – Recuperação Judicial – Identidade da parte requerida – Admissibilidade – Inteligência do artigo 6º, parágrafo 8º, da Lei nº 11.101/05 – Prevento o Juízo que primeiro recebeu um dos pedidos – Conflito procedente, para declarar a competência do MM. Juízo suscitante" (TJSP; Conflito de competência 0109412-12.2013.8.26.0000; Relatora: Claudia Grieco Tabosa Pessoa; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Araçatuba – 5ª. Vara Cível; j. em 17.2.2014).

A regra da prevenção demonstra a preocupação do legislador em cercar o ato da mais absoluta lisura fazendo persistir a dependência mesmo quando extinto o processo sem resolução de mérito, evitando-se decisões discrepantes, bem como eventual má-fé do requerente.

Portanto, estabelecida a prevenção, indevida a declinação da competência operada pelo suscitado.

Pelo exposto, acolhe-se o conflito e **declara-se competente o juízo suscitado** (1ª Vara Cível de Itapira).

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0039687-57.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE SANTO AMARO.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam a competência do Juízo da 9ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, ora suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.776)**

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, 11 de fevereiro de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito Negativo de Competência – 1ª Vara da Família e Sucessões e 9ª Vara Cível, ambas de Santo Amaro – Cumprimento de Sentença – Execução de Obrigação de Fazer referente a acordo homologado objetivando transferência do imóvel partilhado por ex-cônjuges – Declinação de ofício da Vara Cível com remessa à Vara Especializada onde correu a ação principal – Impossibilidade – Matéria que não está afeta à competência absoluta das Varas da Família e Sucessões, nos termos do art. 37, do Código Judiciário do Estado de São Paulo – Conflito julgado procedente, para declarar a competência do Juízo da 9ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro, ora suscitado.

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência entre o Juízo da 1ª Vara da Família e Sucessões, suscitante, e o Juízo da 9ª Vara Cível, suscitado, ambos da comarca de Santo Amaro, para o processamento de Cumprimento de sentença – Obrigação de Fazer, tendo como parte exequente A.P.T. e parte executada F.A.

O pedido foi inicialmente distribuído ao Juízo suscitado, havendo esse determinado a remessa dos autos à 1ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro, por entender ser materialmente incompetente para execução do acordo entabulado (fl. 07).

Aportando naquele Juízo, lá foi provocado o presente conflito (fls. 2/6).

Foi designado o Juízo suscitado para as providências urgentes (fl. 22) e, nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça deixou de se manifestar nos termos do parágrafo único, do art. 951, do Código de Processo Civil (fl. 26).

É o relatório.

Conheço do presente conflito, vez que nenhum dos Juízos admite a competência para apreciar o pedido e, ante os elementos constantes dos autos, reconheço a competência do MM. Juiz suscitado para processar e julgar o feito, respeitadas as posições divergentes.

Acesso ao Sumário

No presente caso, trata-se de cumprimento de sentença em que se busca a Execução de Obrigação de Fazer referente a acordo homologado objetivando a transferência do imóvel à exequente, no prazo de 36 meses, após quitação do financiamento.

Depreende-se da inicial, que o bem já foi partilhado, concluindo-se assim pela desnecessidade de intervenção do juízo da família, por não haver mais matéria de seu interesse.

Em matéria de competência cabe ressaltar que, a princípio, a definição é legal, especialmente quando se trata de matéria afeta ao âmbito de Vara de Família e Sucessões, possuindo critério de competência absoluta, como é o caso, nos termos do art. 37, do Código Judiciário de São Paulo.

Assim, por se tratar de obrigação de fazer referente a acordo homologado pelo Juízo, em questão sobre partilha de bens, decidida com a extinção da sociedade conjugal, torna-se a ação possuidora de caráter autônomo, desaparecendo qualquer relação entre as demandas capazes de deslocar para o Juízo especializado a competência.

Nesse sentido, já houve pronunciamento desta Colenda Câmara:

"Conflito de competência. Varas da Família e Sucessões e Vara Cível. Cumprimento de sentença. Pagamento de meação, pela ex-mulher, em acordo homologado em anterior ação de divórcio entre os litigantes. Distribuição perante a Vara Cível. Declinação da competência à Vara Especializada. Impossibilidade. A decretação do divórcio, com a posterior partilha dos bens e dívidas, encerra a competência da Vara Especializada, na medida em que a relação subsistente possui natureza obrigacional, que deve ser conhecida pelo Juízo Cível. Matéria que não está afeta à competência absoluta das Varas da Família e Sucessões, nos termos do art. 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Competência do MM. Juízo da 6ª Vara Cível de Araraquara, ora suscitado. Conflito procedente." (Conflito de Competência nº 0058458-54.2016.8.26.0000; Rel. Des. Lídia Conceição; Câmara Especial; TJSP; j. 20/02/2017).

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de extinção de condomínio distribuída perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Assis, que declina da competência e determina a remessa dos autos ao juízo da Vara da Família e Sucessões, com base no artigo 516, II, do Código de Processo Civil. Impossibilidade. Vínculo matrimonial já dissolvido e partilha de bens ultimada. Questão afeta aos Direitos das Obrigações e das Coisas. Conflito procedente. Competência do juízo suscitado, da 1ª Vara Cível da Comarca de Assis" [Conflito de Competência nº 00064659-62.2016.8.26.0000; Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy (Pres. da Seção de Direito Privado); Câmara Especial; TJSP; j. 06/02/2017].

"Conflito de competência. Vara da Família e Sucessões de Jacareí

Acesso ao Sumário

e Vara Cível. Ação de execução de cumprimento de sentença cobrando locativos de imóvel comum estabelecidos por ocasião do divórcio. Autos remetidos à Vara da Família e Sucessões que homologou o acordo. Impossibilidade. A homologação do divórcio, com partilha dos bens, encerra a competência da Vara Especializada, de maneira que futuras demandas judiciais entre as mesmas partes envolvendo patrimônio (de cunho obrigacional) serão da competência do Juízo Cível. Matéria que não está afeta a competência absoluta das Varas da Família e Sucessões, nos termos do art. 37 do Código Judiciário do Estado de São Paulo. Competência da 2ª Vara Cível de Jacareí" [Conflito de Competência nº 0066098-45.2015.8.26.0000; Rel. Des. Salles Abreu (Pres. da Seção de Direito Criminal)

Pelo exposto, **julga-se procedente** o conflito para declarar a **competência do Juízo da 9ª Vara Cível** do Foro Regional de Santo Amaro, ora suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0016176-30.2018.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE GUARULHOS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE GUARULHOS.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram o presente conflito e declararam a competência do MM. JUÍZO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE GUARULHOS (Juízo suscitante). V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.266)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 4 de fevereiro de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Acesso ao Sumário

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória de inexigibilidade de débito e execução fiscal. Conexão incontroversa. Prevenção daquele em que ocorreu o primeiro registro ou distribuição da petição

inicial. Art. 59 do CPC. Distribuição precedente da execução fiscal apta a gerar a prevenção para o julgamento da ação declaratória. Competência do MM. Juízo suscitante da 1ª Vara da Fazenda Pública de Guarulhos.

VOTO

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo MM. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA, ambos da comarca de Guarulhos, nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de débito movida por *AUTO POSTO MALULI LTDA.* contra o *SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE GUARULHOS – SAAE* (Proc. nº 1006105-56.2018.8.26.0224), que tem por objeto a revisão das faturas de fornecimento de água dos meses de junho a dezembro de 2017.

O feito foi distribuído de forma direcionada à 1ª Vara, por conta de possível repetição de ação, mas como esta já havia sido anteriormente cancelada, determinou-se sua redistribuição livre.

Recebidos os autos pelo Juízo suscitado, este reconheceu a conexão entre a ação declaratória e a execução fiscal do mesmo débito que tramitava perante o Juízo suscitante, a quem remeteu os autos.

O Juízo suscitante, por sua vez, entendendo se tratarem as execuções fiscais e a ação declaratória de feitos conexos, optou pela aplicação das regras dos arts. 58 e 59, do Código de Processo Civil, ou seja, pela reunião dos feitos para julgamento pelo Juízo para o qual a petição inicial foi distribuída e, sendo a distribuição inicial à 1ª Vara da Fazenda decorrente de erro, haveria de prevalecer a 2ª Vara da Fazenda, em razão da primeira distribuição livre, como Juízo competente, em respeito à regra do Juiz natural.

Designado o Juízo suscitante para conhecer e decidir questões urgentes (fls. 22/23).

É o relatório.

Nos termos do disposto no artigo 66, do Código de Processo Civil, conheço do conflito, uma vez que ambos os Juízos recusam a competência para o julgamento.

O incidente foi tirado em ação declaratória de inexigibilidade de débito movida por *AUTO POSTO MALULI LTDA.* contra o *SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE GUARULHOS – SAAE* (Proc. nº 1006105-56.2018.8.26.0224).

A presente ação tem por objeto a declaração de inexigibilidade das faturas de fornecimento de água dos meses de junho a dezembro de 2017, sendo certo que

a única fatura não paga identificada na inicial, referente ao mês de junho/2017, no valor de R$ 6.801,82, é objeto de execução fiscal em trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública de Guarulhos – Proc. nº 1593232-09.2017.8.26.0224 (fls. 18).

Tal ação declaratória foi inicialmente distribuída, de forma direcionada, à 1ª Vara, por conta de possível repetição de ação, mas como a distribuição do primeiro feito já havia sido anteriormente cancelada, porque não apresentada a petição inicial, o MM. Juízo suscitante determinou sua livre redistribuição.

Recebendo os autos, o MM. Juízo suscitado declinou da competência, entendendo que, por conta da existência de execução fiscal prévia do débito ora discutido nesta ação declaratória junto ao Juízo suscitante, haveria conexão, razão pela qual determinou a redistribuição da ação declaratória à 1ª Vara.

Por sua vez, o MM. Juízo suscitante concordou com a existência de conexão entre as execuções fiscais e a ação declaratória, anotando existirem, ao todo, três execuções fiscais, uma em trâmite perante a 1ª Vara e duas perante a 2ª Vara da Fazenda Pública, mas entendeu pela aplicação das regras constantes nos arts. 58 e 59, do Código de Processo Civil, para a reunião dos feitos no Juízo para o qual a petição inicial foi validamente distribuída, isto é, a 2ª Vara da Fazenda, uma vez que a distribuição inicial à 1ª Vara da Fazenda decorreu de erro.

Em que pesem as alegações do nobre Juízo suscitante, dele é a competência para conhecer e julgar as ações.

Não há dúvidas sobre a existência de conexão entre a ação declaratória e a execução fiscal que tramita perante a 1ª Vara da Fazenda Pública e que tem por objeto, justamente, a fatura não paga referente ao mês de junho/2017, no valor de R$ 6.801,82, o que, aliás, é reconhecido por ambos os Juízos.

Resta definir qual é o Juízo prevento. E, de acordo com o disposto no art. 59, do Código de Processo Civil, considera-se prevento aquele em que ocorreu o primeiro registro ou distribuição da petição inicial.

No caso, a primeira distribuição é o da execução fiscal nº 1593232-09.2017.8.26.0224, ocorrida em 19/09/2017, junto à 1ª Vara da Fazenda Pública, sendo ela apta a gerar a prevenção do Juízo para conhecimento e julgamento da ação declaratória conexa.

Anoto que a prevenção da 1ª Vara não se estabelece em razão da primeira distribuição da ação declaratória, porquanto realmente originada de erro.

Em relação às demais execuções fiscais em trâmite perante a 2ª Vara da Fazenda Pública – Procs. nºs 1596389-87.2017 e 1601186-09.2017 – ainda que a inicial da ação declaratória mencione que as demais faturas relativas ao período de julho a dezembro de 2017 estão pagas, dizem elas respeito, ao que tudo indica, às faturas vencidas nos meses de julho e agosto de 2017.

E, embora também reconhecida a conexão entre elas e a ação declaratória

Acesso ao Sumário

pelo MM. Juízo suscitante, suas distribuições, por serem posteriores à da execução fiscal da 1ª Vara, não são aptas a gerar prevenção.

Ante o exposto, pelo meu voto, **acolho** o presente conflito e **declaro** a competência do MM. JUÍZO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE GUARULHOS (Juízo suscitante).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0046666-35.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL NOSSA SENHORA DO Ó.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram do conflito negativo de competência e declararam a competência do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL NOSSA SENHORA DO Ó (Juízo Suscitado). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.413)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: Conflito Negativo de Competência – Ação de manutenção de posse contra espólio – Bem imóvel objeto de herança jacente – Remessa dos autos à Vara da Fazenda Pública da Capital, ao argumento de o bem pertencer ao Município de São Paulo – Inadmissibilidade – Necessidade da declaração de vacância para que o bem arrecadado seja incorporado definitivamente ao patrimônio público – Competência do Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Regional de Nossa Senhora do Ó (Juízo suscitado).

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de *conflito negativo de competência* suscitado pelo MM. JUÍZO DA 14ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL em face do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL DE NOSSA SENHORA DO Ó, nos autos da ação de manutenção de posse ajuizada por Maurício Savio de Moura e outro contra Espólio de Armando Thobias de Aguiar Filho, representado pelos procuradores do Município de São Paulo.

Alega o MM. Juízo suscitante que o bem imóvel objeto da ação ainda não pertence ao patrimônio público, uma vez que ainda não ocorreu a transferência de propriedade do espólio para o Município. Enfatiza que sequer houve a declaração de herança jacente, conforme andamento processual da ação nº 0012837-98.2011.8.26.0100, não se aplicando o princípio da *saisine* contra o ente público.

Designado o Juízo suscitado para conhecer e decidir questões urgentes (fls. 11/12).

É o relatório.

Conheço do conflito negativo de competência, com fundamento no art. 66, II, do Código de Processo Civil.

A ação de manutenção de posse ajuizada por Maurício Savio de Moura e outra contra o Espólio de Armando Thobias de Aguiar Filho foi originariamente distribuída ao MM. Juízo de Direito da 4ª Vara Cível do Foro Regional Nossa Senhora do Ó, que declinou da competência para uma das Varas da Fazenda Pública por entender que o bem objeto da ação pertence ao Município de São Paulo.

Recebidos os autos, o Juízo suscitante diverge, ao argumento de que o bem imóvel objeto da ação ainda não pertence ao patrimônio público, uma vez que ainda não ocorreu a transferência de propriedade do espólio para o Município. Enfatiza que sequer houve a declaração de herança jacente, conforme andamento processual da ação nº 0012837-98.2011.8.26.0100, não se aplicando o princípio da *saisine* contra o ente público.

Razão assiste ao Juízo suscitante.

Com efeito, a competência das Varas especializadas nas demandas em que o poder público é parte está disciplinada nos artigos 35 e 36, do Código Judiciário do Estado de São Paulo, que têm a seguinte redação:

> *"Artigo 35. – Aos Juízes das Varas da Fazenda do Estado compete:*
>
> *I – processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou não, principais, acessórios e seus incidentes, em que o Estado e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou opoente, excetuados:*

a) os de falência;

b) os mandados de segurança contra atos de autoridades estaduais sediadas fora da Comarca da Capital;

c) os de acidentes do trabalho.

II – conhecer e decidir as ações populares que interessem ao Estado ou às autarquias e entidades paraestatais; e

III – cumprir cartas precatórias e rogatórias em que seja interessado o Estado.

Parágrafo único. – As causas propostas perante outros juízes, desde que o Estado nelas intervenha como litisconsorte, assistente ou opoente passarão à competência das Varas da Fazenda do Estado."

Artigo 36. – Aos Juízes das Varas da Fazenda Municipal compete:

I – processar, julgar e executar os feitos, contenciosos ou não, principais, acessórios e seus incidentes, em que o Município da Capital e respectivas entidades autárquicas ou paraestatais forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou opoente, executados:

a) os de falência;

b) os de acidentes do trabalho.

II – conhecer e decidir as ações populares que interessem ao Município da Capital, suas autarquias e entidades paraestatais; e

III – cumprir cartas precatórias e rogatórias em que seja interessado o Município da Capital.

Parágrafo único. – As causas propostas perante outros juízes, desde que o Município da Capital nelas intervenha como litisconsorte, assistente ou opoente, passarão à competência das Varas da Fazenda Municipal".

Como se vê, a competência da Vara da Fazenda Pública é de *natureza absoluta* e determinada em razão da pessoa.

No caso dos autos, contudo, extrai-se do andamento processual da ação de herança jacente nº 0012837-98.2011.8.26.0100 que ainda não houve a declaração de vacância da herança, de modo a incorporar definitivamente ao patrimônio público os bens arrecadados, sem possibilidade de reclamação posterior de herdeiros ou legatários que venham a aparecer.

Como é cediço, ao ente público não se aplica o princípio da *saisine* ou da transmissão imediata, inserido no artigo 1784, do Código Civil, segundo o qual os herdeiros recebem desde logo a herança, no instante em que aberta a sucessão com a morte. O Estado, por sua vez, ressalvada a hipótese do artigo 1823, do referido Código, submete-se a procedimento tendente à declaração de vacância e só após sua finalização é que adquire a herança.

E, apenas para enfatizar, vale registrar que o Estado não pode ser considerado herdeiro de herança jacente, porque não herda, mas apenas recolhe

Acesso ao Sumário

a herança que, na ausência de herdeiros, só confirmada com a declaração de vacância, é considerada devolvida ao domínio público.

Assim, a declaração de vacância é o momento em que o domínio dos bens jacentes se transfere ao patrimônio público (STJ, RESp. nº 100.290, Rel. MIN. BARROS MONTEIRO, j. 14.05.2002; TJSP, Ap. Cível nº 7.781.554.200, Rel. DES. FRANCISCO LOUREIRO, j. 18.06.2009).

Inexistindo, ainda, declaração de vacância da herança deixada pelo *de cujus* Armando Thobias de Aguiar Filho, força é convir que o bem imóvel, objeto da ação de manutenção de posse ajuizada originariamente junto à Vara Cível do Foro Regional Nossa Senhora do Ó, não pertence ao Município de São Paulo, razão porque não se justifica o deslocamento da competência para uma das Varas da Fazenda Pública da Capital.

Nesse sentido, inclusive, tem decidido esta Colenda Câmara Especial:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de indenização por perdas e danos. Distribuição da demanda no Juizado Especial Cível de São Vicente. Falecimento da parte exequente no curso do cumprimento de sentença, não deixando herdeiros. Interesse do Município na herança jacente. Remessa dos autos à Vara da Fazenda Pública de São Vicente. Inadmissível. Necessidade da declaração de vacância no processo de inventário. Competência da Vara da Família e Sucessões. Inteligência dos arts. 37, inciso II, alínea 'd', do Decreto-Lei Complementar n. 3, de 27 de agosto de 1969, 516 e 739, ambos do CPC. Competente o MM. Juízo suscitante"* (CC nº 0.050.143-03.2017.8.26.0000 – São Vicente, Rel. DES. EVARISTO DOS SANTOS, j. 09/04/2018).

Ante o exposto, pelo meu voto, **conheço** do conflito negativo de competência e **declaro** a competência do MM. JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA CÍVEL DO FORO REGIONAL NOSSA SENHORA DO Ó (Juízo Suscitado).

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2241423-92.2018.8.26.0000, da Comarca de Ubatuba, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente A.S.B. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 29.115)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 9 de janeiro de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes – Representação julgada procedente e aplicada medida socioeducativa de internação – Pedido de modificação da medida fixada em r. sentença – Alegação de coação ilegal fundada no descabimento da medida em razão da natureza da infração e na violação aos arts. 49, II e 35, IX, ambos da Lei nº 12.594/12 – Ausência de ilegalidade – Ato infracional que expõe a adolescente a grave situação de risco – Medida mais rigorosa necessária, como forma de materializar o princípio da proteção integral – Internação adequada diante das peculiaridades do caso concreto – Inexistência de unidade de internação na comarca de residência da paciente não justifica sua liberação ou atenuação da medida – Previsão de auxílio financeiro para deslocamento da família, a permitir a presença dos familiares no processo de ressocialização – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

A Defensora Pública Fernanda Penteado Balera impetra a presente ordem de *habeas corpus* em favor de **A.S.B.**, por entrever constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Judicial da comarca de Ubatuba.

Sustenta, em síntese, que a paciente foi responsabilizada pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, e submetida ao cumprimento da medida socioeducativa de *internação*, por prazo indeterminado.

Alega, no entanto, que a conduta da adolescente não se enquadra em

quaisquer das hipóteses taxativas do artigo 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, por se tratar de ato infracional destituído de violência ou grave ameaça, além de inexistir reiteração na prática de infrações graves, sendo certo que a paciente é primária.

Afiança, ademais, que o STJ editou a Súmula nº 492, na qual expressamente indicou que o cometimento de ato infracional equiparado a tráfico, por si só, não enseja a medida de internação porque não preenche nenhum dos requisitos legais do artigo 122, do ECA.

Assegura, também, que a paciente tem direito à adoção de medida em meio aberto, por conta da falta de vaga em unidade próxima à sua residência e de seus familiares, nos termos dos artigos 49, II e 35, IX, ambos da Lei nº 12.594/12.

Requer, em caráter liminar, que a paciente possa aguardar o julgamento da presente impetração em liberdade e, no mérito, seja cassada a r. decisão, substituindo-se a internação por liberdade assistida.

A liminar foi indeferida, com a dispensa das informações da D. Autoridade apontada como coatora (fls. 54/57).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 64/68, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

A impetração, por dois motivos, objetiva a modificação da medida socioeducativa imposta na r. sentença. O primeiro, em razão de seu descabimento, já que o ato infracional foi praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa. O segundo, porque a infratora foi internada em comarca distante da residência de sua família, estando violados os artigos 49, II, e 35, IX, ambos da Lei nº 12.594/12.

Porém, a presente ordem deve ser denegada, porquanto ausente o apontado constrangimento ilegal.

Cumpre anotar, por necessário, que sempre entendi que a via excepcional do *habeas corpus* não pode ser usada como substitutivo de recurso próprio, como, no caso, o de apelação, de modo que o presente *mandamus* não comportaria sequer conhecimento pelo primeiro motivo.

Contudo, ressalvado o meu entendimento e curvando-me à orientação majoritária desta Colenda Câmara Especial, objetivando, exclusivamente, a preservação da uniformidade de julgamentos, passo a apreciar o mérito do pedido.

A medida aplicada deve ser conservada, cuja necessidade e adequação para o caso concreto foram bem fundamentadas pelo MM. Juiz *a quo*.

É cediço que a gravidade concreta do ato infracional análogo ao crime

Acesso ao Sumário

de tráfico de drogas, por si só, não enseja a imposição de internação, a teor do que dispõe o artigo 122, I, do ECA, e a Súmula nº 492, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Entrementes, apesar do tráfico não envolver diretamente o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, é certo que se trata de crime equiparado aos tidos como hediondos pela legislação infraconstitucional e que gera desassossego à sociedade, pois além de ser cometido por meio de atividade organizada, fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves.

Além disso, quando dos fatos foram apreendidos, a cerca de 100m (cem metros) de uma instituição de ensino, **2,560 Kg** (dois quilos, quinhentos e sessenta gramas) de *maconha*, divididos em 330 (trezentas e trinta) porções, e 130g (cento e trinta gramas) de *cocaína*, acondicionados em 133 (cento e trinta e três) pinos, substâncias nocivas e de nefastas consequências sociais (fls. 19/21 e 30/41), o que torna sua conduta concretamente gravosa e merecedora de repreensão com maior rigor.

Tais circunstâncias, associadas à gravidade da conduta, permitem concluir que a adoção de medida mais branda seria inócua.

Assim, não há nos autos elementos a demonstrar que a paciente reúna condições de se recuperar se adotada medida socioeducativa em meio aberto.

O certo é que a adolescente, caso colocada em meio aberto, não receberia o auxílio e a orientação eficazes para compreender a inadequação e a extrema gravidade de seus atos, a ponto de, sozinha, afastar-se do meio criminoso em que se encontra inserida.

Em suma, diante das peculiaridades do ato infracional e das condições pessoais da adolescente, a medida de *internação*, além de necessária, é a mais adequada a viabilizar o seu processo de reeducação e ressocialização, ao menos neste instante.

Inviável, igualmente, a substituição da internação por medida em meio aberto fundada, exclusivamente, no fato do seu cumprimento estar sendo efetivado em estabelecimento localizado em município diverso daquele onde está situado o domicílio da família da adolescente.

Acesso ao Sumário

É recomendável, como é cediço, que o cumprimento da medida socioeducativa seja efetivado próximo de sua família, a fim de fortalecer os vínculos familiares. Porém, tal circunstância não pode justificar, por si só, a liberação da paciente ou a atenuação da medida, pois vários outros fatores devem ser considerados no caso concreto, como a disponibilidade de vagas, eventual superlotação, idade compatível e a periculosidade da infratora, dentre outros fatores relevantes.

O artigo 49, II, da Lei do SINASE, não pode ser analisado de forma isolada, mormente nos casos em que a manutenção da medida privativa de

liberdade revela-se a mais adequada à reeducação da menor, conforme ocorre no caso em exame.

Colocar a paciente em meio aberto, tão somente pelo fato de não existir unidade de internação próxima à sua residência significaria condená-la a viver a adolescência nos mesmos moldes que a levaram à grave prática infracional.

Ademais, tanto o SINASE quanto o ECA são regidos pela intenção de possibilitar que a família tenha contato com o paciente, facilitando as visitas e o acompanhamento, de forma sistemática, do seu processo evolutivo, facilitando, assim, o regresso do adolescente ao convívio familiar. Porém, para tanto, não é necessário que a família resida próximo ao local em que se encontra internado.

Importante ressaltar, ainda, que o artigo 35, IX, da Lei nº 12.594/12, não traduz direito absoluto de o adolescente ser inserido em medida socioeducativa em meio aberto, por não haver vaga para regime de internação na comarca em que residem seus familiares.

O princípio contido no referido dispositivo legal visa garantir a continuidade da convivência entre o adolescente infrator e seus familiares, como medida salutar em seu processo socioeducativo.

E, para tal finalidade, há previsão de concessão de auxílio financeiro para despesas decorrentes do deslocamento da família de adolescentes que cumprem medida em unidades de internação da *Fundação CASA*, o que possibilita, ainda que minimamente, a presença dos familiares no processo de ressocialização.

Sobre o assunto, confira entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO EM ATO INFRACIONAL. CUMPRIMENTO ANTERIOR DE MEDIDA MAIS BRANDA PELO MESMO ATO. MEDIDA JUSTIFICADA. NÚMERO MÍNIMO DE INFRAÇÕES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. ART. 49, II, DA LEI N. 12.594/2012. AUSÊNCIA DE VAGA NA COMARCA DE RESIDÊNCIA DOS FAMILIARES DO MENOR. INTERNAÇÃO EM LOCALIDADE DIVERSA. POSSIBILIDADE. DIREITO NÃO ABSOLUTO. EXCEPCIONALIDADE JUSTIFICADA. PRECEDENTES. UNIDADE DE INTERNAÇÃO PRÓXIMA. ACOMPANHAMENTO FAMILIAR ASSEGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I... III – In casu, a internação do adolescente está fundamentada em elementos concretos extraídos dos autos que demonstram a incidência da hipótese prevista no art. 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que ao paciente já foi imposta prévia medida socioeducativa mais branda pelo mesmo ato infracional, no ano de 2014. IV –* ***A jurisprudência deste Tribunal Superior tem-se firmado no sentido***

Acesso ao Sumário

de que o direito previsto no art. 49, II, da Lei n. 12.594/2012 não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, a execução da medida socioeducativa de internação em localidade diversa da comarca de residência dos familiares ou responsáveis do menor quando as circunstâncias do caso concreto não recomendarem a substituição da medida imposta por outra a ser cumprida em meio aberto, ainda que o ato infracional tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça. Precedentes. *V – No presente caso,* ***a reiteração em ato infracional não recomenda a substituição da medida imposta por outra em meio aberto, restando devidamente justificada a execução da medida em localidade diversa. Ademais, a Unidade de internação de Franco da Rocha/SP está situada a apenas 42 Km da cidade de origem do menor e de seus familiares, o que atende aos preceitos estabelecidos no art. 124, VI, do ECA e no art. 35, IX, da Lei n. 12.594/2012.*** *Habeas corpus não conhecido"* (HC 383.808/SP, Rel. MIN. FELIX FISCHER, 5ª Turma, j. 21/03/2017).

Como se vê, ausente qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2246671-39.2018.8.26.0000, da Comarca de Botucatu, em que são impetrantes C.A.S.R. e R.C.A.S. e paciente J.C.O.M. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 55930)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 10 de janeiro de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: HABEAS CORPUS. INFÂNCIA E JUVENTUDE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. HABEAS CORPUS QUE NÃO É A MEDIDA ADEQUADA PARA A REAPRECIAÇÃO

DE MÉRITO DE SENTENÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. WRIT DENEGADO.

VOTO

Cuida-se de habeas corpus impetrado pela defesa técnica, em favor do adolescente J.C.O.M., qualificado nos autos, sob alegação de que ele vem sofrendo constrangimento ilegal em razão de ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Botucatu, que aplicou ao paciente a medida socioeducativa de internação, em decorrência de representação julgada procedente pela prática de ato infracional equiparado a homicídio qualificado tentado (artigo 121, § 2º, inciso IV, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal).

Sustenta a impetrante, em suma, que a representação formulada contra o paciente pela prática de ato infracional equiparado ao crime de homicídio qualificado tentado foi julgada procedente, sendo-lhe imposta medida socioeducativa de internação. Aduz ser inviável a imposição da medida de internação, já que o art. 122 do ECA apresenta rol taxativo e só admite a imposição da medida no caso de ato infracional praticado mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou na reiteração de infrações graves. Ressalta que o paciente é primário, o que corrobora a ilegalidade da imposição da internação, ainda mais se considerada a configuração, no caso, da excludente de ilicitude consistente na legítima defesa. Pugna pela concessão de liminar para que a medida de internação seja suspensa e o paciente aguarde o julgamento do writ em liberdade e, ao final, a concessão da ordem para que a decisão combatida seja cassada.

É o relatório.

É caso de denegação da ordem.

O habeas corpus não é a medida cabível para questionamento da sentença que determinou a aplicação da medida socioeducativa de internação ao paciente, visto que sujeita a recursos previstos na legislação, salvo hipóteses de a sentença conter eiva flagrante, ou de manifesta falta de observância do devido processo legal.

A ação constitucional é reservada às hipóteses em que houver cerceamento ou ameaça à liberdade de locomoção, em razão de constrangimento ilegal.

Nesse passo é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: *"I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis – ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo – crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão*

Acesso ao Sumário

lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus. II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da 'inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal'". (STJ, HC 222217/SC, Min. Rel. Gilson Dipp, 5ª T. j. 12/06/12).

Esse, aliás, tem sido o entendimento majoritário desta Câmara Especial, valendo destacar, nesse sentido, trecho da decisão monocrática tirada do Habeas Corpus nº 2200994-54.2016.8.26.0000, de Relatoria do Desembargador Vice-Presidente Ademir Benedito: *"o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso, sobretudo quando a apreciação do caso exige a reanálise de provas, que, como se sabe, não pode ser feita em seus estreitos limites. Falta, portanto, interesse de agir. Para a concessão da ordem, medida de caráter excepcional, necessária a ocorrência de induvidoso constrangimento ilegal, situação que não está presente no caso em análise, em que se pretende a substituição da medida socioeducativa de internação, aplicada em regular procedimento, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa".*

No Supremo Tribunal Federal já se proclamou o mesmo entendimento, verbis: *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. WRIT MANEJADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. EXAME DO MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉ ENVOLVIDA EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) III Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame de fatos e provas, providência incabível em habeas corpus, por se tratar de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes. Recurso ordinário ao qual se nega provimento."* (Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 118381/SP, rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 12.11.2013, DJe de 25.11.2013).

No caso, inclusive, em consulta ao feito originário, verifica-se a interposição de recurso de apelação por parte do paciente, ainda pendente de julgamento.

De resto, devidamente fundamentada a decisão, não constatada nenhuma teratologia, a ordem deve ser denegada.

Pelo exposto, denego a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2256047-49.2018.8.26.0000, da Comarca de Lençóis Paulista, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente E.H.P.S. (MENOR).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 29.167)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 16 de janeiro de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: *Habeas Corpus* – Infância e juventude – Ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes – Representação julgada procedente e aplicada medida socioeducativa de internação – Pedido de modificação da medida fixada em r. sentença – Alegação de coação ilegal fundada no descabimento da medida em razão da natureza da infração e na violação aos arts. 49, II e 35, IX, ambos da Lei nº 12.594/12 – Ausência de ilegalidade – Ato infracional que expõe o adolescente a grave situação de risco – Medida mais rigorosa necessária, como forma de materializar o princípio da proteção integral – Internação adequada diante das peculiaridades do caso concreto – Condições pessoais desfavoráveis – Inexistência de unidade de internação na comarca de residência do paciente não justifica sua liberação ou atenuação da medida – Previsão de auxílio financeiro para deslocamento da família, a permitir a presença dos familiares no processo de ressocialização – Constrangimento ilegal não evidenciado – Ordem denegada.

Acesso ao Sumário

VOTO

A Defensora Pública Letícia Marquez de Avelar impetra a presente ordem de habeas corpus em favor de **E.H.P.S.**, por entrever constrangimento ilegal parte do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da comarca de Lençóis Paulista.

Sustenta, em síntese, que o paciente foi representado pela prática de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de entorpecentes que, ao final, foi julgada procedente, com a imposição de medida socioeducativa de *internação*.

Alega, no entanto, que não estão presentes os requisitos para a medida extrema, uma vez que não verificadas quaisquer das hipóteses do rol taxativo do artigo 122, do ECA, em razão de o ato infracional imputado ser destituído de violência ou grave ameaça e por inexistir reiteração no cometimento de infrações graves, sendo certo que o paciente é primário.

Afiança, ainda, que se a conduta fosse cometida por um imputável, admitir-se-ia a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, especialmente após a edição da Resolução nº 5, do Senado Federal.

Desse modo, em atenção ao disposto nos artigos 54 das Diretrizes de *Riad* e 35, I, da Lei do SINASE, não se pode impor, ao adolescente, sanção mais gravosa do que seria imposta ao adulto, em condições semelhantes.

Ressalta, ademais, que o encaminhamento do paciente para município diverso da sua residência afronta ao disposto nos artigos 49, II, e 35, IX, da Lei nº 12.594/12, e artigo 124, VI, do ECA, devendo, assim, ser colocado em programa em meio aberto.

Requer, em caráter liminar, a expedição de mandado de desinternação e, no mérito, seja cassada a r. sentença no tocante à medida socioeducativa estabelecida.

A liminar foi indeferida, com a dispensa das informações da D. Autoridade apontada como coatora (fls. 38/40).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 47/52, opinou pelo não conhecimento do pedido ou, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.

A impetração, por dois motivos, objetiva a modificação da medida socioeducativa imposta na r. sentença. O primeiro, em razão de seu descabimento. O segundo, porque o infrator foi internado em comarca distante da residência de sua família, estando violados os artigos 49, II, e 35, IX, ambos da Lei nº 12.594/12.

Porém, a presente ordem deve ser denegada, porquanto ausente o apontado constrangimento ilegal.

Cumpre anotar, por necessário, que sempre entendi que a via excepcional do *habeas corpus* não pode ser usada como substitutivo de recurso próprio, como,

Acesso ao Sumário

no caso, o de apelação, de modo que o presente *mandamus* não comportaria sequer conhecimento pelo primeiro motivo.

Contudo, ressalvado o meu entendimento e curvando-me à orientação majoritária desta Colenda Câmara Especial, objetivando, exclusivamente, a preservação da uniformidade de julgamentos, passo a apreciar o mérito do pedido.

A medida aplicada deve ser conservada, cuja necessidade e adequação para o caso concreto foram bem fundamentadas pelo MM. Juiz *a quo*.

É cediço que a gravidade concreta do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, por si só, não enseja a imposição de internação, a teor do que dispõe o artigo 122, I, do ECA, e a Súmula nº 492, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Entrementes, apesar do tráfico não envolver diretamente o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, é certo que se trata de crime equiparado aos tidos como hediondos pela legislação infraconstitucional e que gera desassossego à sociedade, pois além de ser cometido por meio de atividade organizada, fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves.

Além disso, quando dos fatos foram apreendidas 31 (trinta e um) invólucros plásticos contendo *maconha*, substância nociva e de nefastas consequências sociais (fls. 13/15), o que torna sua conduta concretamente gravosa e merecedora de repreensão com maior rigor.

Não bastasse isso, trata-se de paciente ***reincidente específico*** (fls. 17/18 e 19), que voltou a delinquir quando ainda no cumprimento de medida socioeducativa (fls. 22) e que, consoante Relatório de Diagnóstico Polidimensional da *Fundação CASA*, faz uso de *maconha* desde os 14 anos de idade, iniciou faz 05 (cinco) meses o consumo de *cocaína* e não estuda (fls. 82/87, dos autos de origem).

Tais circunstâncias, associadas à gravidade da conduta, permitem concluir que a adoção de medida mais branda seria inócua.

Assim, não há nos autos elementos a demonstrar que o paciente reúna condições de se recuperar se adotada medida socioeducativa em meio aberto.

O certo é que o adolescente, caso colocado em meio aberto, não receberia o auxílio e a orientação eficazes para compreender a inadequação e a extrema gravidade de seus atos, a ponto de, sozinho, afastar-se do meio criminoso em que se encontra profundamente inserido.

Em suma, diante das peculiaridades do ato infracional e das condições pessoais do adolescente, a medida de *internação*, além de necessária, é a mais adequada a viabilizar o seu processo de reeducação e ressocialização, ao menos neste instante.

Acesso ao Sumário

Inviável, também, a substituição da internação por medida em meio aberto fundada, exclusivamente, no fato do seu cumprimento estar sendo efetivado em estabelecimento localizado em município diverso daquele onde está situado o domicílio da família do adolescente.

É recomendável, como é cediço, que o cumprimento da medida socioeducativa seja efetivado próximo de sua família, a fim de fortalecer os vínculos familiares. Porém, tal circunstância não pode justificar, por si só, a liberação do paciente ou a atenuação da medida, pois vários outros fatores devem ser considerados no caso concreto, como a disponibilidade de vagas, eventual superlotação, idade compatível e a periculosidade do infrator, dentre outros fatores relevantes.

O artigo 49, II, da Lei do SINASE, não pode ser analisado de forma isolada, mormente nos casos em que a manutenção da medida privativa de liberdade revela-se a mais adequada à reeducação do infrator, conforme ocorre no caso em exame.

Colocar o paciente em meio aberto, tão somente pelo fato de não existir unidade de internação próxima à sua residência significaria condená-lo a viver a adolescência nos mesmos moldes que o levaram à grave prática infracional.

Ademais, tanto o SINASE quanto o ECA são regidos pela intenção de possibilitar que a família tenha contato com o paciente, facilitando as visitas e o acompanhamento, de forma sistemática, do seu processo evolutivo, facilitando, assim, o regresso do adolescente ao convívio familiar. Porém, para tanto, não é necessário que a família resida próximo ao local em que se encontra internado.

Importante ressaltar, ainda, que o artigo 35, IX, da Lei nº 12.594/12, não traduz direito absoluto de o adolescente ser inserido em medida socioeducativa em meio aberto, por não haver vaga para regime de internação na comarca em que residem seus familiares.

O princípio contido no referido dispositivo legal visa garantir a continuidade da convivência entre o adolescente infrator e seus familiares, como medida salutar em seu processo socioeducativo.

Acesso ao Sumário

E, para tal finalidade, há previsão de concessão de auxílio financeiro para despesas decorrentes do deslocamento da família de adolescentes que cumprem medida em unidades de internação da *Fundação CASA*, o que possibilita, ainda que minimamente, a presença dos familiares no processo de ressocialização.

Sobre o assunto, confira entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> *"ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO EM ATO*

*INFRACIONAL. CUMPRIMENTO ANTERIOR DE MEDIDA MAIS BRANDA PELO MESMO ATO. MEDIDA JUSTIFICADA. NÚMERO MÍNIMO DE INFRAÇÕES. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. ART. 49, II, DA LEI N. 12.594/2012. AUSÊNCIA DE VAGA NA COMARCA DE RESIDÊNCIA DOS FAMILIARES DO MENOR. INTERNAÇÃO EM LOCALIDADE DIVERSA. POSSIBILIDADE. DIREITO NÃO ABSOLUTO. EXCEPCIONALIDADE JUSTIFICADA. PRECEDENTES. UNIDADE DE INTERNAÇÃO PRÓXIMA. ACOMPANHAMENTO FAMILIAR ASSEGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I... III – In casu, a internação do adolescente está fundamentada em elementos concretos extraídos dos autos que demonstram a incidência da hipótese prevista no art. 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista que ao paciente já foi imposta prévia medida socioeducativa mais branda pelo mesmo ato infracional, no ano de 2014. IV – **A jurisprudência deste Tribunal Superior tem-se firmado no sentido de que o direito previsto no art. 49, II, da Lei n. 12.594/2012 não é absoluto, admitindo-se, excepcionalmente, a execução da medida socioeducativa de internação em localidade diversa da comarca de residência dos familiares ou responsáveis do menor quando as circunstâncias do caso concreto não recomendarem a substituição da medida imposta por outra a ser cumprida em meio aberto, ainda que o ato infracional tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça. Precedentes.** V – No presente caso, **a reiteração em ato infracional não recomenda a substituição da medida imposta por outra em meio aberto, restando devidamente justificada a execução da medida em localidade diversa. Ademais, a Unidade de internação de Franco da Rocha/SP está situada a apenas 42 Km da cidade de origem do menor e de seus familiares, o que atende aos preceitos estabelecidos no art. 124, VI, do ECA e no art. 35, IX, da Lei n. 12.594/2012.** Habeas corpus não conhecido"* (HC 383.808/SP, Rel. MIN. FELIX FISCHER, 5ª Turma, j. 21/03/2017).

Como se vê, ausente qualquer constrangimento ilegal que deva ser reparado por meio da presente impetração.

Ante o exposto, pelo meu voto, **denego** a ordem.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2264751-51.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente K.D.F.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a

ordem, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.486)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 4 de fevereiro de 2019.

ARTUR MARQUES, Relator e Vice-Presidente

Ementa: *HABEAS CORPUS*. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 35, *CAPUT*, DA LEI 11.343/06. DECISÃO QUE DETERMINOU A BUSCA E APREENSÃO DA MENOR PELO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. MENOR QUE ABANDONA O CUMPRIMENTO DA MEDIDA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA QUE JÁ É RESTRITIVA DE LIBERDADE. INTERVENÇÃO DETERMINADA PARA QUE A JOVEM SEJA OUVIDA EM AUDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ADOLESCENTE QUE DEVERÁ SER OUVIDA PELO JUIZ NO DIA DA APREENSÃO OU, NO MÁXIMO, NO PRIMEIRO DIA ÚTIL SUBSEQUENTE. ORDEM DENEGADA, COM OBSERVAÇÃO.

1. O legislador ordinário estabeleceu como garantia processual ao menor infrator, nos procedimentos afetos à jurisdição especial, o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (artigo 111, inciso IV, do ECA).

2. A semiliberdade é medida restritiva de liberdade. É uma forma mitigada de institucionalização, uma vez que, em parte do tempo, o reeducando estará privado de seu direito de ir e vir.

3. A evasão da menor da unidade da Fundação Casa onde cumpria a medida, comprova que não há de se falar em ilegalidade na expedição de mandado de busca e apreensão. O abandono da medida já justifica a providência.

4. Ordem denegada, com observação.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar, impetrado por Fernanda Penteado Balera, em favor da menor K.D.F., contra o constrangimento ilegal supostamente imposto pelo MM. Juiz Maurício José Caliguere, do Departamento de Execuções da Infância e Juventude da Capital – DEIJ, que determinou a busca e apreensão da menor a fim de que, em audiência, justifique o descumprimento da medida socioeducativa de semiliberdade, aplicada em razão da prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06.

Sustenta, em síntese, que a paciente tem endereço certo e que a decisão impugnada contraria a Súmula 265 do STJ e a Resolução 165 do CNJ. Também afirma que somente é possível a expedição de mandado de busca e apreensão em casos de não localização da menor.

Requer a concessão liminar da ordem para suspender a decisão coatora, determinando-se a designação de audiência para justificação com condução coercitiva ou, subsidiariamente, seja a liminar concedida em menor extensão, determinando-se que o mandado de busca e apreensão só poderá ser cumprido em horário de expediente forense e, no mérito, sua confirmação, cassando-se a decisão impugnada (fls. 1/7).

Indeferida a liminar (fls. 295/297), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 304/306).

É o relatório.

2. Segundo consta, a menor foi representada pela prática de ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 35, *caput*, da Lei 11.343/06 (fls. 13/17), recebendo, ao final, medida socioeducativa de semiliberdade, sem prazo indeterminado (fls. 21/25).

A Constituição Federal, no artigo 5º, incisos LIV e LV, garante a todos o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, com os recursos e meios a eles inerentes.

Por sua vez, o legislador ordinário estabeleceu como garantia processual ao menor infrator, nos procedimentos afetos à jurisdição especial, o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (artigo 111, inciso IV, do ECA). A reforçar a observância dessa garantia, determinou como requisito para a decretação da internação-sanção a realização de prévia audiência, conforme disposto no § 4º do artigo 43 da Lei 12.594/12.

No presente caso, o relatório de fls. 261/263 dos autos de origem informa que a menor descumpriu a medida socioeducativa de semiliberdade, evadindo-se da unidade da Fundação Casa onde cumpria a medida.

A semiliberdade é medida restritiva de liberdade. É uma forma mitigada de institucionalização, uma vez que, em parte do tempo, o reeducando estará privado de seu direito de ir e vir.

Acesso ao Sumário

No caso, a paciente já estava com sua liberdade restringida por força da sentença que lhe aplicou a medida socioeducativa de semiliberdade, que acabou descumprida.

Dessa forma, se a menor evadiu-se da unidade da Fundação Casa onde cumpria a medida, não há de se falar em ilegalidade na expedição de mandado de busca e apreensão. O abandono da medida já justifica a providência.

Vale ainda ressaltar que o art. 184, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, mencionado na impetração, regula, tão-somente, o processo de conhecimento, de modo que é inaplicável à situação presente, na qual, em autos de execução, a adolescente, pelo que consta, deixou de cumprir a medida que lhe foi aplicada.

Por fim, apenas uma observação há de ser feita: na hipótese de apreensão, a paciente deverá ser ouvida pelo juiz no mesmo dia ou, no máximo, no primeiro dia útil subsequente.

3. Do exposto, **denega-se a ordem, com observação.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2004739-21.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante D. P. DO E. DE S. P. e paciente M.M.B.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 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 44.575)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 12 de fevereiro de 2019.

ARTUR MARQUES, Relator e Vice-Presidente

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS*. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO PREVISTO NO ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO, POR PRAZO INDETERMINADO. PLEITO DE PROGRESSÃO PARA MEDIDA MAIS

BRANDA, QUAL SEJA, LIBERDADE ASSISTIDA DIANTE DE RELATÓRIO ELABORADO PELOS PROFISSIONAIS DA FUNDAÇÃO CASA.

Medida de internação imposta em razão da prática do ato infracional equiparado ao delito previsto no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal.

Como é sabido, o magistrado não está adstrito aos laudos elaborados por técnicos que acompanham o cumprimento da medida, pois aludidos relatórios compõem apenas um dos elementos de convicção, sem caráter vinculante.

Por certo, não existem nos autos elementos que indiquem a completa ressocialização do jovem e a interrupção do acompanhamento técnico sem que ele esteja preparado poderá causar prejuízos ao efetivo processo de reeducação.

Ordem denegada.

VOTO

1. Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado por Fernanda Penteado Balera em favor do menor M.M.B.S. contra o constrangimento ilegal supostamente imposto pelo MM. Juiz Airton Marquezini Júnior, do Departamento de Execuções da Infância e Juventude da Capital – DEIJ, que manteve a medida socioeducativa de internação aplicada em razão da prática do ato infracional equiparado ao delito previsto no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

Sustenta, em síntese, que os elementos dos autos são suficientes para a imediata desinternação do menor. Também destaca que a decisão impugnada viola os princípios da excepcionalidade, da intervenção judicial e da imposição e brevidade das medidas, além do artigo 42, § 2º, do SINASE.

Requer a concessão liminar da ordem para suspender a internação, autorizando o menor a aguardar em liberdade o julgamento do *habeas corpus* e, ao final, seja reconhecida a desnecessidade da internação, colocando o menor em liberdade ou, subsidiariamente, a cassação da decisão que determinou a realização de avaliação pela equipe técnica do juízo, com a consequente colocação do paciente em liberdade (fls. 1/11).

Indeferida a liminar (fls. 118/120), a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 128/131).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

2. Segundo consta o paciente foi representado pela prática do ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal (fls. 14/16) sendo-lhe aplicada a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado (fls. 18/21).

Não obstante o relatório de avaliação elaborado pelos profissionais da Fundação CASA ser favorável à progressão para medida mais branda, qual seja liberdade assistida (fls. 92/97), não se verifica ilegalidade na decisão que manteve a internação e determinou a realização de avaliação pela equipe técnica do juízo (fls. 107).

Como é sabido, o magistrado não está adstrito aos laudos elaborados por técnicos da Fundação CASA, pois aludidos relatórios compõem apenas um dos elementos de convicção, sem caráter vinculante, conforme já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no *habeas corpus* nº 48.801-SP, relator Ministro Gilson Dipp:

> Criminal. HC. ECA. Ato Infracional equiparado a latrocínio. Internação. Parecer técnico. Sugestão de progressão da medida. Manifestação que não vincula o magistrado. Princípio do livre convencimento. Internação mantida. Falta de fundamentação. Inocorrência. Determinada nova avaliação psiquiátrica do adolescente. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem Denegada.

Na decisão que indeferiu a progressão da medida por outra mais branda (fls. 107) o magistrado assinalou que o paciente, em princípio, ainda não desenvolveu consciência e crítica, destacando que:

> No entanto, trata-se da segunda medida de internação aplicada ao educando, que voltou a realizar nova conduta antissocial após sua inserção em medida socioeducativa mais branda. Essa persistência na prática infracional evidencia que, possivelmente, não tenha desenvolvida consciência, crítica, tampouco aperfeiçoado sua personalidade (fls. 107).

Por certo, não existem nos autos elementos que indiquem a completa ressocialização do jovem e a interrupção do acompanhamento técnico direto sem que ele esteja preparado poderá causar prejuízos ao efetivo processo de reeducação, o que não se coaduna com os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para se decretar a progressão ou até a extinção da medida, necessária a demonstração efetiva de que sua finalidade foi alcançada e que o adolescente já adquiriu aptidão psicológica, adequação temperamental e senso de responsabilidade, tudo de forma a merecer tal benefício, o que não se observa em aludido caso.

Assim, conveniente a continuidade do acompanhamento até que as perspectivas do paciente melhorem efetivamente.

3. Do exposto, denega-se a ordem.

Incidentes de Suspeição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Suspeição nº 0069054-20.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é excipiente ALINE ALVES DE PAULA BRASILEIRO, é excepto CARLOS EDUARDO BORGES FANTACINI (JUIZ DE DIREITO).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram o incidente de suspeição. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.845)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 19 de dezembro de 2018.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO

Embargos à execução. Alegação reiterada de parcialidade do juiz. Ausência de indícios de interesse do magistrado no julgamento da causa. Inexistência de fato concreto a justificar o afastamento do juiz natural do processo. Eventual inconformismo com as decisões prolatadas deve ser veiculado por recurso próprio. Súmula 88 do TJSP. Suspeição não configurada.

Incidente rejeitado.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **incidente de suspeição** arguido por Aline Alves de Paula Brasileiro contra o MM. Juiz Carlos Eduardo Borges Fantacini, da 26ª Vara Cível do Foro Central da Capital, nos autos de **embargos à execução** opostos pela excipiente contra Banco Rabobank Internacional Brasil S/A.

Sustentou, em suma, a parcialidade do MM. Juiz na condução do feito, em razão das decisões e atitudes referentes à demanda de origem, de modo a demonstrar interesse no julgamento do processo em favor da parte exequente.

Daí o pedido de efeito suspensivo e a suspeição (fls. 01/22).

Recusados os motivos da suspeição pelo excepto (fls. 37/39), indeferiu-se o efeito suspensivo (fl. 43).

Opinou a Douta Procuradoria pela rejeição do incidente (fls. 48/50).

É o relatório.

2. Infundada a suspeição.

Respeitadas as considerações aduzidas pela excipiente, ausentes quaisquer das hipóteses de suspeição previstas no art. 145 do Código de Processo Civil, inclusive, a descrita em seu inciso IV.

No caso, a arguição do incidente por falta de imparcialidade do MM. Juiz amparou-se no fato de ter o excepto promovido juízo de admissibilidade nos embargos à execução e também sobre a justiça gratuita, a despeito de suspensão anterior decretada na ação conexa de execução, por ocasião de incidente de suspeição antes apresentado. Assinalou, ainda, ter sido promovido o bloqueio de contas bancárias dos executados sem requerimento da parte contrária. Afirmou, no mais, a distinção de agilidade na apreciação de questões favoráveis e contra a excipiente. A partir dessas alegações, inferiu o interesse do magistrado no julgamento da causa.

Ora, os argumentos foram rechaçados na manifestação do excepto ao apontar ausência de fato concreto a denotar irregularidade na condução do processo (fls. 37/39).

Com efeito, cuida-se de tentativa reiterada de afastamento do MM. Juiz da presidência dos feitos, sem justificativa plausível. Em incidente antes processado por este Relator (Proc. nº 0.057.624-71.2018.8.26.0100), correspondente à ação de execução conexa aos embargos de origem, já se objetivou o mesmo fim. Muito embora outra seja a excipiente, está patrocinada pelos mesmos advogados dos demais executados.

Novamente, analisando o conteúdo probatório, observa-se que os entendimentos exarados pelo excepto apresentam-se devidamente motivados e escorados no livre-convencimento, tudo a indicar a prática regular da atividade jurisdicional. A partir disso, a discussão que se travaria teria por sede os **recursos próprios**, como de fato se concretizou (AI nº 2.128.329-69.2018.8.26.0000).

Cumpre ressaltar, *ad argumentandum tantum*, que eventual divergência na interpretação da norma, ou equívoco na determinação de algum ato processual, por si só, não importa na conclusão de que o magistrado tenha interesse no resultado da demanda.

Nesse sentido, é a orientação consolidada na Súmula nº 88 deste Eg. **Tribunal de Justiça**:

"Reiteradas decisões contrárias aos interesses da excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto

Acesso ao Sumário

suspeito para o julgamento da causa".

Inexistem, portanto, indícios de pessoalidade no exercício da função pelo magistrado. Na ausência de fundamento apto a sinalizar o comprometimento da imparcialidade, **inadmissível** a destituição do juiz natural do processo.

Ademais, nem mesmo a iniciativa judicial no decorrer de suspensão vigente por força de incidente de suspeição antecedente altera tal entendimento. No despacho inicial proferido em 27.08.18 nos embargos à execução (fl. 32), o magistrado ateve-se apenas a determinar providências para organização da demanda, solicitando o complemento de documentação para, só então, verificar-se a gratuidade. A princípio, nenhum prejuízo à parte adveio do pronunciamento, por se tratar de mero impulso do processo.

Há de se registrar, também, a decisão proferida por este Relator, na sequência, em 10.09.18, apoiada no art. 146, § 2º, I, do CPC, indeferindo efeito suspensivo naquele incidente, a ensejar o prosseguimento do trâmite (fl. 189 do Proc. nº 0.057.624-71.2018.8.26.0100).

3. Rejeito o incidente de suspeição.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1016845-23.2018.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos D.C.S. (MENOR), S. DE E. DO M. DE S. B. DO C. e M. DE S.B. DO C.

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 56733)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRETENSÃO À OBTENÇÃO DE VAGA EM UNIDADE EDUCACIONAL INFANTIL MANTIDA PELA MUNICIPALIDADE, PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL AUTOAPLICÁVEL, PREVISTO NA NORMA DO ARTIGO 208, IV, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DA MUNICIPALIDADE. REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de reexame necessário, nos autos de mandado de segurança impetrado por D.C.S. contra ato do Secretário de Educação do Município de São Bernardo do Campo. A r. sentença a fls. 86/93, cujo relatório se adota, concedeu a segurança, para determinar à autoridade impetrada o oferecimento de educação infantil ao impetrante, na modalidade de creche, mediante matrícula em período integral, na EMEB (...) ou noutra escola da rede oficial ou conveniada, devendo, em qualquer hipótese, observar o critério legal da proximidade da residência no limite de até dois quilômetros da residência da criança, arcando, do contrário, com o transporte escolar gratuito.

Decorrido o prazo sem recurso voluntário, subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença (fls. 112/115).

É o relatório.

O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que, em caso de inércia do Poder Público que represente violação de direito garantido na Constituição por norma de caráter programático, poderá o Poder Judiciário formular e implantar políticas públicas: *"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE*

Acesso ao Sumário

DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). / (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere *(atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse* non facere *ou* non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases*

Acesso ao Sumário

excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política 'não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado' (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello). / (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado" (ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04).

Portanto, em caso de desrespeito ao direito constitucional à educação, é admissível a intervenção do Poder Judiciário para sua efetiva implementação, sem que esteja configurada violação ao princípio da separação dos Poderes.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: *"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DIREITO DE ACESSO À CRECHE. CRIANÇAS DE ZERO A SEIS ANOS. INSCRIÇÃO DE CRIANÇA EM ESTABELECIMENTO PARTICULAR. AUSÊNCIA DE VAGAS. NÃO COMPROMETIMENTO DO*

Acesso ao Sumário

TRABALHO PEDAGÓGICO. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 1. In casu*, não se ignora a questão referente à 'reserva do possível', todavia, na hipótese específica dos autos, cumpre salientar que, conquanto a parte recorrida tenha alegado que, em virtude da ausência de vagas a matrícula da criança poderia comprometer o trabalho pedagógico, nada provou nesse sentido; a questão manteve-se no campo das possibilidades. 2. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de caso concreto, no qual está envolvida apenas uma criança, não se tem como presumir o comprometimento do trabalho pedagógico em virtude de sua matrícula numa das instituições pretendidas. 3. Ademais, a análise do feito dispensa o reexame do contexto fático-probatório, porquanto os elementos necessários para o julgamento da* vexata quaestio *pelo STJ estão bem delimitados no acórdão objurgado. 4. Agravo Regimental não provido"* (AgRg no REsp n. 1546487/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.10.15).

O direito constitucional à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade, fundado no art. 208, IV, da 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 o art. 211, § 2º, da Constituição Federal, por meio da oferta de vaga em creches e pré-escolas (art. 11, V, da Lei nº 9.394/ 1996).

Esta Câmara Especial já decidiu: *"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 0008950-25.2015.8.26.0114, Campinas, Rel. Des. Pinheiro Franco, j. 14.12.15).

No mais, as Súmulas nº 63 e nº 65 deste Tribunal de Justiça preveem, respectivamente, que *"é indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território"* e *"não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa*

Acesso ao Sumário

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 do Município gerir seus recursos com eficiência, para garantir vagas em creche e pré-escola a todas as crianças que delas necessitem.

A escolha da unidade educacional mais próxima da residência da criança deve ser interpretada no sentido de que a instituição esteja localizada a até dois quilômetros da residência, salvo se constatada alguma necessidade especial. É inviável, de outro lado, a escolha específica pela parte impetrante (Reexame Necessário 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 (EMEB (...)), será responsabilizada pelo transporte gratuito da criança, caso a unidade escolhida fique a mais de dois quilômetros de sua residência.

No caso de eventual necessidade da Administração Pública, poderá providenciar vaga em outra instituição de ensino próxima da residência da criança. Mas será responsabilizada pelo transporte gratuito do interessado na hipótese de a nova unidade eleita situar-se a mais de dois quilômetros.

E, caso a matrícula da criança seja efetivada em rede particular conveniada de educação infantil, por falta de vagas na rede pública, o Município arcará com o custeio de ensino em âmbito privado.

Pelo exposto, nego provimento ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0003964-22.2012.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, sendo agravante São Paulo Previdência e agravado Antonio Milton Teixeira.

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 54.287)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL) e ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE).

São Paulo, 7 de janeiro de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário.

– A inconstitucionalidade da utilização da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa referencial – TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, quando oriundas de relações jurídico-tributárias, é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE n. 870.947/SE.

Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pela SÃO PAULO PREVIDÊNCIA (fls 138/146), contra decisão desta Presidência que, em cumprimento ao artigo 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 870.947/SE.

Alega a agravante, em síntese, que não houve trânsito em julgado da decisão proferida no aludido Tema, e ainda haverá a necessidade de modulação de seus efeitos, portanto pleiteia o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do Tema.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do art. 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em cumprimento ao art. 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada de seguinte teor, ***verbis***:

> *"Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento do mérito do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810, STF, DJe de 20/11/2017, no sentido de que:*
>
> *1) o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09;*
>
> *2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."*

Há identidade entre a matéria aqui tratada – referente a Juros moratórios - Correção Monetária - Lei 11.960/2009 – e aquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 870.947/SE, correspondente ao Tema 810, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO

Acesso ao Sumário

DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. ***INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS.*** *DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT).* **(GRIFADO).**

> ***1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito;*** *nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.* **(grifado).**
>
> *2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."*

Constata-se que a decisão da Eg. Turma Julgadora está em consonância com o entendimento da Suprema Corte em regime de recursos repetitivos, razão pela qual o apelo extremo revelava-se mesmo inadmissível, a teor do artigo 1.040, inciso I do Código de Processo Civil, nada havendo que se modificar, portanto, nesta sede.

"Não prospera, igualmente, a argumentação da não ocorrência do trânsito em julgado do Acórdão paradigma RE 870.947/SE pela interposição de embargos declaratórios.

Isso porque, na ocasião do julgamento do Tema 810 não havia qualquer decisão oriunda do Col. Supremo Tribunal Federal que autorizasse, no âmbito desta Presidência, a restrição na aplicação da sistemática dos recursos extraordinários repetitivos, tendo em conta o julgamento já ultimado do referido Tema."

Inexistente erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos, fica mantida a decisão.

Acesso ao Sumário

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir aos agravantes a multa prevista no art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0011509-89.2015.8.26.0037/50001, da Comarca de Araraquara, em que é agravante DONIZETE DE MARQUI.

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 29636)**

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, 7 de janeiro de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO. RECURSO SEM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Fundamentação das decisões judiciais. Artigo 93, IX, da Constituição Federal. Desnecessidade do exame pormenorizado de todas as alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

2. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com extensão do entendimento ao princípio do devido processo

Acesso ao Sumário

legal e aos limites da coisa julgada. Necessidade de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

3. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 464) que, com fundamento nos Temas 339 e 660, ambos do Colendo Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário com base no artigo 1.030, I, "a", 1ª e 2ª figuras, do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 493/502).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 504/505).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 1ª e 2ª figuras, do Código de Processo Civil, que preceitua:

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

Desse modo, verificada a existência no recurso extraordinário de temas que já foram objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 464, 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, 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

Acesso ao Sumário

das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

A Defesa do agravante aludiu às fls. 419/421 que:

[...]

*Em extenso despacho (10 laudas), o senhor relator falou até sobre o que não havia sido objeto dos embargos, mas não respondeu o que lhe foi perguntado, ou seja: **não apontou qual teria sido a vantagem indevida auferida pelo recorrente, em flagrante violação ao princípio constitucional da motivação das decisões consagrado no art. 93, IX da Constituição, e também no art. 11 do CPC**.*

*É de bom alvitre destacar que a vantagem indevida é elementar do tipo, e sem ela o tipo se descaracteriza. Na sua explicação o senhor relator falou sobre tudo, fez uma extensa explicação da prova dos autos e das razões que o levaram a decidir daquela maneira, mas não apontou qual a **vantagem indevida** experimentada pelo recorrente, simplesmente porque não houve vantagem alguma auferida pelo recorrente, nem devida nem indevida, e a condenação deu-se mais para atender aos anseios do Ministério Público, como soe acontecer.*

A segunda ofensa de natureza constitucional importa em tratamento diferenciado dado ao Ministério Público, uma vez mais, consistente no fato de que diante do libelo crime acusatório complementar apresentado pelo Procurador de Justiça (27 folhas) em segundo grau, solicitamos nos fosse permitido responder àquelas afirmações, e como resposta obtivemos a negativa a pretexto de que a função do Ministério Público em 2º grau é a de custos legis.

Assim seria quando ele atuasse como fiscal da lei, mas, a partir do instante em que analisa e comenta a prova, dá a sua opinião e pugna pela manutenção da sentença em aproximadamente vinte laudas, age como verdadeira parte, criando um desequilíbrio ao advogado que não pode rebater aquela fala.

Tal comportamento fere o princípio da paridade, segundo o qual a trabalho igual deve dar-se igual retribuição. O Art. 7º do Novo CPC traz a lume o princípio processual da paridade das armas, que consiste no de tratamento igualitário entre as partes do processo em relação ao exercício de direitos e faculdades, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais define este princípio processual clássico.

Mas, não é só, tal prática processual abusiva fere o disposto no art. 5º, LV, da Carta Constitucional, na medida em que, ao acolher o libelo sobressalente apresentado pelo Ministério Público em segundo grau e não permitir a sua contrariedade pela defesa, operou-se a quebra da igualdade processual, privando a parte de manifestação em face de libelo acusatório sobressalente.

Essas violações constitucionais surgiram em segunda instância e por isso não puderam ser prequestionadas, posto que não eram conhecidas, mas

agora, ao contrário, elas são flagrantes e violaram normas constitucionais, o que as torna passíveis de modificação pela via do recurso extraordinário, valendo assinalar que a violação de norma constitucional ou de princípio agasalhado pela Constituição constitui repercussão geral, e por isso desde já se prequestiona a matéria constitucional.

Já os v. acórdãos de fls. 363/391 e 401/410, registraram que:

[...]

Analisando-se os autos, verifica-se que a r. sentença de 1º Grau apresenta-se suficientemente motivada; examinou detidamente o conjunto probatório e todas as teses suscitadas. Assim, seus fundamentos são ratificados e acolhidos como parte integrante deste Acórdão, nos termos do artigo 252[1], do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A materialidade está demonstrada pelos documentos juntados, prova testemunha se demais elementos acostados aos autos.

A autoria também é incontroversa.

[...]

Dessa forma, o quadro probatório é sólido e demonstra em seu conjunto a conduta ilícita de Donizete. Os depoimentos colhidos durante a instrução são firmes e substanciais, corroborados pelos documentos acostados aos autos, como a planta da casa desenhada pelo réu, mesmo sem habilitação técnica para tanto. Além disso, o próprio acusado admitiu ter pedido dinheiro para a vítima, visando regularizar o projeto e expedição do "habite-se" e, em momento algum, informou-a que lhe prestaria um serviço particular, pelo qual cobraria. Ao contrário, indubitável que a fez crer que ele, como funcionário público da Secretaria de Obras, teria atribuição e capacidade para dar andamento e resolver as pendências para a regularização do imóvel, o que afasta a tese de ausência de dolo.

Anoto, ainda, que o fato de o apelante não ter competência para executar o serviço a que se propôs não afasta o crime, bastando que tenha feito a solicitação indevida utilizando-se do exercício da função pública, como no presente caso.

Também não se sustenta a alegação de atipicidade da conduta pela não comprovação de obtenção ilícita, posto que o crime de corrupção passiva é formal, consumando-se com a simples solicitação da vantagem indevida, independentemente de seu efetivo recebimento.

O delito de corrupção passiva é eminentemente formal ou de consumação antecipada. Irrelevante, pois, que o agente não tenha recebido o dinheiro solicitado (RT 531/308).

Tratando-se de crime formal, de mera conduta ou de consumação antecipada, verifica-se sua ocorrência no momento em que o agente solicita a vantagem indevida, sendo irrelevante a concordância ou a

1 RITJSP – Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

Acesso ao Sumário

aquiescência do indivíduo a quem dirigida a solicitação ou a entrega concreta a material daquilo que tenha sido solicitado (RT 718/372).

Igualmente irrelevante a não violação de norma municipal, posto que o crime se caracterizou e consumou na medida em que, utilizando de sua condição de funcionário público, solicitou dinheiro indevido para prestação de um serviço.

Portanto, nenhuma prova trazida aos autos foi capaz de amparar factual e objetivamente a defesa do apelante, a macular a demonstração da ilicitude de sua conduta.

[...]

Com relação ao pretendido pela Defesa, em que pesem os argumentos levantados, inexiste obscuridade a ser sanada.

O Acórdão embargado expressamente analisou e afastou todas as teses apresentadas no recurso defensivo. Fundamentadamente, consignou que a materialidade e autoria restaram comprovadas através dos elementos probatórios, citou e avaliou todos os documentos juntados, descreveu os depoimentos colhidos, concluindo que havia prova suficiente para a condenação do réu, não sendo o caso de absolvição por falta de provas.

Detidamente esclareceu no que consistiu a conduta criminosa, que se consubstanciou pela solicitação da vantagem indevida, independentemente de seu efetivo recebimento (fls. 385/388):

[...]

Portanto, a argumentação de obscuridade busca, inequivocamente, rediscutir questão de mérito, o que não tem cabimento.

Tais decisões, assim, estão em conformidade com o r. *decisum* do Pretório Excelso, o que afasta o acolhimento deste agravo interno.

Quanto ao Tema 660, verifico que o mesmo Sodalício, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 748.371/MT, deliberou sobre a mesma matéria debatida no recurso extraordinário apresentado pela Defesa, qual seja, a relativa à violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com extensão desse entendimento ao princípio do devido processo legal e aos limites da coisa julgada, tendo aquele Sodalício entendido que não há repercussão geral quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.

Dessa forma, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2002927-75.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de Franca, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada APARECIDA DALVA RIBEIRO PELIZARO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54808)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 9 de janeiro de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO/SP (AÇÃO COLETIVA Nº 0403263-60-1993.8.26.0053). AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DA MATÉRIA TRATADA NESTES AUTOS. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE QUESTIONAMENTO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INVIABILIDADE DE APRECIAÇÃO NESTE ÂMBITO RECURSAL. LIQUIDAÇÃO, TERMO INICIAL DE JUROS DE MORA E VIOLAÇÃO DE COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE QUESTIONAMENTO NO RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE DE APRECIAÇÃO NESTE ÂMBITO RECURSAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça no Recursos Especial nº 1.391.198/RS, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) imprescindibilidade de prévia liquidação de sentença; (b) ocorrência da prescrição da pretensão; (c) necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; e (d) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios e de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito.

Não houve apresentação de contraminuta.

Ausente oposição ao julgamento virtual, nos termos do art. 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

O recurso não deve ser conhecido.

Com efeito, o agravo interno de competência da Câmara Especial de Presidentes apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (distinguishing). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 19.6.2018.

No caso, contudo, a parte agravante não alegou o desacerto da aplicação do precedente repetitivo adotado pela decisão hostilizada, referente ao tema 724.

Nos termos dos arts. 932, III, e 1.021, § 1º, do CPC, é necessária impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada, sob pena de não conhecimento do reclamo.

Acesso ao Sumário

Anote-se que o recurso não pode ser conhecido no tocante ao tema da prescrição, por não ter havido, no acórdão proferido a fls. 20/31, análise desta questão.

De resto, as matérias referentes a liquidação, termo inicial de juros de mora e violação de coisa julgada, elas não foram arguidas no recurso especial, de modo que cobertas pela preclusão e, em consequência, não são cognoscíveis neste agravo interno.

Pelo exposto, não conheço do agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1033382-63.2015.8.26.0576/50000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante LIVING NAZARÉ EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, é agravada BRUNA APARECIDA SALTÓRIO.

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 55555)**

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, 15 de janeiro de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. DEVER DE INFORMAÇÃO. VALIDADE (TEMA 938). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ESTABELECIDO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Living Nazaré Empreendimentos Imobiliários Ltda. contra decisão que, em demanda indenizatória, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.599.511/SP, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega a existência de informação clara a respeito da responsabilidade da agravada pelo pagamento das verbas de corretagem, na planilha de cálculos.

Acesso ao Sumário

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (distinguishing). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.599.511/SP, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser válida a cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. Confira-se a fls. 426/427.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 317/322) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela abusividade da cobrança da comissão de corretagem, por ausência de informação clara à consumidora.

A Turma Julgadora assinalou: *"Quanto à responsabilidade pelo pagamento, não obstante a praxe seja o pagamento da comissão de corretagem pelo vendedor do bem, diante da contratação do serviço de intermediação da venda, em que se coloca na posição de comitente-contratante, nada obsta que o comprador arque com tal ônus. Todavia, para não evidenciar a ocorrência de venda casada, nos termos do art. 39, I, do CDC2, necessário constar no contrato o valor destacado dessa verba, para que a subscrição do instrumento represente a admissão expressa do consumidor da obrigação de responder por seu custeio. Não se vislumbra no contrato (f. 18/49) o valor destacado da comissão de corretagem"* (fls. 321).

Acesso ao Sumário

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1021843-49.2017.8.26.0053/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante Estado de São Paulo e agravados Alexandrina Alves da Cruz 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 56.282)**

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, 16 de janeiro de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento a recurso extraordinário.

– A validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa referencial – TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, é idêntica à matéria examinada pela Suprema Corte, no *leading case* RE n. 870.947/SE.

Nega-se provimento ao recurso.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo (fls. 225/233), contra decisão desta Presidência que, em cumprimento ao art. 1.030, inc. I, alínea "b", do Código de Processo Civil, negou seguimento a recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 870.947/SE.

Alega a agravante, em síntese, que o tema 810 ainda não transitou em julgado, de forma que é cabível o presente recurso extraordinário. Sustenta,

Acesso ao Sumário

ainda, que não há que se falar em aplicação de precedente vinculante independentemente da publicação do acórdão, pois a questão não se refere unicamente à não publicação e sim à ausência de trânsito em julgado.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do art. 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em cumprimento ao art. 1.030, inc. I, alínea "b", do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada de seguinte teor, ***verbis***:

> *"Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento do mérito do RE nº 870.947/SE, Tema nº 810, STF, DJe de 20/11/2017, no sentido de que:*
>
> *1) o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º,* ***caput****); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09;*
>
> *2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."*

Acesso ao Sumário

Há identidade entre a matéria aqui tratada – referente a Juros moratórios – Correção Monetária – Lei 11.960/2009 – e aquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 870.947/SE, correspondente ao Tema 810, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE

CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT).

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Constata-se que a decisão da Eg. Turma Julgadora está em consonância com o entendimento da Suprema Corte em regime de recursos repetitivos, razão pela qual o apelo extremo revelava-se mesmo inadmissível, a teor do art. 1.030, inc. I, alínea "b", do Código de Processo Civil, nada havendo que se modificar, portanto, nesta sede.

"Não prospera, igualmente, a argumentação da não ocorrência do trânsito em julgado do Acórdão paradigma RE 870.947/SE pela interposição de embargos declaratórios.

Isso porque, na ocasião do julgamento do Tema 810 não havia qualquer decisão oriunda do Col. Supremo Tribunal Federal que autorizasse, no âmbito desta Presidência, a restrição na aplicação da sistemática dos recursos extraordinários repetitivos, tendo em conta o julgamento já ultimado do referido Tema."

Inexistente erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos

Acesso ao Sumário

repetitivos, fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir à agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º do Código de Processo Civil.

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2042794-12.2017.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, sendo agravante ANTONIO HENRIQUE PIETRA CATELLA e agravado INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 52.655)**

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, 4 de fevereiro de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: AGRAVO INTERNO – Decisão monocrática que negou seguimento ao recurso extraordinário.

– A incidência de juros de mora durante o prazo previsto na Constituição Federal para o pagamento de precatório é matéria idêntica à tratada no *leading case* RE n. 591.085/MS.

Nega-se provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Antonio Henrique Pietra Catella (fls. 122/124) contra decisão desta Presidência que, em cumprimento ao artigo 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, negou seguimento a

recurso extraordinário por reconhecida identidade de matéria com orientação firmada pela Suprema Corte em julgado sob a técnica dos recursos seriais, nos autos do RE n. 591.085/MS.

Alegou o agravante, em síntese, o Acórdão paradigma não poderia ser aplicado ao presente caso uma vez que a EC 62/2009 alterou o artigo 100, § 12 da Constituição Federal e retirou a eficácia da Súmula Vinculante nº 17/STF.

É o relatório.

Recebe-se o recurso como agravo interno, na forma do art. 1.030, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil e nos termos do artigo 33-A do Regimento Interno do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em cumprimento ao art. 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, proferiu-se a decisão agravada de seguinte teor, ***verbis***:

> *"Considerando estar o v. acórdão em harmonia com o julgamento do mérito do RE nº 591.085, Tema nº 147, STF, DJ de 20.02.2009 (cf. Súmula Vinculante nº 17), restou reconhecido que somente se descumprido o prazo constitucional previsto para o pagamento dos precatórios, qual seja, até o final do exercício seguinte, 'poder-se-ia falar em mora e, em consequência, nos juros a ela relativos, como penalidade pelo atraso no pagamento' e, em cumprimento ao disposto na alínea 'b' do inc. I do art. 1030 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário interposto."*

A matéria tratada no recurso extraordinário, referente à incidência de juros de mora durante o prazo previsto na Constituição Federal para o pagamento de precatório, é idêntica àquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 591.085/MS, correspondente ao Tema n. 147: "PRECATÓRIO – JUROS – EXPEDIÇÃO – VENCIMENTO", oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 (redação original e redação da EC 30/2000) da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos."

Constata-se que a decisão da Eg. Turma Julgadora está em consonância com o entendimento da Suprema Corte em regime de recursos seriais, razão pela qual o apelo extremo revelava-se mesmo inadmissível, a teor do art. 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, nada havendo que modificar, portanto, nesta sede.

Inexistente erro na subsunção do caso concreto à sistemática dos recursos repetitivos, fica mantida a decisão.

Por derradeiro, sem avistar intuito protelatório no manejo do presente recurso, deixa-se de infligir ao agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

Em face de tais razões, nega-se provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 1000740-84.2015.8.26.0431/50001, da Comarca de Pederneiras, em que é agravante MARCELO FRASCARELI QUEVEDO (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado BANCO BRADESCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48730)**

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 FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

LUIZ ANTONIO DE GODOY, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: AGRAVO INTERNO. CONTRATO BANCÁRIO CELEBRADO APÓS 31.3.2000, DATA DA PUBLICAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.963-17/2000. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. PACTUAÇÃO EXPRESSA. ADMISSIBILIDADE. PREVISÃO DE TAXA DE JUROS ANUAL SUPERIOR AO DUODÉCUPLO DA MENSAL. SUFICIÊNCIA (TEMAS 246 E 247). AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DESACERTO DA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STJ EM JULGAMENTO REPETITIVO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Marcelo Frascareli Quevedo contra decisão que, em embargos à execução de título extrajudicial, negou

seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou a orientação estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 973.827/RS, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Alega cerceamento de defesa, já que imprescindível a realização de perícia contábil para demonstrar que houve prática de capitalização mensal de juros. Aduz, ainda, ilegalidade na cobrança de juros compostos e a ocorrência de anatocismo.

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 presente recurso está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (distinguishing). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e o paradigma apontado na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 973.827/RS, sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, desde que expressamente pactuada, acrescentando que a previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal já permite a cobrança da taxa efetiva anual contratada. Confira-se a fls. 231/232.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 165/169) está em perfeita sintonia com a orientação superior, ao concluir pela possibilidade da capitalização de juros em contrato firmado posteriormente à Medida Provisória nº 1.963-17/2000, desde que expressamente pactuada e, para tal finalidade, é suficiente a previsão de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal.

Ressaltou a douta Turma Julgadora: *"tal prática está autorizada, visto que foi expressamente contratada (cf. cláusula 5 a fls. 69 – 'Periodicidade Capitalização: DIÁRIA.'). Além disso, como se já não bastasse, o fato da taxa anual de juros atingir montante superior ao duodécuplo da taxa mensal (taxa de juros mensal: 1,9997199% e taxa de juros anual: 26,82%, cf. itens 3.1 e 3.2*

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

a fls. 69) revela, por si só, expressa pactuação." (cf. fls. 168).

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2251362-33.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados LUIS AMAURI CARATIN, VLADIMIR CARATIN, ALBINA ROCCO CARATIN, VELUCIA MARIA VIOLANTE, VERÔNICA MARIA GONÇALVES, SEBASTIÃO LUCIANO DOS SANTOS, HILDELIZ COLLOCA MARINO, VERALIZ COLLOCA MARINO DONATELLI, ANGELINA DI RENZO MIRANDA, JOSEFINA DI RENZO DUARTE, GIOVANA DI RENZO, SALVADOR DI RENZO, MARIA DI RENZO SOUZA, PAULO ORTOLAN FILHO, EDSON ORTOLAN, DJANIRA ORTOLAN FORTI, MAURICIO APARECIDO DE OLIVEIRA, KATIA PETZ e ROBERTA LIRUSSI PETZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 56183)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA) (Presidente), FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 6 de fevereiro de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA PELO JUIZ DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO/SP (AÇÃO COLETIVA Nº 0403263-60-1993.8.26.0053). FORO COMPETENTE. RECONHECIMENTO AO BENEFICIÁRIO DO DIREITO DE AJUIZAR O CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DA SENTENÇA

COLETIVA NO JUÍZO DE SEU DOMICÍLIO (TEMA 480). NECESSIDADE DE PRÉVIA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. REQUISITO ATENDIDO (TEMA 482). LEGITIMIDADE ATIVA DOS POUPADORES E DE SEUS SUCESSORES, INDEPENDENTEMENTE DE FAZEREM PARTE DOS QUADROS ASSOCIATIVOS DO IDEC (TEMA 724). JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DO DEVEDOR NA FASE DE CONHECIMENTO (TEMA 685). JUROS REMUNERATÓRIOS E EXPURGOS INFLACIONÁRIOS POSTERIORES A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA DO DÉBITO. INCIDÊNCIA (TEMA 887). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM O RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.186/RS (TEMAS 407 A 410). RAZÕES RECURSAIS, NO MAIS, IMPERTINENTES NESTA VIA RECURSAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.243.887/PR, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP, 1.391.198/RS, 1.247.150/PR e 1.392.245/DF, 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) imprescindibilidade de prévia liquidação de sentença; (c) necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC; (d) necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; (e) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios e de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito; (f) impossibilidade de fixação dos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença; (g) a necessidade de suspensão do feito até o julgamento final dos Recursos Extraordinários nºs 885.658/SP e 573.232/SC e do Recurso Especial nº 1.438.263/SP; e (h) necessidade de trânsito em julgado nos Recursos Especiais nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP.

Não houve apresentação de contraminuta, tampouco oposição ao

Acesso ao Sumário

julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (distinguishing). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.243.887/PR sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva podem ser ajuizadas no foro do domicílio do beneficiário, pois os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido (tema 480).

Ao julgar o Recurso Especial nº 1.247.150/PR, o STJ fixou a seguinte tese repetitiva: *"1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: (...) 1.2. A sentença genérica prolatada no âmbito da ação civil coletiva, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de 'quantia certa ou já fixada em liquidação' (art. 475-J do CPC), porquanto, 'em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica', apenas 'fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados' (art. 95 do CDC). A condenação, pois, não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, não sendo aplicável a reprimenda prevista no art. 475-J do CPC"* (tema 482).

Acesso ao Sumário

A propósito da legitimidade ativa, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na condição de Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, encaminhou ofício às Cortes do país em outubro de 2017, com a informação de que os temas 947 (REsp nº 1.361.799/SP) e 948 (REsp nº 1.438.263/SP) não foram afetados ao regime dos recursos repetitivos, tendo sido orientada a aplicação da tese estabelecida no Recurso Especial Repetitivo nº 1.391.198/RS (tema 724) *"aos processos que discutem a tese da legitimidade ativa de não associado para liquidação/execução de sentença coletiva"*, do que é possível extrair que a Corte não exige que os poupadores ou seus sucessores façam parte

dos quadros associativos do IDEC no presente cumprimento individual da sentença coletiva.

Além do mais, julgados os Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, a mesma Corte determinou que os juros de mora devem incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685).

No que diz respeito aos expurgos inflacionários, o STJ, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu as seguintes teses: *"Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente"* (tema 887).

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. 166/173.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 89/104), está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) competência do juiz de Primeira Instância; (b) observância da necessidade de liquidação em razão das peculiaridades do caso concreto; (c) desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação; (d) fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública; (e) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença, e aplicação da Tabela Prática do TJSP para atualização monetária do débito exequendo; e (f) incidência dos honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, porque a Turma Julgadora entendeu que o depósito havido nos autos não configurou pagamento do débito no prazo assinalado.

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 orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que é desnecessário aguardar-se o trânsito em julgado de decisão proferida em matéria repetitiva e repercussão geral para sua aplicação"* (Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.607.907/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 10.4.2018).

De resto, em relação à aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP, não foi interposto o devido recurso extraordinário, sendo inviável a revisão da decisão por esta Câmara Especial de Presidentes, a teor do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017, e do art. 1.042 do CPC. E não se aplica a suspensão dos processos determinada no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento de 27.9.2017, desafetou do regime dos recursos repetitivos os Recursos Especiais nºs 1.361.799/SP e 1.438.263/SP (temas 947 e 948).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2070858-03.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravada ELAINE SCHULZ DA COSTA MAZZO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno, na parte conhecida. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 53769)**

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 fevereiro de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

JULGADA PELO JUIZ DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO/SP (AÇÃO COLETIVA Nº 0403263-60-1993.8.26.0053). FORO COMPETENTE. RECONHECIMENTO AO BENEFICIÁRIO DO DIREITO DE AJUIZAR O CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DA SENTENÇA COLETIVA NO JUÍZO DE SEU DOMICÍLIO (TEMA 480). NECESSIDADE DE PRÉVIA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. REQUISITO ATENDIDO (TEMA 482). LEGITIMIDADE ATIVA DOS POUPADORES E DE SEUS SUCESSORES, INDEPENDENTEMENTE DE FAZEREM PARTE DOS QUADROS ASSOCIATIVOS DO IDEC (TEMA 724). JUROS REMUNERATÓRIOS E EXPURGOS INFLACIONÁRIOS POSTERIORES A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA DO DÉBITO. INCIDÊNCIA (TEMA 887). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM O RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.186/RS (TEMAS 407 A 410). RAZÕES RECURSAIS, NO MAIS, IMPERTINENTES NESTA VIA RECURSAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.243.887/PR, 1.247.150/PR, 1.391.198/RS, 1.392.245/DF e 1.134.186/RS, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) incompetência do foro do domicílio da poupadora para o trâmite do cumprimento individual da sentença coletiva; (b) imprescindibilidade de prévia liquidação de sentença; (c) necessidade de demonstração pela poupadora do vínculo associativo com o IDEC; (d) necessidade de aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP e da suspensão do processo conforme determinado no Recurso Especial nº 1.438.263/SP; (e) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios e de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito; e (f) impossibilidade de fixação dos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

Não houve oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo 1º da

Acesso ao Sumário

Resolução nº 549/2011 desta Corte, com a redação dada pela Resolução nº 772/2017.

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (distinguishing). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.243.887/PR sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva podem ser ajuizadas no foro do domicílio do beneficiário, pois os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido (tema 480).

Ao julgar o Recurso Especial nº 1.247.150/PR, o STJ fixou a seguinte tese repetitiva: *"1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: (...) 1.2. A sentença genérica prolatada no âmbito da ação civil coletiva, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de 'quantia certa ou já fixada em liquidação' (art. 475-J do CPC), porquanto, 'em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica', apenas 'fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados' (art. 95 do CDC). A condenação, pois, não se reveste de liquidez necessária ao cumprimento espontâneo do comando sentencial, não sendo aplicável a reprimenda prevista no art. 475-J do CPC"* (tema 482).

Acesso ao Sumário

A propósito da legitimidade ativa, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na condição de Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, encaminhou ofício às Cortes do país em outubro de 2017, com a informação de que os temas 947 (REsp nº 1.361.799/SP) e 948 (REsp nº 1.438.263/SP) não foram afetados ao regime dos recursos repetitivos, tendo sido orientada a aplicação da tese estabelecida no Recurso Especial Repetitivo nº 1.391.198/RS (tema 724) *"aos processos que discutem a tese da legitimidade ativa de não associado para liquidação/execução de sentença coletiva"*, do que é possível extrair que a Corte não exige que os poupadores ou seus sucessores façam parte

dos quadros associativos do IDEC no presente cumprimento individual da sentença coletiva.

No que diz respeito aos expurgos inflacionários, o STJ, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu as seguintes teses: *"Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente"* (tema 887).

E, julgado o Recurso Especial nº 1.134.186/RS, o Superior Tribunal de Justiça fixou as seguintes teses, sob o regime dos recursos repetitivos: *"1.1 São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com baixa dos autos e aposição do 'cumpra-se' (REsp. nº 940.274/MS); 1.2 Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença; 1.3 Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no artigo 85, § 8º, do CPC"* (temas 407 a 410). Confira-se a fls. 272/278.

Neste contexto, os acórdãos recorridos (fls. 122/126 e 261/266) estão em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluírem pela: (a) competência do juiz de Primeira Instância; (b) observância da necessidade de liquidação em razão das peculiaridades do caso concreto; (c) desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação; (d) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença, e aplicação da Tabela Prática do TJSP para atualização monetária do débito exequendo; e (e) incidência dos honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, porque a Turma Julgadora entendeu que o depósito havido nos autos não configurou pagamento do débito no prazo assinalado.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, em relação à aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP, é inviável a revisão da decisão por esta Câmara Especial de Presidentes em agravo interno em recurso especial, a teor do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017, e do art. 1.042 do CPC. E não se aplica a suspensão dos processos determinada no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, uma vez que

Acesso ao Sumário

o Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento de 27.9.2017, desafetou do regime dos recursos repetitivos os Recursos Especiais nºs 1.361.799/SP e 1.438.263/SP (temas 947 e 948).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0080300-37.2016.8.26.0050/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SANDRO LUIZ GAGLIARDI JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.396)**

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, 18 de fevereiro de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. RECURSO REPETITIVO COM JULGAMENTO DEFINITIVO DO MÉRITO. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Pena. Fixação aquém do mínimo. Segunda fase. Circunstâncias atenuantes. Impossibilidade. Reconhecido o caráter multitudinário da matéria e julgamento definitivo do mérito dos recursos repetitivos. Hipóteses idênticas.

2. Agravo interno não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 411) que, com fundamento no Tema 190 do

Colendo Superior Tribunal de Justiça, negou seguimento ao recurso especial com base no artigo 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 428/434).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 445).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso especial, com fundamento no artigo 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil, que preceitua:

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

Desse modo, verificada a existência no recurso especial de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça nos termos da legislação mencionada, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na r. decisão de fls. 411, ora atacada.

Assim, o agravo interno interposto só mereceria acolhimento caso comprovada a divergência entre as decisões. Não é, contudo, o que se observa no presente caso.

A Defesa do agravante aludiu às fls. 385/388 que:

[...]

3) – Provimento:

3. a) Interpretação não razoável – Negativa de vigência aos artigos 59, 61, 65 e 68, todos do CP (Artigo 105, III, 'a' da Constituição Federal):

A matéria foi debatida pela 6ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, malgrado interpretação não razoável dada por esse venerando Decisório, ***que desconsiderou a negativa de vigência apontada****.*

Entendimento contrário, com esteio na Súmula 7 desta colenda Corte, obstaculiza o acesso à Instância federal, além de inocuizar os recursos nobres.

A alegação do Magistrado ao não fixar a pena abaixo do mínimo legal

prende-se na súmula 231 do STJ.

Como é sabido, o magistrado, quando da fixação da pena ao denunciado, deverá utilizar-se do método trifásico de aplicação da pena, que encontra-se disposto no artigo 68, caput, do Código Penal, asseverando que a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 mencionado Código e, em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes e, assim, por último, as causas de diminuição e de aumento de pena.

Logo, na primeira etapa da dosimetria, o magistrado fixará a pena-base, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, conforme redação do artigo 59 do Código Penal.

Posteriormente, o magistrado deverá averiguar a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes (artigos 61 e 65 do Código Penal), cujo patamar não poderá exceder os limites máximos e mínimos previstos em Lei para o crime em concreto, conforme entendimento dominante.

Em uma terceira e derradeira etapa da dosimetria da pena, o juiz analisará a incidência de circunstâncias agravantes e atenuantes, sendo que, nesta etapa, a pena poderá ser fixada além ou aquém dos limites dispostos na Lei para o tipo penal.

Pois bem. De acordo com o teor da Súmula 231 do STJ, o magistrado não poderia diminuir a pena abaixo do mínimo legal, em primeira e segunda fase da fixação da pena, haja vista que, segundo os defensores de sua constitucionalidade, tal fato constituiria violação aos princípios da reserva legal e da pena determinada, ambos previstos na Constituição Federal, artigo 5º, inc. XXXIX e art. 5º, inc. XLVI, respectivamente.

Isto significa que, a pena só pode existir em virtude de cominação legal, não existindo discricionariedade ao magistrado para ultrapassar para mais ou para menos os limites impostos pelo legislador, salvo no caso em que houver expressa permissão do próprio legislador, ou seja, nas causas de aumento e diminuição de pena.

Como também é sabido, o magistrado deverá observar critérios pessoais do denunciado, quando da fixação, o que chamamos de individualização da pena.

Tal princípio se revela como uma verdadeira garantia humana fundamental, vez que cada condenado possui o direito de receber uma pena justa, individualizada, proporcional ao ato ilícito praticado. (SCHIMITT, 2012, p. 101), e decorre do princípio da isonomia, haja vista a propagação da ideia de que se deve tratar os iguais, de forma igual, e os diferentes de forma diferenciada, na medida de suas desigualdades.

O Princípio da individualização da pena prega que a pena é personalíssima

e proporcional ao delito praticado, cuja previsão encontra amparo na Constituição Federal que em seu art. 5º, XLVI, dispõe que: A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos (...).

[...]

Desta forma, se partirmos do pressuposto de que toda pena deverá ser analisada individualmente, conseguiremos chegar a conclusão de que a aplicação da Súmula 231 do STJ, que, muito embora esteja em vigor há mais de quinze anos, não acompanhou a evolução da sociedade e o constitucionalismo ocorrido no decorrer dos anos, que elevou a Constituição Federal como a base de todo o ordenamento jurídico, pois fere o princípio da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, além de outros princípios.

Já o v. acórdão de fls. 358/368, registrou que:

[...]

Fixo a pena-base no patamar mínimo legal, em 4 anos de reclusão, e pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, com fulcro nos elementos norteadores do art. 59, do Código Penal.

Conquanto o acusado seja pessoa de condição financeira abastada, entendo que esse argumento utilizado pela d. magistrada sentenciante para majorar a pena-base, optando pela aplicação da teoria da coculpabilidade às avessas, não é motivo suficiente para a exasperação da pena-base.

O acusado é primário e portador de bons antecedentes. Não agiu com extrema violência na prática do roubo. Utilizou-se de um simulacro de arma de fogo, sequer apontando-o na direção do ofendido.

Cerca de dois dias após os fatos, sua família dirigiu-se ao açougue pertencente à vítima, ressarcindo-a pelo dano patrimonial causado por SANDRO.

Infelizmente, o acusado realmente não soube gozar das boas oportunidades que a vida lhe proporcionou. Poderia ter tido um futuro brilhante, mas optou pelo caminho das drogas e acabou sucumbindo à criminalidade.

O fato de sempre ter gozado de uma boa vida não é motivo apto a ensejar a exasperação de sua pena-base.

Isso porque, a contrário senso, acolhendo-se a teoria da coculpabilidade, as sanções impostas aos criminosos que possuem uma condição financeira inferior deveriam ser sempre diminuídas ou fixadas abaixo do mínimo.

Entretanto, apesar do inegável brilhantismo do raciocínio de Eugênio Raul Zaffaroni, a mencionada teoria não encontra acolhida em nosso ordenamento jurídico e sua aplicação como atenuante genérica tem sido

Acesso ao Sumário

majoritariamente repelida pela jurisprudência pátria.

Assim, como as circunstâncias judiciais são favoráveis, mantenho a pena-base no patamar mínimo legal.

Na segunda fase, a atenuante da confissão espontânea não pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231, do STJ.

Torno a reprimenda definitiva no patamar acima, à míngua de outras circunstâncias modificadoras.

Tal r. decisão está em conformidade com o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, manifestado nos Recursos Especiais Repetitivos nº 1.117.073/PR e nº 1.117.068/PR, como mencionado, no sentido de que não é possível fixar a pena aquém do mínimo legal na segunda fase em razão de circunstâncias atenuantes.

Dessa forma, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000736-33.2016.8.26.0586, da Comarca de São Roque, em que é apelante MARIA APARECIDA BICK, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE SÃO ROQUE.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram prejudicada a dúvida e não conheceram do recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.662)**

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, 24 de janeiro de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada procedente para manter a recusa do registro – Compra e venda da metade ideal de imóvel realizada em favor dos coproprietários da outra metade – Concordância da apresentante com a exigência de apresentação de declaração do INCRA, com prova de quitação do ITR – Irresignação parcial – Dúvida prejudicada – Recurso não conhecido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Maria Aparecida Bick contra r. sentença que julgou a dúvida procedente e manteve a recusa do registro de escritura de compra e venda da metade ideal do imóvel objeto da transcrição nº 20.202 do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de São Roque.

A apelante alegou, em suma, que o imóvel é de copropriedade de dois

Jurisprudência - CSM

irmãos, e seus respectivos cônjuges, que o adquiriram quando situado em zona rural. Afirmou que a venda foi realizada em favor de um dos coproprietários e que a escritura de compra e venda reproduz a descrição do imóvel contida em sua transcrição, o que torna desnecessária a retificação para alterar a descrição da área. Indicou os números das identidades e CPFs dos coproprietários do imóvel, que obteve em documentos cujas cópias juntou aos autos, com responsabilização, por seu Advogado, de que as cópias simples correspondem aos originais. Esclareceu que foi apresentada certidão da inscrição do imóvel no Cadastro Fiscal do Município de Araçariguama, comprovando que, atualmente, está localizado em zona urbana. Aduziu que não é possível a adequação da escritura pública lavrada no ano de 1982 ao previsto no Provimento nº 58/89 da Corregedoria Geral da Justiça, que diz respeito à indicação do estado civil das partes do negócio jurídico, por ser a referida escritura anterior ao provimento e em razão do posterior falecimento dos vendedores. Por fim, concordou com as exigências de comprovação do cancelamento da inscrição do imóvel no INCRA e de comprovação da quitação do imposto sobre propriedade rural, o que será providenciado.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 225/229).

É o relatório.

A certidão de fls. 41 demonstra que o imóvel objeto da transcrição nº 20.202 do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de São Roque é de propriedade de José Antonio de Souza Donnabella e sua esposa Anna Emília Moreira de Souza Donnabella, na proporção de metade ideal, e da apelante Maria Aparecida Bick (que tinha o nome de solteira Maria Aparecida de Souza Donnabella), casada com Léo Feinik Bick.

Foi apresentada para registro a escritura pública de fls. 201/203, em que Léo Feinik Bick, casado com Maria Aparecida Bick pelo regime comum anterior à Lei nº 6.515/77, ou seja, pelo regime da comunhão universal de bens, comprou a metade ideal do imóvel pertencente a José Antonio de Souza Donnabella e Ana Emília Moreira de Souza Donnabella.

Acesso ao Sumário

No recurso apresentado, a apelante concordou com a exigência de comprovação do cancelamento da inscrição do imóvel no INCRA e de comprovação da quitação do imposto sobre propriedade rural (fls. 37 e 194), o que caracteriza impugnação parcial que impede a análise das demais exigências formuladas.

O procedimento de dúvida é reservado à análise da discordância da apresentante com os motivos que levaram à recusa do registro do título. De seu julgamento, decorrerá a manutenção da recusa, com cancelamento da prenotação, ou a improcedência da dúvida que terá como consequência a

realização do registro (art. 203, II, da Lei nº 6.015/73).

Em razão disso, a impugnação parcial das exigências formuladas, com anuência em relação a uma delas, prejudica o exame da dúvida porque permanece óbice que impede o ingresso do título no registro imobiliário.

Portanto, a anuência com uma das exigências apontadas para o ingresso do título no fólio real atribui ao procedimento de dúvida natureza consultiva, ou meramente doutrinária, pois o novo exame de admissibilidade para o futuro registro poderá ser influenciado por eventuais fatos novos, mesmo se o título for reapresentado com atendimento da exigência impugnada.

Por esses motivos este Col. Conselho Superior da Magistratura já decidiu:

"No mais, ao contrário do sustentado pelo recorrente, não cabe aqui ao Judiciário se pronunciar acerca da solução cabível para o caso concreto, não se tratando de órgão consultivo, como bem ressaltado pela nobre representante do *parquet*" (CSM, Processo n° 000.608.6/7-00, Rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, j. 21/12/2006).

E por estar a dúvida prejudicada não é possível o conhecimento do recurso.

Ante o exposto, julgo prejudicada a dúvida e não conheço do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005782-64.2017.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante INTERLIGAÇAO ELÉTRICA DO MADEIRA S/A, é apelado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE ARARAQUARA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.671)**

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, 24 de janeiro de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida Inversa – Carta de sentença – Servidão administrativa – Princípio da especialidade – Impossibilidade de identificar a servidão dentro da área dos imóveis atingidos, em razão da descrição deficiente – Dúvida improcedente – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por INTERLIGAÇÃO ELÉTRICA DO MADEIRA S.A. contra r. sentença de fl. 252/256 que, no julgamento de dúvida inversa, manteve a negativa de registro de carta de sentença de servidão administrativa, acolhendo as razões trazidas pelo Sr. Oficial do 2º Registro de Imóveis e Anexos de Araraquara quanto à necessidade de prévia retificação das matrículas atingidas pela servidão.

A apelante sustenta que o georreferenciamento, conforme §§ 3º e 4º art. 176 da Lei nº 6.015/1973, somente é obrigatório em caso de transferência de titularidade e quando há alteração dos limites do imóvel, o que não é o caso da servidão administrativa.

Ademais, seria impossível a obtenção das assinaturas do proprietário nos mapas e memoriais, bem como assinatura dos confrontantes, já que se trata de servidão constituída judicialmente.

A D. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 293/295).

Decisão de fl. 297, para regularização da peça recursal, o que foi feito às fls. 301/310.

É o relatório.

Presentes pressupostos legais e administrativos, conheço do recurso.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Acesso ao Sumário

A recorrente é concessionária de serviço público de transmissão de energia elétrica e lhe coube a construção, operação e manutenção do empreendimento elétrico denominado de Linha de Transmissão Coletora Porto Velho Araraquara 2, cujo traçado passou pelos Estados de Rondônia, Mato Grosso, Goiás, Minas Gerais e São Paulo.

Não evoluindo as tentativas de formalização da faixa de servidão pela via administrativa, a recorrente, na forma do Decreto-Lei nº 3.365/41, obteve sentença judicial favorável para a constituição de servidão administrativa nas áreas das matrículas nº 3.296 e 9.297 da referida serventia imobiliária (autos nº 0007918-61.2011.8.26.0037), com expedição da judiciosa carta de sentença.

O título, contudo, obteve qualificação negativa perante o 2º Oficial de Registro de Imóveis de Araraquara.

Como é sabido, os títulos judiciais também não escapam ao crivo da qualificação registral, de modo que o registrador, longe de questionar o conteúdo da decisão e tampouco o seu mérito, deverá examinar se estão atendidos os princípios registrais pertinentes ao caso, para seu perfeito ingresso no fólio real.

Trata-se, assim, de análise formal, restrita aos requisitos extrínsecos do título.

E, de fato, não seria possível o ingresso do título, à míngua de descrição suficiente da área e dos limites dos imóveis, sem a indicação de marcos seguros que permitam identificar a sua correta base geodésica, sob pena de ofensa ao princípio da especialidade objetiva.

A servidão administrativa proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a proprietário diverso, com força de limitação administrativa. Uma vez registrada, grava o direito real em favor de seu titular, no caso, a Administração Pública ou suas concessionárias.

E não se pode admitir a constituição de um direito real sem a necessária certeza sobre a amarração da área objeto da servidão à base territorial sobre a qual está sendo implantada.

É verdade que as servidões administrativas não têm natureza similar à da desapropriação, como modo de aquisição de domínio; entretanto, de outro enfoque, traduzem gravame e limitam o exercício da propriedade, com natureza pública, instituído sobre imóvel alheio[1].

Não se pode falar em mitigação da especialidade objetiva para atos de registro constitutivo de um novo direito real, sob pena de ofensa a todos os princípios de segurança jurídica e publicidade afetos ao serviço de registro imobiliário.

Decisão anterior proferida por outro Juízo então responsável pela Corregedoria Permanente, ou mesmo a existência de outra nota devolutiva com exigência não feita anteriormente não obstam a nova análise feita pela r. sentença recorrida, especialmente face à inexistência de coisa julgada administrativa nesta hipótese.

A questão não é nova; são diversos os precedentes deste Eg. Conselho Superior da Magistratura sobre essa exata matéria, no sentido de que o registro da servidão administrativa se submete a todos os princípios informadores dos registros públicos, não sendo cabível seu deferimento na hipótese: CSM APC nº 1005785-19.2017.8.26.0037; CSM APC nº 1005784-34.2017.8.26.0037; CSM APC nº 1005788-71.2017.8.26.0037; CSM APC nº 1005783-49.2017.8.26.0037; CSM APC nº 1005787-86.2017.8.26.0037.

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 145.

Acesso ao Sumário

Ademais, não há óbice que impossibilite, de forma absoluta, que a apelante promova a retificação das matrículas, na condição de interessada no registro da servidão, uma vez que, na impossibilidade de assinatura de titulares de domínio ou confrontantes, serão feitas as regulares notificações, na forma do art. 213 e parágrafos da Lei nº 6.015/73.

Por essas razões, a confirmação da r. sentença é medida que se impõe.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1046099-39.2017.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes OLINDA MARIA GOMES DA COSTA BRITO EUSÉBIO (REPRESENTADA POR TERCEIRO(A)) e JOSÉ FRANCISCO BRITO EUSÉBIO (REPRESENTADO POR TERCEIRO(A)), é apelado 2º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.674)**

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, 24 de janeiro de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – ADITAMENTO A CONTRATO PARTICULAR. NECESSIDADE DA APRESENTAÇÃO DA TOTALIDADE DOS INSTRUMENTOS CONTRATUAIS POR FORMAREM UM ÚNICO NEGÓCIO JURÍDICO. NÃO SUBSTITUIÇÃO DO CONTRATO PRELIMINAR POR OUTRO ANTE

A DIVERSIDADE DE PARTES. ESPECIALIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DA DESCRIÇÃO DO IMÓVEL NO TÍTULO CONFORME OS REGISTROS EXISTENTES. BLOQUEIO JUDICIAL QUE NÃO PERMITE O INGRESSO DE CONTRATO SEM EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DA NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS SOB ALEGAÇAO DE SUA RETENÇÃO POR TERCEIROS – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Olinda Maria Gomes da Costa Brito Eusébio e José Francisco Brito Eusébio contra r. sentença que julgou procedente a dúvida e manteve a recusa do registro de aditamento de contrato de compromisso de compra e venda em razão da não apresentação do contrato principal.

A apelante sustenta a regularidade do título e o consequente descabimento das exigências concernentes à retificação do título, não incidência do bloqueio pelo fato do ingresso do título não prejudicar terceiros e a impossibilidade de apresentar CCIR, e recibo de entrega do ITR, DIAC e DIAT por se encontrar em poder de terceiros (fls. 132/138).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 157/160).

É o relatório.

O instrumento particular apresentado a registo é o segundo aditamento de um contrato de compromisso de compra e venda, portanto, o negócio jurídico é composto pelo conjunto dos instrumentos de manifestação de vontade, daí a necessidade do protocolo do original da totalidade dos instrumentos contratuais, não bastando o último e tampouco cópia dos anteriores (LRP, artigo 221).

Igualmente é pertinente a exigência de reconhecimento de firma nos instrumentos particulares na forma do artigo 221, inciso II, da Lei 6.015/73. Não é possível a autenticação das assinaturas por meio de considerações e documentos diversos do título apresentado para registro.

O contrato celebrado em forma pública (fls. 21/26) foi realizado com outorgante comprador diverso, sabidamente a pessoa jurídica não se confunde com os sócios ante a diversidade de personalidades jurídicas, destarte, não pode ser considerado contrato principal. Além disso, as referências dos aditamentos são a contrato diverso.

As áreas registradas em comparação com o conteúdo dos instrumentos

Acesso ao Sumário

particulares não permite conclusão de se cuidar, exatamente, da mesma área em razão dos desmembramentos havidos e descrições incompatíveis existente, competindo, assim, a retificação do título.

O bloqueio judicial do imóvel matriculado sob o n.º 72.276 impede o ingresso do título, eventual, autorização a tanto deve ser emanada pelo Juízo que o determinou.

A matrícula exigida para dispensa da exigência n. 03 é da totalidade do imóvel, a matrícula n.º 72.276 abarca apenas parcela do bem alienado.

A documentação referente ao CCIR, recibo de entrega do ITR, DIAC e DIAT tem de ser apresentada pelos apelantes, não sendo cabível a oposição de terceiros a sua obtenção, bem como que a providência seja realizada pelo Oficial do Registro de Imóveis.

Igualmente cabível a averbação do estado civil dos promitentes vendedores para consecução do princípio da especialidade subjetiva.

Nestes termos, ausente o cumprimento das exigências, competia qualificação negativa do título apresentado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1008510-86.2017.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante ALMIRO RODRIGUES DE SOUZA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE BRAGANÇA PAULISTA.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão. **(Voto nº 37.678)**

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, 7 de fevereiro de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO CIVIL DE PESSOA JURÍDICA – NÚCLEO DAS EXPRESSÕES LINGUÍSTICAS DE DENOMINAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA SEMELHANTE À DE OUTRA PESSOA JURÍDICA ANTERIORMENTE REGISTRADA. PESSOAS JURÍDICAS COM OBJETO SOCIAL SEMELHANTE. POSSIBILIDADE DE CONFUSÃO E INCERTEZAS NO MEIO SOCIAL ACASO EFETUADO O REGISTRO. A DIFERENÇA DE ESTRUTURA JURÍDICA (ORGANIZAÇÃO RELIGIOSA E ASSOCIAÇÃO) INSUFICIENTE PARA DIFERENCIAÇÃO. QUALIFICAÇÃO REGISTRAL NEGATIVA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Almiro Rodrigues de Souza contra a r. sentença de fls. 108/109, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial de Registros de Imóveis e anexos da Comarca de Bragança Paulista mantendo a recusa do registro de pessoa jurídica em razão da semelhança com a denominação de outra pessoa jurídica anteriormente registrada.

Sustenta o recorrente a ausência de semelhança, correção do sistema de prestação de contas e erro material na numeração dos artigos do estatuto social (fls. 118/221).

A D. Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 249/253).

É o relatório.

Inicialmente observo que a recusa de registro, neste expediente, não tratou de questões atinentes à prestação de contas, bem como, não há dissenso quanto ao erro material na indicação dos números dos artigos do estatuto social.

Desse modo, como mencionou o i. sentenciante, o ponto a ser examinado é ocorrência de semelhança da denominação com a de outra pessoa jurídica anteriormente registrada, impedindo o registro pretendido.

Essas questões foram objeto de apreciação pelo MM. Juiz Corregedor Permanente, donde não se cogita de nulidade da r. sentença por ausência de fundamentação.

A denominação da pessoa jurídica cujo registro é pretendido é "Igreja Evangélica Pentecostal Jesus é Esperança – Ministério em Bragança Paulista – SP" (a fls. 35), a denominação da pessoa jurídica anteriormente registrada é "Associação Igreja Pentecostal 'Jesus é a Esperança'" (a fls. 55).

Acesso ao Sumário

Apesar das denominações não serem absolutamente coincidentes, os núcleos daquelas são, ou seja: "(...) Igreja (...) Pentecostal Jesus é Esperança (...)". Além disso, ambas têm finalidades religiosas solidárias.

Essa proximidade permite confusão entre as pessoas jurídicas, sendo certo que os elementos diversos das denominações não possibilitam a diferenciação por envolverem objeto social religioso e mesma localidade.

O fato da estrutura jurídica da recorrente ser organização religiosa e da empresa registrada ser associação, na forma do artigo 44 do Código Civil, são insuficientes para rejeitar a qualificação registral negativa.

Isso porque a finalidade da vedação é impedir dúvidas da parte das pessoas que tiverem contato com a pessoa jurídica em sentido amplo, bem como, a comunidade em geral; assim, a mera diversidade de espécie legal não tem aptidão para a diferenciação das pessoas jurídicas em questão.

Nessa perspectiva, o item 3 do Capítulo XVIII das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, trata as pessoas jurídicas como gênero ao estabelecer:

> *3. É vedado, na mesma Comarca, o registro de pessoas jurídicas com nome empresarial (denominação social ou razão social) ou denominação idêntica ou semelhante a outra já existente, que possa ocasionar dúvida aos usuários do serviço.*

Por todo o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000459-49.2017.8.26.0176, da Comarca de Embu das Artes, em que é apelante ABSOLUTE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA., é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE EMBU DAS ARTES.

ACORDAM, em Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação para julgar a dúvida improcedente, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.687)**

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

Acesso ao Sumário

DIREITO PRIVADO) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: Registro de Imóveis – Escritura pública de dação em pagamento – Qualificação negativa – Questionamento a respeito da base de cálculo utilizada para recolhimento do imposto sobre transmissão de bens imóveis – ITBI – Análise pelo oficial registrador, na matéria concernente ao imposto de transmissão, que deve se ater ao seu recolhimento, sem alcançar o valor – Não configuração de flagrante irregularidade no recolhimento – Precedentes do C. Conselho Superior da Magistratura – Apelação provida para julgar a dúvida improcedente.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por *Absolute Serviços Terceirizados Ltda.* contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Embu das Artes, que julgou procedente a dúvida registrária e manteve o óbice imposto pelo registrador referente à exigência de recolhimento da diferença devida a título de ITBI[1]. Alega a apelante, em síntese, que os atos precedentes não guardam relação com o negócio jurídico consubstanciado na escritura pública de dação em pagamento levada a registro, em que as partes fixaram o valor do crédito em conformidade ao valor da avaliação do bem, isto é, em R$ 200.000,00. Afirma que foi apresentado o comprovante de pagamento de ITBI, calculado segundo o valor de avaliação do imóvel, do crédito e da dação. Discorda do cálculo do imposto com base no valor da dívida, ou seja, R$ 12.708.924,77, pois a lei municipal define como base de cálculo do ITBI o valor do bem ou dos direitos constantes do instrumento de transmissão, observado como mínimo o valor venal utilizado como base de cálculo do IPTU[2].

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento da apelação[3].

É o relatório.

O dissenso versa sobre a possibilidade de registro da Escritura Pública de Dação em Pagamento, lavrada em 01 de setembro de 2011, tendo por objeto

1 Fls. 77/78.
2 Fls. 80/84.
3 Fls. 105/109.

Acesso ao Sumário

o imóvel matriculado sob nº 894, dado em pagamento à apelante, pelo valor de R$ 200.000,00. Segundo consta da referida escritura, os outorgantes eram garantidores hipotecários de dívida existente em nome da empresa "Cotia Foods Indústria e Comércio Ltda.", no valor de R$ 12.500.000,00, sendo certo que referido crédito foi cedido à outorgada apelante pelo valor de R$ 7.000.000,00. Então, outorgantes e outorgadas concordaram em ajustar o valor da dívida em R$ 200.000,00, quitada mediante dação em pagamento do imóvel objeto da escritura[4].

O Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Embu das Artes desqualificou o título e exigiu o recolhimento da diferença do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI devido à Prefeitura Municipal, referente ao negócio jurídico celebrado, em montante a ser calculado com base no valor da dívida.

A exigência formulada pelo Oficial para registro do título, contudo, não se sustenta. Este C. Conselho Superior da Magistratura vem decidindo que ao registrador compete verificar tão somente o recolhimento dos tributos relativos aos atos cuja prática lhe é atribuída, pois não lhe cabe discutir o valor recolhido, matéria de interesse exclusivo da Fazenda Pública, a quem a lei reserva os meios próprios para haver do contribuinte diferenças de recolhimento de impostos que entenda devidas. Sobre o tema:

"Assentou-se orientação, neste Conselho Superior, no sentido de que o elastério conferido ao artigo 289 da Lei 6.015/73, e agora ao artigo 30, XI, da Lei 8.935, é o de que ao serventuário compete verificar tão só a ocorrência do pagamento do imposto relativo aos atos cuja prática lhe é acometida. Ou seja, no caso, em que se busca a prática de ato registrário, a qualificação do Oficial, na matéria concernente ao imposto de transmissão, não vai além da aferição sobre seu recolhimento, e não sobre a integralidade de seu valor. Com efeito, qualquer diferença de imposto deve ser reclamada pela Fazenda na esfera própria".[5]

Na mesma linha, foi decidido no julgamento da Apelação nº 0002604-73.2011.8.26.0025, em voto da lavra do então Excelentíssimo Corregedor Geral da Justiça, Desembargador José Renato Nalini, que:

> *"A falha apontada pelo Oficial envolve questão de questionamento no âmbito do direito material. Não foi atacada a regularidade formal do título nem mesmo a temporalidade do recolhimento ou o ato em si. Ao contrário, a exigência envolve exame substancial do montante do pagamento do imposto devido, que é atribuição dos órgãos fazendários competentes, sendo que seu questionamento mereceria a participação*

Acesso ao Sumário

4 Fls. 05/10.

5 *CSMSP – APELAÇÃO CÍVEL: 28.382-0/7. LOCALIDADE: São Paulo. DATA JULGAMENTO: 28/09/1995. DATA DJ: 07/12/1995. Relator: Antônio Carlos Alves Braga. No mesmo sentido: Apelação Cível n.º 22.679-0/9.*

da Fazenda Pública, principal Interessada. Ao Oficial cabe fiscalizar, sob pena de responsabilização pessoal, a existência da arrecadação do imposto previsto e a oportunidade em que foi efetuada. O montante, desde que não seja flagrantemente equivocado, extrapola a sua função. Neste sentido é o parecer da D. Procuradora de Justiça, citando precedente deste E. Conselho Superior da Magistratura (Apelação Cível 996-6/6, de 09/12/2008).”

Como se vê, extrapolou o registrador suas atribuições, pois não lhe cabe atuar como agente fiscal, exigindo a complementação do imposto pago.

Veja-se que, no caso concreto, as partes chegaram a um acordo a respeito do valor do débito e, então, mediante dação em pagamento do imóvel em questão, houve quitação da obrigação. Ora, tanto a dívida acordada e quitada, quanto o imóvel em si tem o valor de R$ 200.000,00, de forma que o montante pago a título de ITBI, tendo por base de cálculo esse mesmo valor, não se mostra irrisório.

Por conseguinte, não estando configurado flagrante equívoco no recolhimento do ITBI, há que ser afastado o óbice ao registro.

Nesses termos, pelo meu voto, **dou provimento** à apelação para julgar a dúvida improcedente.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

FERNANDO ANTONIO FERREIRA RODRIGUES (Desembargador)

Discurso proferido, como orador em nome do Tribunal de Justiça, na Solenidade de "Abertura do Ano Judiciário de 2019". (Cerimônia realizada em 06.02.2019).

Excelentíssimo senhor presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças;

Excelentíssimo governador do Estado de São Paulo, senhor João Doria;

Excelentíssimo Ministro Alexandre de Moraes, representando o Supremo Tribunal Federal, em nome de quem eu cumprimento as demais autoridades aqui já mencionadas.

Senhores servidores, senhoras e senhores.

De início, agradeço ao desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças a honrosa lembrança do meu nome para falar pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo nesta cerimônia de instalação do Ano Judiciário de 2019. Uma cerimônia simbólica porque o Tribunal, como já se ressaltou aqui, funciona ininterruptamente, através de seus plantões e através de suas Câmaras.

Juiz de carreira, há 43 anos na magistratura de São Paulo, em que ingressei no longínquo ano de 1975, vi este Tribunal de Justiça crescer e se desenvolver ao longo de todos estes anos. Quando aqui cheguei para assumir o cargo de Desembargador, em abril de 2002, éramos 133 desembargadores; hoje somos 360 e contamos com 85 juízes substitutos em segundo grau, no estado há mais de 2500 magistrados. Contamos ainda com, aproximadamente, 43 mil servidores em atividade.

Somos hoje, como se tem dito, reiteradamente, o maior Tribunal do país em volume de processos. De acordo com os dados do relatório "Justiça em Números 2017", produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, o número de ações demandadas no judiciário paulista corresponde a 25% do total de processos em andamento na justiça brasileira.

Tudo aqui se expressa em números grandiosos e, para vencer o volume de serviço, o Tribunal tem investido na capacitação de servidores e tecnologia digital, desenvolvendo, conforme consignado no SAJ Digital, um minucioso plano de trabalho desenhado no ano de 2011, que passou por três administrações, nas gestões dos desembargadores Ivan Sartori, José Renato Nalini e Paulo Dimas Mascaretti, e vem agora aprimorar na gestão do presidente Manoel de Queiroz

Acesso ao Sumário

Pereira Calças com resultados animadores.

As inovações tecnológicas apresentam um caminho sem volta e são de uma importância inegável para o aperfeiçoamento da máquina judiciária, mas não se pode olvidar que a melhoria do serviço judiciário, com uma adequação jurisdicional mais rápida e eficaz, que se nota a cada ano, é também e principalmente fruto do árduo trabalho e empenho de nossos juízes e juízas, com a participação dos nossos operosos servidores.

A Primeira Instância da Justiça paulista proferiu 4.024.756 sentenças no ano de 2018, com o que diminuiu em mais de 1 milhão o número de processos em andamento no Estado. Em dezembro de 2017, a Corte contava com 21.333.181 feitos. Um ano depois, o número caiu para 20.168.585. A informação consta do relatório do movimento judiciário elaborado pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo e publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 28/01/2019, com diversos outros dados estatísticos.

Durante o ano, ingressaram no Tribunal 5.071.036 novos processos, a maior parte deles nas áreas cível e de execução fiscal. No período também foram realizadas 863.535 audiências pelos juízes de primeira instância.

Também em 2018, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania do Estado consolidaram 104.035 acordos na fase pré-processual e 89.598 acordos na fase pós-processual. Em Juizados Cíveis foram celebrados 113.143 acordos, sendo 54.764 extrajudiciais comunicados ao juízo e 43.006 obtidos por conciliadores e 15.373 obtidos por juízes em audiência. No mesmo período foram realizadas 2.219 adoções e 3.582 sessões do Tribunal do Júri.

Em segunda instância foram julgados, no total, 987.589 recursos e ações originárias.

Não pretendo me alongar neste relato a respeito do número das decisões da Corte, pareceu-me oportuno, ainda que resumidamente, dar e conhecer ao jurisdicionado, ao menos uma parte do que se fez, no que concerne a processos entrados e julgados no Judiciário Paulista.

Muito se fez no ano de 2018 com o objetivo de acelerar os julgamentos, tanto na primeira instância como nos processos (originários e recursos) submetidos à apreciação do Tribunal, procurando-se dar cumprimento ao comando constitucional da razoável duração do processo, tudo isso sem prejuízo da qualidade que deve nortear as decisões do Poder Judiciário e do respeito às peculiaridades de cada Julgador, que também não podemos ignorar, na condução dos processos que lhe são afetos.

Para isso foi importante o apoio e a colaboração, que nunca faltaram, do Órgão Especial e do Conselho Superior da Magistratura, composto pelos Desembargadores Artur Marques da Silva Filho (Vice-Presidente); Geraldo Francisco Pinheiro Franco (Corregedor); José Carlos Xavier de Aquino

Acesso ao Sumário

(Decano); Getúlio Evaristo dos Santos Neto (Presidente da Seção de Direito Público); Gastão Toledo de Campos Mello Filho (Presidente da Seção de Direito Privado) e Fernando Antonio Torres Garcia (Presidente da Seção de Direito Criminal).

Essa harmonia que se tem destacado internamente, sem prejuízo da independência de cada um nos diversos julgamentos, representa fator de fortalecimento da instituição, cumprindo ademais destacar a fácil interlocução existente da parte do Presidente Manoel de Queiroz Pereira Calças na relação institucional com os demais poderes e a convivência sempre respeitosa dessa Corte com a nobre classe dos advogados e o Ministério Público, indispensáveis à administração da justiça.

Não é tarefa fácil, diante dos números superlativos que acabo de mencionar, que mostram bem o tamanho do Tribunal, mas nós, os juízes de São Paulo, temos plena consciência do dever a cumprir, atendendo aos apelos da sociedade por uma justiça mais rápida e efetiva. O Tribunal se organiza e se prepara para atender cada vez melhor as expectativas do cidadão, certo que ainda há muito por realizar e se realizará nesse ano de 2019 que está em seu início.

Nas palavras do escritor José de Alencar: "O sucesso nasce do querer, da determinação e persistência em se chegar a um objetivo. Mesmo não atingindo o alvo, quem busca e vence obstáculos, no mínimo fará coisa admiráveis".

Com essas palavras, senhor presidente, encerro aqui agradecendo a paciência de todos, desejando um Ano Judiciário de grandes realizações. Muito obrigado.

JOÃO DORIA (Governador do Estado de São Paulo)

Discurso proferido na Solenidade de "Abertura do Ano Judiciário de 2019". (Cerimônia realizada em 06.02.2019).

Acesso ao Sumário

Bom dia a todos e a todas.

Presidente Manoel Calças, em seu nome cumprimento todos desta mesa e todos que estão presentes.

Sinto-me aqui em casa, entre amigos, neste belíssimo Palácio da Justiça, que é um marco cultural histórico de São Paulo. Marco também, senhor presidente, por aquilo que ele produz na Justiça, no bom senso, no equilíbrio e na sua representatividade. São 145 anos de história do maior Tribunal de

Justiça do País, quiçá o maior Tribunal de Justiça do mundo, que o senhor tem o privilégio de presidir e comandar ao lado de seus colegas que aqui estão e que representam tão bem o senso de justiça.

Aprendi com meu pai, que foi advogado. Meu pai tomou a decisão de cursar Direito quando já tinha 56 anos de vida, retornando do exílio onde ficou durante 10 anos, depois do golpe militar de 1964. Meu pai resolveu cursar Direito tamanha a sua estima, tamanho o seu respeito pelo Direito e pela justiça. Imagine alguém, aos 56 anos, um homem realizado na vida, sofrido também por ela, iniciar o estudo do Direito. E se formou com muita honra e com enorme alegria, um bacharel, uma pessoa que na prática e teoria fazia o Direito. Eu aprendi com ele o valor da justiça: algo que eu, pessoalmente, considero intolerável é a injustiça. O ato, a prática da injustiça é algo que me fere profundamente. Isso vem da herança do meu pai e não apenas o sofrimento dele, mas do exercício da justiça, o bom senso de praticar a verdade, exercitar a verdade e defender a verdade - exatamente o que vocês fazem aqui no Tribunal.

Selecionei uma frase, para ser breve e objetivo, uma frase de Montesquieu, filósofo francês que idealizou o modelo dos Três Poderes, na forma do estado moderno, que vale a pena repeti-la aqui na abertura do Ano Judiciário. Disse Montesquieu: "Para se tornar verdadeiramente grande, é preciso estar ao lado das pessoas e não acima delas". A frase pode parecer simples, mas ela denota exatamente o senso de justiça, ter a capacidade de enxergar, vivenciar o contexto de tudo aquilo que está em torno de uma afirmativa, uma acusação, de um posicionamento e entender os valores humanos. A existência e interpretação da lei não devem colocar de lado o sentimento das pessoas e a verdade que deve sempre prevalecer. E é isso que faz o Tribunal de Justiça.

Quero destacar também a excelente notícia sobre os investimentos em tecnologia. Lembro-me do presidente Nalini ter comentado sobre os investimentos que estavam sendo feitos com vista à digitalização dos processos, tecnologia para permitir que juízes e desembargadores possam agilizar processos e utilizar a inovação a favor da Justiça. Parabéns, presidente, por essa boa iniciativa. Isto me entusiasma ainda mais, dadas também todas as outras iniciativas que o Tribunal vem fazendo, com vistas à modernização.

Contem com o governo do Estado em tudo aquilo que for necessário. Já temos tido uma relação muito próxima, muito estreita, baseada em todos os princípios de respeito e autonomia dos Poderes. Aliás, eu tenho a enorme honra de ter como secretário de Justiça um ex-presidente do Tribunal, doutor Paulo Dimas, que nesta função ganhou a minha admiração. Eu passei a admirá-lo quando ocupava exatamente a posição que hoje, você, Manoel, ocupa à frente do Tribunal. Trabalho com a sinceridade e com a verdade, o testemunho disso é a presença de um ex-presidente do Tribunal como nosso secretário de Justiça e Cidadania.

Acesso ao Sumário

A todos que aqui estão, um ótimo dia e continuem fazendo aquilo que emula os sentimentos de todos que aqui estão: Fazer justiça. Muito obrigado, bom dia, e que Deus nos abençoe. Obrigado.

CAIO AUGUSTO SILVA DOS SANTOS (Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo)

Discurso proferido na Solenidade de "Abertura do Ano Judiciário de 2019". (Cerimônia realizada em 06.02.2019).

(Cumprimentos às autoridades).

No ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil, professor Pereira Calças, não nos cansamos em registrar aquilo que entendemos como verdadeiro conceito de autoridade. Para nós, a autoridade é muito mais um estado de espírito do que uma insígnia que se ostenta no peito, porque a autoridade é respeitada por conta do seu comportamento e não por conta da arrogância da sua ordem. Esta cerimônia ladeada de autoridades de espírito nos permite fazer uma ponderação importante sobre o convívio harmônico de todos aqueles que são atores do sistema da justiça. Por isso, quero fazer o registro de que a Ordem dos Advogados do Brasil estará sempre à disposição de todos os poderes constituídos para empunharmos juntos a bandeira da defesa da cidadania, porque não há autoridade mais importante no Estado Democrático de Direito do que o cidadão.

O cidadão é a razão de ser de todos nós; é o fim último de todos aqueles que se predispõe a servir qualquer dos poderes constituídos. É por isso que o exercício da advocacia nos traz a necessidade de jamais termos medo de enfrentar o que for necessário ser enfrentado para que a maior autoridade de todas, que é o cidadão, seja respeitada. Não é sem razão, querido Ministro Alexandre de Moraes, que o artigo 133 da Constituição está a balizar que o advogado é indispensável à administração da Justiça. Era preciso que no nosso Estado Democrático de Direito estivesse alguém a serviço do cidadão. É isso que a advocacia faz, estabelece o diálogo do cidadão para com os poderes constituídos, estabelece o diálogo do cidadão para com o seu concidadão. Por isso, é preciso reconhecer que a advocacia é indispensável não apenas por conta da inscrição esculpida no artigo 133, mas porque ardorosamente, todos os dias, é a advocacia que está a defender o cidadão, dando-lhe voz e permitindo que possa apresentar a sua visão de mundo sobre as coisas sem ter o receio de ser subjugado por quem quer que seja.

Acesso ao Sumário

Nossa missão é fundamental notadamente em tempos, querido doutor Artur, nosso vice-presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, notadamente em tempos como o que vivemos, onde arroubos de tentativas de afastamento de verdadeiras conquistas civilizatórias estão a ser colocados em curso. Tomo como exemplo, permito-me fazê-lo apenas a título de comparação para dar conta da missão que a Ordem tem, o judiciário trabalhista. Não há dúvida, e reconhecemos todos, o Poder Judiciário é indispensável para a manutenção do estado social democrático de direito. Cada um dos seus matizes, cada um dos seus meios de atuação são conquistas civilizatórias do mundo, e não apenas da nossa nação brasileira. A nossa instituição saiu em defesa dessa conquista civilizatória, realizando movimentos envolvendo as 239 subseções que compõe essa que é a maior seccional do país, que é a OAB São Paulo, para dizer à comunidade e à sociedade que o Judiciário forte é fundamental para a sobrevivência do Estado Democrático de Direito; e que o judiciário forte, as instituições fortes interessam à advocacia porque a nossa razão de ser é servir o cidadão e não há outra razão de ser dos poderes constituídos senão essa.

Diz o ditado que "quando as barbas do meu vizinho estiverem pegando fogo, é melhor que eu coloque as minhas barbas de molho", porque no menor espaço de tempo o incêndio que está instalado no vizinho, que a princípio pode não me chamar atenção, pode se instalar no seio da minha casa. Por isso a preocupação da Ordem dos Advogados do Brasil com a defesa do judiciário trabalhista. Por isso a preocupação da Ordem dos Advogados do Brasil com a presença do advogado em todos os espaços de administração da justiça, porque somente com a presença da advocacia o cidadão carente ou aquele que não tem condições econômicas poderá apresentar a sua visão de mundo. Somente com a valorização da advocacia teremos condições efetivas - e assim o faremos - de defender os poderes constituídos e notadamente o Poder Judiciário, tão importante para a manutenção do equilíbrio de relações da nossa sociedade.

Por isso, de público, presidente Manoel Pereira Calças, quero dizer que a OAB estará ao lado das preocupações do Tribunal de Justiça. Como exemplo a questão que envolve a guarda dos processos físicos, para encontrarmos um mecanismo que possa fazer com que seja mais adequadamente resolvida sem o emprego de tantos recursos, como é a preocupação de Vossa Excelência. A Ordem dos Advogados do Brasil também estará ao lado do Tribunal de Justiça de São Paulo para que nós possamos, cada vez mais, melhorar as regras pertinentes à inteligência artificial (que não deve substituir a figura humana, mas sim servi-la) e assim melhor atender à coletividade.

Mas é preciso também que reconheçamos a necessidade da manutenção de uma relação de respeito, de independência, para que cada um de nós, atores que somos de todo aparato da Justiça, possamos nos respeitar nas nossas prerrogativas, na magistratura, no Ministério Público, na advocacia, porque

Acesso ao Sumário

nós todos temos uma finalidade a servir. Temos absoluta convicção, professor Manoel Pereira Calças, que juntos, respeitando cada uma das nossas limitações, compreendendo cada uma das nossas missões, nós vamos construir páginas novas, tanto no ambiente da advocacia quanto no Poder Judiciário, não páginas novas que deixem de reconhecer todos os progressos que aconteceram até agora, porque diz também outro ditado, "quem não conhece o seu passado, não tem perspectiva adequada do seu presente e tão pouco poder almejar um futuro promissor". Vossa Excelência tem junto à Ordem dos Advogados do Brasil uma grande parceira para que juntos possamos defender o cidadão, para que juntos possamos estabelecer um respeito absoluto à advocacia, ao Ministério Público, à Magistratura, porque essa convivência harmônica nos permitirá servir com qualidade à cidadania. Muito obrigado pela atenção.

GIANPAOLO POGGIO SMANIO (Procurador-Geral de Justiça de São Paulo)

Discurso proferido na Solenidade de "Abertura do Ano Judiciário de 2019". (Cerimônia realizada em 06.02.2019).

(Cumprimentos às autoridades)

Não há como ser paulista sem se orgulhar do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não há como ser paulista sem ter honra em participar do sistema de Justiça do Estado de São Paulo, que tem no Tribunal de Justiça o seu pilar maior, sua mãe organizacional. Então, eu inicio meu discurso saudando todo o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Para o Ministério Público é imensamente honroso poder estar ao lado dos desembargadores, juízes e funcionários do Tribunal de Justiça porque a certeza de que a nossa justiça de São Paulo vem sempre nos melhores caminhos. Os números do Tribunal de Justiça, eles falam por si só. O Tribunal de Justiça é uma liderança pelos seus julgados, decisões e posturas. Portanto, todos nós do sistema de justiça temos que reconhecer: são 145 anos de trabalho, 145 anos em que o cidadão se encontra acolhido dentro da Justiça de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Também é importante dizer que somos múltiplos atores nesse universo judiciário e que nós precisamos sempre refletir sobre necessidade de união e integração de todos para atuar de forma mais dinâmica, mais eficiente e desburocratizada, para que nós consigamos atingir os objetivos da república federativa, uma sociedade livre, justa e solidária. Só mesmo o trabalho integrado de todas as instituições que compõe o sistema judiciário garantirá

ao cidadão do Estado de São Paulo e ao cidadão brasileiro que esses princípios constitucionais sejam atingidos. Combater a violência, o crime organizado, a corrupção, assegurar oportunidades às pessoas, defender direitos sociais, realizar a justiça, acesso a serviços públicos de qualidade, dependem do Poder Judiciário, do Ministério Público, da advocacia pública, advocacia privada, das polícias, enfim, de todo o sistema que chamamos de Justiça. São papéis que cada instituição realiza, cada uma dentro da sua autonomia e independência, mas que podem ser integrados, efetuados conjuntamente, para que assim consigamos realizar com muito mais eficiência a nossa missão de distribuir a justiça.

Além dos números que foram ditos, precisamos citar que são 370 mil inquéritos policiais e mais de 1.600.000 processos criminais. Os nossos números são gigantes e exigem de todos que trabalham e atuam na esfera da justiça e da polícia um esforço hercúleo para dar conta do dia a dia da segurança pública e da cidadania do povo de São Paul. Isto precisa ser valorizado. Existem grandes questões, questões que vão à imprensa, mas existe um trabalho diuturno de policiais, advogados, juízes, promotores e funcionários, que no dia a dia tratam de milhares de processos que garantem a cidadania ao cidadão.

E também é preciso demonstrar que o investimento que se faz no sistema de justiça, não é gasto público, é investimento para que todos nós possamos realizar aquilo que o cidadão do nosso País e do nosso Estado deseja. Sempre tenho dito que o orçamento que se destina ao Ministério Público, ao Judiciário, às defensorias, todo esse sistema, ele tem que ser visto como investimento, ele precisa ser visto como uma forma de garantir às pessoas seus direitos. Se formos tratar de números, temos absoluta certeza de que recuperamos todo esse investimento que é feito nas nossas instituições e no nosso Poder Judiciário. Trago aqui, apenas como exemplo, um trabalho conjunto que fizemos com o Executivo, com o Judiciário, com a Procuradoria, com a Defensoria e com a Polícia, que foi o trabalho de combate à sonegação fiscal. Só no ano de 2018 e só na capital do Estado de São Paulo, recuperamos mais de 1 bilhão de reais aos cofres públicos. Além disso, agora que o Tribunal de Justiça vai inaugurar a Vara Especial de Combate à Sonegação Fiscal e Crimes Econômicos, vamos ampliar ainda mais esse trabalho e vamos realizar uma recuperação ainda maior. Só no combate ao crime organizado, no ano passado, junto com as polícias, prendemos 891 pessoas ligadas. Conseguimos sufocar também, economicamente, as facções organizadas, recuperando mais de seis milhões de reais em bens que estavam a serviço do crime.

Estes números mostram que todos os convênios que realizamos (e tenho orgulho de olhar para a plateia e saber que temos convênio com cada uma das secretarias, cada ramo do Tribunal) possibilitaram resultados que nos orgulham. Sem nenhuma dúvida, o Tribunal de Justiça é o garantidor de todo esse trabalho que nós realizamos em conjunto. Daí a importância de estarmos aqui para

Acesso ao Sumário

enaltecer e saudar o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que é sem nenhuma dúvida o fiel da balança, o garantidor de todas as nossas atuações, garantidor de que tudo isso se faz está no estrito acordo, no estrito cumprimento da lei e da Constituição.

Integrados e trabalhando dessa forma, nós atingiremos tudo aquilo que a nossa sociedade deseja e poderemos bem servir a população paulista. Portanto, eu rendo minhas sinceras homenagens a cada um dos senhores desembargadores, juízes e funcionários deste Tribunal de Justiça, assim como a todos aqueles que atuam no no Ministério Público, na OAB, da Defensoria Pública, na Procuradoria Geral e todos os policiais. Tenham a certeza que nós estamos irmanados nesse trabalho de defesa da cidadania e da sociedade paulista que todos nós juramos servir. Mais uma vez, presidente, uma alegria estar na sua presença e falar pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Um grande braço a todos.

CAUÊ MACRIS (Presidente da Assembleia Legislativa de São Paulo)

Discurso proferido na Solenidade de "Abertura do Ano Judiciário de 2019". (Cerimônia realizada em 06.02.2019).

(Cumprimentos às autoridades).

Ao falar sobre a Justiça, acho que é importante antes fazer um certo retrospecto do que nós estamos vivendo na nossa sociedade e as transformações sociais que estamos passando. No que pese a minha juventude, 35 anos de idade, confesso que conversando com a minha esposa, relatava que vou ter que contar para os meus filhos, que têm apenas três anos de idade (um casal de gêmeos, a Maria Luiza e o Felipe), que eu nasci numa outra era: no momento que nasci não existia telefone celular, não existia internet, não existia uma série de coisas, principalmente do ponto de vista tecnológico, que mudaram as nossas vidas. E quando falamos em melhorar a qualidade de vida da nossa população, falamos em melhorar a relação entre as instituições, melhorar a assistência, seja ela em todos os aspectos da sociedade. É importante que façamos essa reflexão sobre as transformações que a nossa sociedade tem passado e como nós que estamos à frente das instituições, no meu caso à frente do Poder Legislativo, podemos contribuir para que a integração da nova realidade com o advento da tecnologia possa qualificar e melhorar as relações sociais.

Acesso ao Sumário

Eu tenho tentado a todo custo, como chefe do Poder Legislativo do nosso Estado, garantir uma participação e uma harmonia cada vez maior entre as

instituições e os poderes. Tem sido assim junto ao Poder Executivo, tem sido assim junto ao Poder Legislativo. Doutor Manoel, você é testemunha disso, nós aprovamos uma série de projetos do judiciário no final do ano passado, a pedido do Poder Judiciário, para melhorar principalmente a autonomia financeira e para que os investimentos em tecnologia possam surtir efeitos, melhorando a atuação do judiciário para a nossa sociedade. E tudo aquilo que for positivo para a sociedade, vocês podem contar com o Poder Legislativo. Esse é nosso papel, trabalhar com uma integração cada vez maio, respeitando o papel independente de cada um dos poderes, previstos na Constituição. Isto importantíssimo para que possamos avançar e melhorar a qualidade de vida da sociedade - e acho que é isso que nós todos queremos. Desejo aqui um ótimo início de ano para todos os integrantes do Poder Judiciário. Para tudo aquilo que é bom para o nosso povo, bom para a nossa população, podem contar conosco. Muito obrigado e ótimo dia a todos.

ALEXANDRE DE MORAES (Ministro do Supremo Tribunal Federal)

Discurso proferido na Solenidade de "Abertura do Ano Judiciário de 2019". (Cerimônia realizada em 06.02.2019).

(Cumprimentos às autoridades)

Quero iniciar lembrando palavras contidas em um belíssimo livro recente da ex-secretária de Estado norte-americana Madeleine Albright, intitulado "Fascismo - um alerta", em que ela coloca de forma bem clara que só existe democracia, só é possível a sobrevivência da democracia, com eleições livres, liberdade de imprensa e independência dos Tribunais. Quando qualquer desses três fatores de uma forma ou outra sofre pressões, coações e afastamentos de garantias, o resultado é que democracia é levada para outro lugar que não realmente uma vivência livre e democrática. Isto vem sendo explorado em vários livros sobre as contingências mundiais. "Como a Democracia Chega ao Fim", que é um belíssimo livro, "Como as Democracias Morrem" outro livro na mesma toada: sem eleições livres e periódicas, imprensa livre e independência dos tribunais não há nenhuma possibilidade de vivência democrática. Isso já se dizia no século 19, num dos maiores clássicos da literatura, "Democracia na América", em que Alexis de Tocqueville veio da França e fez um estudo nos Estados Unidos. Uma das mais importantes conclusões é que a democracia na América, que nós chamamos de Estados Unidos, se sustenta pela força, autonomia e independência dos tribunais. Sem a força dos tribunais não há

Acesso ao Sumário

democracia. E por que isto volta a ser discutido no mundo todo? Porque em todos os países, como em alguns do leste europeu, outros do centro da Europa (tivemos agora a questão da Polônia), em todos os países onde alterações são feitas para diminuir a independência dos tribunais o resultado é sempre o mesmo: a perda da democracia, dos direitos fundamentais e das garantias de liberdade individual.

O Brasil tem a satisfação de uma Constituição que apostou no Poder Judiciário, apostou nesse ramo do governo e o institucionalizou e fortaleceu. Temos que manter isto, esta independência do Poder Judiciário. Esta é uma aposta mundial desde o pós-guerra, que no Brasil foi crescendo ao longo do tempo e em 1988 se concretizou. Após a guerra foi uma exigência dos países aliados, especialmente dos Estados Unidos da América, de que as constituições da Alemanha, chamada lei fundamental de 45, da Itália, em 47, e Japão, em 46, estipulem a independência do Poder Judiciário e a possibilidade do Poder Judiciário interpretar a Constituição. Foi uma exigência dos Aliados para evitar que o populismo e a demagogia virassem o fascismo, como houve na Itália, ou nazismo, como houve na Alemanha.

Por isso reitero, presidente Calças, a grande satisfação, grande honra e orgulho em participar de mais uma abertura do Ano Judiciário de São Paulo. Temos aqui exemplo de Poder Judiciário independente, o maior Poder Judiciário do Brasil, o maior Tribunal de Justiça, com 145 anos de idade. Em seis de agosto de 1873 foi criado o Tribunal de Apelação de São Paulo e Paraná, com, pasmem, nove juízes para São Paulo e Paraná. Atualmente não há Poder Judiciário na Europa tão grande quanto o Poder Judiciário de São Paulo. Também não há na América Latina. São mais de 20 milhões em andamento na primeira instância. É um número absurdo, mas é um número absurdo exatamente porque a população confia no Poder Judiciário. Ninguém procura um poder se não confia nesse poder. E esse poder precisa cada vez mais ser independente, pois aquele que decide as questões importantes não agrada a todos. Todos os juízes aqui sabem que no máximo se agrada a 50% - agradar 100% é impossível. Quem perdeu não se agradou, quem ganhou às vezes reclama também. Mas o Poder Judiciário é respeitado, o Poder Judiciário é procurado porque é respeitado e o Poder Judiciário de São Paulo dá exemplo para o país. Eu falo como alguém que já participou de vários órgãos, como o Conselho Nacional de Justiça e agora o Supremo Tribunal Federal, e pode ver a excelência do Poder Judiciário de São Paulo, que tem quase 40%, 41%, do número de recursos, do volume processual dos Tribunais Superiores. Ou seja, nesses 145 anos o Poder Judiciário de São Paulo se mostrou à altura do povo de São Paulo.

Acesso ao Sumário

Então, eu quero parabenizar ao presidente Manoel Calças pelo trabalho que vem sendo realizado. É um trabalho de hoje, mas também de ontem. O Poder Judiciário de São Paulo chegou a esse nível de excelência, a esse grau

de admiração na justiça brasileira pelo trabalho contínuo de todos os membros. Quero cumprimentar todos os integrantes na pessoa do desembargador Mohamed Amaro aqui presente, grande desembargador que ainda continua servindo a justiça do seu Estado como ouvidor. É muito importante que São Paulo sempre respeite a tradição de uma instituição. As instituições ficam, os homens passam. O respeito à tradição institucional é que faz um país grande. Parabéns Tribunal de Justiça, parabéns São Paulo e obrigado pela atenção.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento proferido na Solenidade de "Abertura do Ano Judiciário de 2019". (Cerimônia realizada em 06.02.2019).

(Cumprimentos às autoridades)

Senhoras e Senhores,

Com enorme satisfação o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a presença do Conselho Superior da Magistratura, de Desembargadores, Juízes e servidores, repete tradicional ritual instituído por esta Corte há mais de cinquenta anos. Simboliza esta cerimônia, ao Povo de Piratininga, a instalação do Ano Judiciário de 2019, culto de veneração arquitetado pelo saudoso Desembargador paulista, depois Ministro do STF, Pedro Chaves, que visa a reverenciar a Justiça.

Impende ressaltar que a simplicidade franciscana deste ato, referto de simbologia, em rigor, não marca efetivamente o início ou reinício dos trabalhos da Corte de Justiça paulista, na medida em que, como bem sabem todos os que compõem este seleto auditório, os serviços forenses jamais são suspensos. Isto porque, as portas do Judiciário paulista, o mais movimentado de nosso País, jamais são cerradas, mercê do que, estão e estarão sempre abertas a todos os cidadãos que a procuram, haja vista que, mesmo nos finais de semana, feriados e dias santificados, bem como no recesso forense, a prestação da tutela jurisdicional nunca é interrompida, na medida em que os plantões judiciários são realizados para a pronta solução dos pedidos urgentes, com o que se atende ao comando constitucional que impõe o amplo e pleno acesso à jurisdição, garantia fundamental de nossa Carta da República.

Acesso ao Sumário

A mensagem do Poder Judiciário de São Paulo foi transmitida com firmeza, coragem, fidalguia e lhaneza pelo orador oficial desta Corte de Justiça, o Desembargador Fernando Antônio Ferreira Rodrigues, que proferiu a bela

oração como representante do Tribunal de Justiça bandeirante. Muito obrigado caríssimo Desembargador Ferreira Rodrigues, por ter expressado os sentimentos de nossos magistrados e servidores.

A honrosa presença das mais altas autoridades federais e estaduais, dos três Poderes da República: Executivo, Legislativo e Judiciário, com a fervorosa e emblemática participação da Advocacia e do Ministério Público, aliada aos dignos representantes das Forças Armadas brasileiras, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, defensores de nossa Pátria e garantidores dos poderes constitucionais, nos termos do art. 142 da Constituição Federal, da valorosa Polícia Militar, da operosa Polícia Civil, dos dedicados servidores da Justiça, simboliza a união do sistema de Justiça que está em pleno funcionamento, sob a égide dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito.

Quero externar ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, aqui representado pelo Ministro Alexandre de Moraes, ao Governador do Estado de São Paulo, João Dória, ao Presidente da Assembleia Legislativa de nosso Estado, Deputado Cauê Macris, ao Presidente da OAB, Seção de São Paulo, nosso battonier Caio Augusto, ao Dr. Gianpaolo Smanio, Procurador Geral de Justiça do Estado, bem como a todas as autoridades que nos honram com sua presença, a todos os servidores judiciais, aos policiais militares e policiais civis, aos senhores e senhoras que nos honram com sua presença, os sinceros agradecimentos do Poder Judiciário paulista, bem como reafirmar nosso compromisso de cumprir e aplicar a Constituição Federal e as leis de nosso país, construindo justiça em prol do povo bandeirante.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de Abertura do "Encontro de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil". (Evento realizado em 21.02.2019).

Acesso ao Sumário

Caríssimos Colegas,

A Presidência do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, neste ato solene, externa seu gáudio inconcusso em sediar o evento que tem por escopo tratar do novo regramento e estatuto do Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil (CODEPRE), sinergia cujo núcleo fundamental e escopo prospectivo são o fomento do diálogo, da união e do intercâmbio de

conhecimentos e experiências administrativas e institucionais dos Tribunais de Justiça do país, de modo a desvelar efetivo catalisador para o aprimoramento da prestação jurisdicional.

Recepcioná-los no Palácio da Justiça da Terra de Piratininga, templo deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, instituído por Dom Pedro II com fundamento no artigo 158 da Constituição Imperial de 1824 e instalado na Província de São Paulo aos 3 de fevereiro de 1874, consubstancia para todos nós imensa alegria.

Nesta festiva solenidade de iniciação dos trabalhos, é preciso rememorar que o primeiro Presidente do tribunal da Relação da Imperial Província de São Paulo foi o Conselheiro Tristão de Alencar Araripe, cearense da Vila de Icó. Interessante destacar, ainda, que, dentre os sete desembargadores da composição inicial deste sodalício, apenas um era paulista. Os demais eram naturais das províncias do rio de Janeiro, Bahia e Mato Grosso. Nós, juízes paulistas, orgulhamo-nos de pertencer a uma magistratura que, desde sua constituição, acolheu fidalgamente em seu seio magistrados oriundos de todos os rincões brasileiros.

Esta mescla cultural de mais de 145 anos, amalgamada por altivo e acendrado patriotismo, cuja manifestação primeira foi a Insurreição Pernambucana, logrou fundir diferentes tradições de nossa história regional, dando unidade a caracteres geográficos compostos por pampas, campos, cerrados, florestas, caatingas, serras e planícies, litoral com imensas praias, climas variados, condições sociais e econômicas das mais diversificadas, trazendo para São Paulo juízes oriundos de todos os estados de um Brasil continental. Elementos tão díspares e contraditórios forjaram a magistratura paulista que, ao se ufanar sobranceiramente da nacionalidade brasileira, outorgam-lhe qualidades para que ela se constitua justo orgulho do povo bandeirante.

Por tais motivos, ao acolher os eminentes Desembargadores Presidentes dos Tribunais de Justiça de todas as unidades federativas de nosso país, os ilustres Juízes Assessores e os leias e diligentes servidores do Judiciário, participamos de evento extremamente relevante, que ficará gravado com letras de ouro na história e nas gloriosas tradições do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Estimados colegas, damos-lhes, portanto, as mais sinceras boas-vindas, com a convicção de que a cooperação sinérgica entre as Presidências dos Tribunais de Justiça do Brasil representa um passo imprescindível para o aprimoramento orgânico-institucional do Poder Judiciário estadual e do Distrito Federal, bem como, por consequência, para o alcance profícuo dos escopos jurisdicionais à luz do paradigma da pós-modernidade.

Como é cediço, a realidade contemporânea é permeada progressivamente pelas marcas da transformação tecnológica, da velocidade da comunicação, de

Acesso ao Sumário

multiplicidade e complexidade de grupos sociais e relações humanas. Não há valores compartilhados, como preconiza Gary Minda[1], imperando um profundo relativismo, o que potencializa a emergência de situações conflitivas e impõe novos e constantes desafios às magistradas, aos magistrados e igualmente ao Poder Judiciário do ponto de vista institucional.

Em ditas circunstâncias, a magistratura revela-se como instância restauradora dos valores e bens intangíveis escolhidos pela sociedade brasileira para reger sua existência, sendo essa a razão pela qual os juízes devem ser devotos da ética.[2] Referida devoção é um projeto a ser construído, não somente no discurso, como também na vida prática.

E, na construção desse projeto, o mencionado intercâmbio de conhecimento, experiências e a integração de ações que almejamos para potencializar a representatividade e legitimidade do CODEPRE são etapas fundamentais para o encontro de um novo caminho para o Poder Judiciário que deve se capacitar para suprir a demanda pela tutela jurisdicional em consonância com os novos postulados de ética.

Propugna-se, desse modo, por um agir administrativo pautado pela realização em grau máximo possível – como prescreve Robert Alexy em sua concepção dos princípios como mandamentos de otimização[3] – dos princípios da publicidade, eficiência, segurança jurídica e da moralidade administrativa, dentre outros igualmente importantes, aqui não mencionados devido à inexaurabilidade dos valores regentes da administração pública, insculpidos explícita ou implicitamente na Constituição Cidadã de 1988.

De proêmio, à luz do princípio da publicidade, ressaltamos ser indispensável a dedicação de esforços conjugados em prol da atuação uníssona do Poder Judiciário no que concerne à acessibilidade, integridade de informações e transparência orçamentária, de modo a propiciar o efetivo controle interno e externo das práticas judiciárias administrativas e, ainda, a nos aproximar verdadeiramente dos jurisdicionados. Outra temática – de extrema importância – correlacionada a referido princípio consubstancia-se na necessidade urgente de diálogo acerca das linhas de orientação direcionadas à exposição dos magistrados e magistradas na imprensa e nas mídias sociais, de modo integrado

Acesso ao Sumário

1 Cf. *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End.* New York: New York University Press, 1995. No mesmo diapasão, vide: Antonio Junqueira de Azevedo, O direito pós-moderno e a codificação, p. 55-63, (In) *Estudos e pareceres de Direito Privado,* São Paulo, Saraiva, 2004; José Renato Nalini, Ética e Família na sociedade pós-moralista. *(In) A revisão de Direito de Família. Estudos Jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt. Des. Antonio Carlos Mathias Coltro* (coord), p. 384-418. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009; Antonio Manuel Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiçanos Dias e no Mundo de Hoje.* Lisboa, Almedina, p. 469-485, 2ª ed, reelaborada, 2009.

2 NALINI, José Renato. *Qual é o juiz que o Brasil quer?* Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 74, out. 2016. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao074/Jose_Nalini.html

3 Nesse sentido, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção.* In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais (2003), p. 610.

com o trabalho das Corregedorias Gerais de Justiça, com vistas à proteção da garantia fundamental da imparcialidade dos juízes.

A eficiência, por sua vez, sendo o mais moderno princípio da função administrativa, exige do Poder Público, no âmbito administrativo e judicial, presteza, assiduidade, precisão e alto rendimento funcional, conglobando, pois, um delicado equilíbrio entre aspectos qualitativos e quantitativos, cujo alcance é indissociável de uma fluída comunicação, do compartilhamento de experiências e ferramentas diversas, do máximo aproveitamento das facilidades tecnológicas hodiernamente disponíveis em rede, a fim de atender tempestivamente as demandas pela tutela jurisdicional, que não raramente ultrapassam fronteiras regionais e cujo imediatismo, ao lado da complexidade, torna-se marca cada vez mais profunda.

Outrossim, dentre as finalidades do CODEPRE, salientamos a intermediação das relações entre os Tribunais de Justiça e os Poderes constituídos, em homenagem à segurança jurídica que deve emanar da harmônica atuação das esferas de poder, coadunando-se tais ações com o princípio hermenêutico da conformidade funcional, no sentido de preservar a repartição organizatória estabelecida pelo legislador constituinte originário, expediente imperioso para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, sobretudo em tempos de alta litigiosidade.

Enfatizando, ainda, o princípio da moralidade como princípio vinculante, como preconizar Kramer, em sua primorosa obra *"Where Law and Morality Meet"*[4]. A rígida linha divisória entre a legalidade e moralidade que outrora se sustentava é incompatível com os valores constitucionais vigentes. A oralidade administrativa constitui, pois, pilar de nosso ordenamento e pressuposto de validade de todos os atos provenientes do Poder Público, impondo, portanto, a nós, magistrados e magistradas, o agir com prudência, zelo, honestidade e responsabilidade, dentre outros valores que robustecem a conduta pública moral na era pós-moderna.

Nessa senda, não podemos deixar de considerar as mudanças legislativas advindas com a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pela denominada "Lei da Segurança para a Inovação Pública", publicada em 2018, no sentido de consolidar a exigência de uma nova postura aos agentes públicos, em busca de segurança jurídica, nas esferas administrativas, controladora e judicial.

Conforme expressa a lei, a moralidade do agir nas esferas públicas implica, na era contemporânea, a avaliação das possíveis consequências das escolhas feitas. A despeito da conotação negativa que se tem atribuído ao termo "consequencialismo", não se trata de se justificar os fins pelos meios,

4 KRAMER, Matthew, H. *Where Law and Morality Meet.* New York: Oxford University Press, 2004, p. 43-44.

mas de notar que o "raciocínio sensível às consequências é necessário para a compreensão adequadamente ampla da ideia de responsabilidade", como brilhantemente pontua Amartya Sen.[5]

Nem se cuida tampouco de um afastamento da força normativa dos princípios e incidência direta dos valores constitucionais às situações concretas, conquistas inderrogáveis do neopositivismo e imprescindíveis à acomodação da complexidade das relações humanas, mas de encontrar, com a ponderação, o ponto de harmonia entre tais postulados e a realidade que se apresenta aos agentes públicos, em cotejo com os possíveis resultados nos momentos de tomada de decisões, tanto no âmbito administrativo, quanto no jurisdicional.

Com essas premissas, retoma-se a complementariedade da ética da convicção, ligada à moralidade e aos valores do agente político, e da ética da responsabilidade, orientada pelas consequências do agir, exposta por Max Weber em sua obra clássica "Ciência e Política: duas vocações", em que o autor conclui com excelência, em suas palavras, "que a ética da convicção e a ética da responsabilidade não apontam para uma oposição absoluta, mas para elementos que só constituem juntos o homem autêntico".[6]

E tais escopos não se cingem – e nem poderiam limitar-se – ao âmbito regional, pois a realidade contemporânea exige **sinergia nacional** para adequada compreensão e avaliação de medidas e seus impactos de natureza orçamentária, econômica, política e social. Somente através da união e cooperação será possível realizar o projeto contínuo e permanente de construção da ética na magistratura, com todos os meandros que a pós-modernidade requer.

Com essas reflexões, convictos dos benefícios mútuos da cooperação que hoje se inicia, depositamos nossas melhores expectativas no aperfeiçoamento da legitimidade e representatividade do Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil, que certamente trará profícuos resultados para a evolução, harmonização e eficiência, em âmbito nacional, da gestão administrativa judiciária e prestação da tutela jurisdicional de todos os tribunais de justiça do Brasil.

Pela atenção de todos, muito obrigado.

Acesso ao Sumário

5 SEM, Amartya. *A ideia de justiça.* Trad. Denise Bottman e Ricardo Donidelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

6 Weber, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações.* Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 137.

EGIDIO JORGE GIACOIA (Desembargador)

Discurso de agradecimento e despedida, por ocasião de sua aposentadoria. (Sessão realizada em 26.02.2019).

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, DD. PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO;

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, DD. VICE-PRESIDENTE DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO;

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO, DD. CORREGEDOR GERAL DA JSUTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO;

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES DESEMBARGADORES PRESIDENTES DAS SEÇÕES DE DIREITO PRIVADO, CRIMINAL E PÚBLICO, DD. SENHORES GASTÃO TOLEDO DE CAMPOS MELLO FILHO, FERNANDO ANTONIO TORRES GARCIA E GETÚLIO EVARISTO DOS SANTOS NETO;

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES DESEMBARGADORES PRESIDENTES DAS EE. 3ª E 4ª CÂMARAS DE DIREITO PRIVADO DESTE C. TRIBUNAL, DD. SENHORES CARLOS EDUARDO DONEGÁ MORANDINI E ÊNIO SANTARELLI ZULIANI;

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES DESEMBARGADORES;

EXCELENTÍSSIMA SENHORA PROCURADORA DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, DRA. WANDERLEYA LENCI;

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES JUÍZES DE DIREITO;

EXCELENTÍSSIMOS SENHORES PROCURADORES, NOBRES REPRESENTANTES DA ADVOCACIA, MEUS QUERIDOS AMIGOS AQUI PRESENTES.

MINHAS SENHORAS E MEUS SENHORES,

É com um sentimento de alegria e tristeza que faço uso da palavra neste momento. Alegria, pela sensação do dever cumprido, durante os 35 anos que tive a honra de integrar, na ativa, o Poder Judiciário Paulista. Tristeza, por deixar o convívio diário com todos os colegas e amigos, sem os quais a jornada não seria concluída.

Gostaria de confessar aos senhores que, somente agora, ao deixar a carreira com 71 anos de idade, foi que pude compreender o significado tão

profundo e verdadeiro das palavras sábias do saudoso Ministro ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, do E. Superior Tribunal de Justiça, quando em palestra memorável na Escola Paulista da Magistratura discorria sobre os "ATRIBUTOS DO BOM JUIZ";

1. Honestidade, que na verdade não é atributo, mas, sim, obrigação;
2. Bom senso, indispensável para fazer imperar o "justo";
3. Coragem, pois a história registra exemplos de juízes que não tiveram esta virtude, com consequências desastrosas;
4. Cavalheirismo ou Educação; e, com todos estes atributos, como pontuava o ilustre Ministro,
5. **Se tiver algum conhecimento em direito, ajuda.**

Na verdade, estes atributos nos vieram desde a antiguidade Grega, e foram sintetizados pelo Direito Romano na definição do Magistrado como o *BONUS PATER FAMILIAE*, ou seja, aquele que, tendo a obrigação de manter um comportamento acima daquele que é característico da média dos homens, a todos julga com sabedoria, equidade, razoabilidade e a justiça do BOM PAI DE FAMÍLIA.

Peço licença para lembrar o discurso de um velho Magistrado do meu Estado natal, o Paraná, que, em seu discurso de despedida, profetizou que o bom Juiz é aquele que sabe fazer aquecer a frieza da lei com o calor do coração humano.

No entanto, o Juiz ser um homem do seu tempo, um profundo conhecedor dos problemas sociais da comunidade em que inserido, mantendo-se atento às realidades, aflições e mesmo às alegrias de seus jurisdicionados, para poder a todos atender e julgar com isenção, pautado sempre pela justa medida, com fundamento no conceito de lei como reta razão, tal como formulado por CÌCERO: ***"a lei é a razão suprema intrínseca à natureza (lex est ratio summa insitia in natura), que nos manda o que devemos fazer e proíbe as coisas contrárias. E esta mesma razão, que é firmada e realizada pela mente humana, chama-se lei"*** – (De Legibus, §18).

Então o Magistrado alcançará a única e máxima retribuição que poderia receber, que é a de perceber no fundo dos olhos do jurisdicionado a satisfação de que lhe foi feita a devida Justiça, que a Lei lhe assegurava.

Esta é a beleza e o encanto da Magistratura, em que o Juiz deve contas a Deus, seu criador, e, à sua própria consciência.

Meus amigos, peço licença ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do E. Tribunal de Justiça para, mesmo correndo o risco de ser repetitivo, mas, contando com a compreensão de todos, fazer deste momento uma oportunidade ímpar para externar do fundo do coração os meus mais

Acesso ao Sumário

sinceros agradecimentos àqueles que comigo trilharam pelos caminhos das mais diversas e queridas Comarcas do Estado de São Paulo. Como tributo de meu reconhecimento e com muita honra, carinhosamente, passo a nominá-las.

Começo por Avaré, onde há 35 anos tomei posse como Juiz Substituto nos idos de janeiro de 1984, respondendo pelas Comarcas de Circunscrição: Cerqueira Cesar (minha primeira entrância de fato e de coração), Itaí, Taquarituba e Fartura. Em seguida, minha primeira entrância de direito, Santa Adélia, na região de Catanduva, seguindo para Palmital, minha 2ª entrância e de lá, antes mesmo do vitaliciamento, aceitando o desafio das vagas em Comarcas de difícil provimento, fui promovido para 3ª entrância, em Jacareí.

Na sequência, promovido a Juiz de Direito Auxiliar da Capital (e aí andei longe na carreira), passei pela 2ª Vara Cível do Foro Central, Foro Regional da Vila Prudente e Foro Regional do Jabaquara.

Promovido a Juiz de Direito da Entrância Especial assumi a C. 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santana, com a responsabilidade de seguir o trabalho brilhante de Magistrados de escol como, dentre outros, os Desembargadores João Carlos Saletti, Sebastião Luiz Amorim, Edgard Jorge Lauand.

Removido ao cargo de Juiz Substituto em Segundo Grau fui honrado com a designação da Presidência para atuar perante a E. 11ª Câmara do inesquecível 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, transformada na 35ª Câmara do Tribunal de Justiça, até que, em 2007, tive a honra de ser promovido ao cargo máximo da carreira, assumindo a cadeira de Desembargador do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com assento perante a C. 3ª Câmara de Direito Privado, que ocupo há mais de onze anos.

Não poderia correr o risco, sem incorrer em indesculpável omissão, de tentar nominar todos os ilustres colegas e amigos colaboradores que acompanharam essa nossa trajetória.

No entanto, a todos, indistintamente, quero deixar meu mais sincero agradecimento nas pessoas dos Desembargadores José Malerbi, José Maria Mendes Gomes, Artur Marques da Silva Filho, Clóvis Castelo, Fernando Mello Bueno Filho, de quem tive a honra de ser revisor durante todo o período e Manoel Justino Bezerra Filho da E. 35ª Câmara do Tribunal de Justiça (DP-III).

Nossa homenagem e gratidão aos Colegas da inesquecível E. 3ª Câmara de Direito Privado (DP-I). Aos Desembargadores Carlos Eduardo Donegá Morandini e Artur César Beretta da Silveira, que nos honraram com o convite para integrar a Câmara; *in memorian* do Desembargador Adilson de Andrade; aos Desembargadores Dácio Tadeu Viviani Nicolau, Carlos Alberto de Salles, Alexandre Pinto Moreira Marcondes, Nilton Santos Oliveira e Maria Salete Corrêa Dias (DP-I), dos quais tivemos a honra de receber as mais sábias lições. Nossas homenagens também a todos que de certa forma estiveram

ligados às aludidas Câmaras, como os Desembargadores Francisco Thomaz de carvalho Júnior, Jesus de Nazareth Lofrano, João Pazine Neto, Carlos Alberto Garbi, Márcia Regina Dalla Déa Barone, Hélio Marques de Faria e Israel Goes dos Anjos, dentre outros.

Gostaria de homenagear todos os integrantes do seleto 2º Grupo de Câmaras deste Tribunal e o faço na pessoa daquele que deixou sua marca indelével no Grupo, o sempre lembrado Desembargador José Geraldo Jacobina Rabello.

Aos integrantes da E. 4ª Câmara de Direito Privado nossas homenagens na pessoa de seu ilustre Decano, o Desembargador Ênio Santarelli Zuliani.

Aos queridos amigos e incansáveis colaboradores de todas as horas, sem os quais os trabalhos não teriam êxito, os nossos profundos agradecimentos nas pessoas de Luciana Louvison Ribeiro Makdissi, Michelle Tiemi Ang Atmadja da Silva, Michelle Campos Alves, Dionísio Reis Ferreira, Jeferson Falchioni, Flávia Mine Tanaka, Marina Conceição Maia Fernandes da Silva, Liliana Ostini, Alexandra Spinel Baccili e da estagiária Isabella Henrique Bonadio. Nossa gratidão ainda a todos aqueles que emprestaram sua colaboração ao nosso Gabinete, o que faço de forma especial na pessoa do ex-Assistente e hoje Juiz de Direito Kleber Leles de Souza.

Não poderia encerrar, sem antes prestar meus sinceros agradecimentos e homenagem a quem efetivamente merece, a minha querida FAMÌLIA. A minha Mãe Ana Sogayar Giacoia, verdadeira heroína e responsável por tudo. A Joana Helena, minha esposa e companheira querida de todas as horas. A meus queridos filhos Ana Maria, Leonardo e Egidio Júnior, razão da minha existência. A meus irmãos Oswaldo e Sirlei, Gilberto e Alair, e, a todos que formam nosso querido conjunto das FAMÍLIAS.

Agradeço acima de tudo a Deus todo poderoso pela oportunidade que me concedeu de viver e participar com todos vocês deste momento único, que ficará gravado para todo sempre na memória e no fundo do nosso coração.

Meu muito obrigado a todos os meus queridos AMIGOS.

Acesso ao Sumário