REVISTA ELETRÔNICA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REVISTA OFICIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOLUME 32 – ANO 6

MARÇO E ABRIL 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 39
c) Agravos Internos 124
d) Agravos Regimentais 139
e) Apelações 141
f) Conflitos de Competência 380
g) Embargos de Declaração 383
h) Mandados de Segurança 395

Seção de Direito Público

a) Agravos de Instrumento 400
b) Agravos Regimentais 448
c) Apelações 452
d) Apelações/Remessas Necessárias 541
e) Embargos de Declaração 561
f) Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas 563
g) Mandados de Segurança 575
g) Remessas Necessárias 578

2- Jurisprudência Criminal:

a) Agravos em Execução Penal 598
b) Apelações 614
c) Desaforamentos de Julgamentos 702
d) *Habeas Corpus* 706
e) Mandados de Segurança 733
f) Reclamações 743
g) Remessas Necessárias 745

3- Jurisprudência do Órgão Especial:

a) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adin's) 749
b) Agravos Internos 808
c) Agravos Regimentais 811
d) Arguições de Inconstitucionalidade 816
e) Conflitos de Competência 819
f) *Habeas Corpus* 847
g) Mandados de Segurança 850

4- Jurisprudência da Câmara Especial:

a) Agravos Internos 887
b) Apelações 889
c) Conflitos de Competência 924
d) Conflitos de Jurisdição 934
e) *Habeas Corpus* 939
f) Remessas Necessárias 943

5- Câmara Especial de Presidentes 949
6- Conselho Superior da Magistratura 985
7- Noticiário 994

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. 32, mar./abr. 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 Dácio Tadeu VIVIANI NICOLAU
Desembargador CARLOS ALBERTO DE SALLES
Desembargador JOÃO PAZINE NETO
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 MAURÍCIO PESSOA
Desembargador JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA
Desembargador José Carlos COSTA NETTO
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 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

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 Carlos Alberto de Campos MENDES PEREIRA
Desembargadora LUCILA TOLEDO Pedroso de Barros***
Desembargador ELÓI ESTEVÃO TROLY
Desembargador KLEBER LEYSER DE AQUINO
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 RICARDO José NEGRÃO Nogueira
Desembargador JOÃO CAMILLO DE ALMEIDA PRADO COSTA
Desembargador RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI***
Desembargarora CLAUDIA GRIECO TABOSA PESSOA
Desembargador HAMID Charaf BDINE Júnior
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 Antonio de ALMEIDA SAMPAIO
Desembargador Vicente Antonio MARCONDES D'ANGELO
Desembargador HUGO CREPALDI NETO***
Desembargador CLÁUDIO HAMILTON Barbosa
Desembargador Eduardo AZUMA NISHI
Desembargadora CARMEN LÚCIA DA SILVA**

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

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

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 — 4ª feira — 10:00 horas — PJ)

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

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

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

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

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 JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO

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 GILSON DELGADO MIRANDA**

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 FRANCISCO ORLANDO de Souza
Desembargador ALEX Tadeu Monteiro ZILENOVSKI
Desembargador ROBERTO Caruso Costabile e SOLIMENE
Desembargador AMARO José THOMÉ Filho
Desembargador LUIZ FERNANDO VAGGIONE***
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 MAURÍCIO VALALA
Desembargador JOSÉ FERNANDES FREITAS NETO
Desembargador Júlio Caio FARTO SALLES
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 GRASSI NETO
Desembargador ALCIDES MALOSSI JUNIOR
Desembargador SILMAR FERNANDES
Desembargador Carlos Eduardo ANDRADE SAMPAIO
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)

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 2225438-83.2018.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é autora ESTER BERNARDES DE PAULA LICA, é réu JOSÉ BENEDITO DA SILVA FILHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a petição inicial, com aplicação de pena por litigância de má-fé. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18052)**

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

São Paulo, 12 de março de 2019.

MENDES PEREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Acórdão - Pleito possessório - Concessão dos benefícios da gratuidade, face a documentação apresentada, que indicam ser ela pessoa desempregada e de despesas correntes diminutas - Decreto de imissão contra o qual a autora se insurge - Mera reiteração de idêntica ação rescisória anterior, sem qualquer fato novo - Carência de ação por falta de interesse de agir - Precedente - Conduta ímproba - Litigância de má-fé configurada - Indeferimento da petição inicial, com concessão do benefício da gratuidade, aplicando-se à autora as penas por litigância de má-fé, fixada a multa em 5% sobre o valor da causa.

VOTO

Cuida-se de ação rescisória do v. acórdão proferido a fls. 32-37, proferida

Acesso ao Sumário

em ação de reintegração de posse, em ação de reintegração de posse, que não conheceu do recurso, determinando a remessa dos autos à 16ª Câmara de Direito Privado, em face de prevenção. O réu bateu-se, na Apelação nº 0025261-18.2012.8.26.0625, pela improcedência do pedido.

A autora historia que, em ação de reintegração de posse, teve seu pedido julgado procedente, o que foi mantido na Apelação 9108346-19.2005.8.26.0000 (fls. 23-29). A presente demanda tem em mira imóvel localizado na Rua Maria José Cordeiro dos Santos (antiga rua D), Jardim Fonte Imaculada, em Taubaté, São Paulo. Diz que foi dada como revel, mas é viúva, cria sozinha dois filhos e, por ser leiga e extremamente simples, não imaginou que a intimação fosse referente a um novo processo. Em momento algum trouxe o réu recibo de pagamento sobre o imóvel. Embora a r. sentença tenha sido prolatada com base em revelia, deve ser anulada, uma vez que se trata de coisa julgada. Pede que seja suspenso o mandado de imissão na posse.

Intimada a autora a produzir provas que atestassem sua necessidade (fls. 50), juntou-as a fls. 55-71.

É o relatório.

De início, concedem-se os benefícios da justiça gratuita, conforme a documentação acostada, que indicam ser pessoa de poucas posses, estar desempregada, e ostentar contas de consumo de diminuto valor.

Na sequência, o caso é de indeferimento da petição inicial, uma vez que ausentes os requisitos que poderiam autorizar o processamento da ação rescisória, havendo patente falta de interesse de agir.

Na verdade, a presente é idêntica à Ação Rescisória nº 2096152-23.2016.8.26.0000, desta Relatoria e julgada pelo 8º Grupo da Seção de Direito Privado em 23 de agosto de 2017, a qual restou assim ementada:

> "AÇÃO RESCISÓRIA - Acórdão - Pleito possessório - Existência de julgados anteriores afastando pleito reintegratório do réu, que, contudo, ajuizou ação de imissão na posse - Decreto de imissão contra o qual a autora se insurge - Ação rescisória que não é sucedâneo de recurso, não havendo ofensa a coisa julgada no acórdão que apontou como malferido, considerando que seu mérito foi julgado favoravelmente à autora pela Câmara competente - Carência de ação por falta de interesse de agir - Precedente - Ação rescisória extinta por falta de interesse de agir, sendo cassada a tutela concedida a fls. 100, condenada a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade".

Vê-se, portanto, que a reiteração de ação pretérita, sem que nada fosse dito a respeito ou sem qualquer fato novo, foi expediente solerte na tentativa de induzir esta Corte a erro, atraindo, sobre a autora, a sanção por litigância de má-fé, na forma do art. 80, I, II e V, do Código de Processo Civil, fixando-lhe

Acesso ao Sumário

multa de 5% sobre o valor da causa (R$60.000,00), nos termos do *caput* do art. 81 da citada norma.

Esta Corte, julgando precedente símile, assim se pronunciou:

"AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL POR EXCESSIVA DEMORA DE REPASSE À CLIENTE DE DINHEIRO LEVANTADO POR ADVOGADA EM PROCESSO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE DOCUMENTO NOVO. HIPÓTESE DE CARACTERIZAÇÃO DE COISA JULGADA FORMAL PELO INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL EM JULGAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA ANTERIOR. PARTES, CAUSA DE PEDIR E PEDIDOS IGUAIS, SEM MODIFICAÇÃO DO FUNDAMENTO RECUSADO NO JULGAMENTO ANTERIOR. HIPÓTESE DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INTELIGÊNCIA DO ART. 486, § 1º, DO CPC/2015. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO PELO INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. Ajuizada nova ação rescisória de acórdão após o julgamento anterior de ação idêntica, com trânsito em julgado, caracterizada a falta de interesse de agir, a ensejar imediata extinção do novo processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 486, § 1º, do CPC/2015, observado, antes, o cumprimento da regra do art. 10 do mesmo diploma legal. AÇÃO RESCISÓRIA DE ACÓRDÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL POR EXCESSIVA DEMORA DE REPASSE À CLIENTE DE DINHEIRO LEVANTADO POR ADVOGADA EM PROCESSO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE DOCUMENTO NOVO. HIPÓTESE DE CARACTERIZAÇÃO DE COISA JULGADA FORMAL PELO JULGAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA ANTERIOR TIRADA DO MESMO ACÓRDÃO. INFRINGÊNCIA AO DEVER PROCESSUAL PREVISTO NO ART. 77, II, DO CPC/2015, E TIPIFICAÇÃO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ (ART. 80, I, DO CPC/2015). APLICAÇÃO DE MULTA NECESSÁRIA. Com essa iniciativa processual, a autora infringiu dever processual de não formular pretensão ciente de ser destituída de fundamento, ou seja, depois de intimada de decisão contrária anterior transitada em julgado, mesmo assim resolveu repetir a ação, embora presente pressuposto processual negativo (art. 77, II, do CPC/2015) que acarreta a falta de interesse processual. Por isso, o ajuizamento da segunda ação rescisória, sem alteração do fundamento anteriormente rejeitado, tipificou conduta de má-fé processual de sua parte, nos termos do art. 80, I, do CPC/2015, consistente na dedução de pretensão contrária a texto expresso de lei e fato incontroverso (julgamento anterior transitado em julgado)". (AResc. nº 2084716-33.2017.8.26.0000 - Sorocaba - 16º Grupo de Câmaras de Direito Privado - Rel. Des. ADILSON DE ARAUJO - j. 27-6-2017).

Por todo o exposto, concedendo o benefício da gratuidade, indefere-se a petição inicial, aplicando-se a autora as penas por litigância de má-fé, fixada a multa de 5% por sobre o valor da causa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2216670-71.2018.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é autor RESOLVE DESPACHO ADUANEIRO SS LTDA., é réu ASIA SHIPPING TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA.

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 rescisória, sem resolução do mérito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.878)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), ALBERTO GOSSON, SILVEIRA PAULILO, ITAMAR GAINO, VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR e MATHEUS FONTES.

São Paulo, 20 de março de 2019.

EDGARD ROSA, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - SUPOSTO ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA (ARTIGO 966, V E VIII, DO CPC) - AÇÃO QUE VISA, NA REALIDADE, AO REEXAME DAS PROVAS E DA MATÉRIA DECIDIDA - IMPOSSIBILIDADE - NORMA JURÍDICA ALEGADA NÃO APLICÁVEL AO CASO EM EXAME - IRRETROATIVIDADE, ADEMAIS, DA NORMA POSTERIOR - PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA - AÇÃO EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação rescisória ajuizada por **RESOLVE DESPACHO ADUANEIRO SS LTDA.** contra **ASIA SHIPPING TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA.**, com pedido de concessão de tutela provisória de urgência, visando a rescisão da sentença de fls. 35/39, de lavra do MM. Juiz de Direito DANIEL RIBEIRO DE PAULA, que julgou procedente o pedido formulado em ação de cobrança para condená-la, solidariamente à transportadora, ao pagamento da sobrestadia dos contêineres utilizados no transporte marítimo de mercadoria em questão, no valor de R$ 13.253,86.

O autor fundamenta o pedido rescisório no art. 966, incs. V e VIII, do

Código de Processo Civil, pois entende ter havido violação de norma jurídica e erro de fato no julgamento. Afirma que a sentença considerou fato inexistente, porque não assumiu solidariamente a responsabilidade pelo pagamento das taxas de sobrestadia dos contêineres, na medida em que o termo de compromisso de fls. 41/45 foi subscrito apenas por CHARLES CARLINI DE MOURA, preposto da consignatária, sendo que sua atuação se resumia ao desembaraço dos trâmites aduaneiros. Afirma, ainda, que a sentença proferida também violou os arts. 2º e 13 da Resolução Normativa nº 18 da ANTAQ, os arts. 553, I, e 808, do Regulamento Aduaneiro, bem como os arts. 1º e 24 do Decreto 646/92.

Recebida a inicial pelo relator sorteado Desembargador SÉRGIO RUI, foi indeferida a tutela de urgência requerida e ordenada a citação da ré.

Contestação juntada a fls. 276/281.

É o relatório.

Embora tenha sido inicialmente admitida a inicial, é o caso de ora reconhecer a carência de ação, consubstanciada na ausência de interesse processual para ajuizamento da presente demanda.

A ação rescisória, como é cediço, visa a possibilitar que se desconstitua a sentença de mérito transitada em julgado ou o acórdão que a substitui, caso haja a caracterização de uma das hipóteses taxativamente descritas no artigo 966 do Código de Processo Civil.

No caso dos autos, a petição inicial está fundada no art. 966, incs. V e VIII do CPC, mas dos argumentos dela constantes sobressaia que a pretensão da autora, em verdade, está voltada ao reexame de provas e de matéria já decidida, o que é inviável, tendo em vista que a ação rescisória não tem natureza de sucedâneo recursal.

Ora, eventual erro do julgador na solução da questão de fato, consoante lição de **JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**,

"não obstante torne injusta a decisão, nenhuma influência exerce sobre a sua validade. O Código de 1939, no art. 800, expressamente negava a rescindibilidade por mera 'injustiça da sentença' e por 'má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato', sendo evidente que estas duas hipóteses, em última análise, se resolviam na primeira. O atual diploma absteve- se de reproduzir a norma, que, todavia, subsiste implícita, como princípio geral, derrogado apenas nos casos expressos". (Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V, 7ª ed., Ed. Forense, p. 146).

A esse respeito, pontua **HUMBERTO THEODORO JUNIOR**:

"A admissão da rescisória no caso de erro de fato cometido pelo julgador vinha merecendo, desde o Código anterior, censura da doutrina por desnaturar o instituto da coisa julgada. Deve-se, por isso, interpretar restritivamente a permissão de rescindir a decisão por erro de fato e sempre tendo em vista que a rescisória não é remédio próprio para a verificação do acerto ou da

Acesso ao Sumário

injustiça da decisão judicial, nem tampouco de reconstituição de atos ou provas deficientemente expostos e apreciados em processo findo. Segundo definição do próprio Código, só haverá erro autorizativo da rescisória "quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado" (NCPC, art. 966, § 1º)" (Curso de Direito Processual Civil), vol. III, 47ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2016 p.865).

Neste sentido já se pronunciou o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. EMPRESA DO SETOR SUCROALCOOLEIRO. FIXAÇÃO DE PREÇOS. PREJUÍZOS. INDENIZAÇÃO. COMPROVAÇÃO EM PROVA PERICIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. NOVA INTERPRETAÇÃO DO EXAME TÉCNICO. IMPOSSIBILIDADE. [...] Conquanto alinhada com a orientação firmada no aludido recurso paradigma, mostra-se defeso ao julgador, no bojo de ação rescisória, reputar equivocada a avaliação da prova produzida no feito originário e dela extrair conclusão diversa, pois isso "acabaria transmutando a ação rescisória em mero sucedâneo recursal, com a finalidade de obter-se uma terceira instância revisora de fatos e de provas, que é repudiado pelo nosso ordenamento" (REsp 934.078/DF, rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 18/04/2011). 6. Agravo conhecido para prover o recurso especial. **STJ - AREsp 145.502/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2016, DJe 30/11/2016**.

Destarte, notória a intenção de reexame e rediscussão da causa, que não se coaduna com a natureza e a finalidade desse meio de impugnação excepcional, que, ressalta-se, não tem caráter recursal. Em caso análogo, este Tribunal já decidiu que:

"*(...) E não é o que se apresenta na espécie dos autos, pois, como se vê, a autora visa apenas à revisão da prova dos referidos autos, o que se afigura inadmissível, haja vista que a presente ação tem alcance meramente pontual, não se prestando, pois, ao reexame da causa, com o intuito de obter um novo pronunciamento judicial, no qual lhe seja aplicado entendimento mais favorável. Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ressaltando a importância de se proteger a coisa julgada material, já decidiu que o rol do artigo 485 do Código de Processo Civil é taxativo, e que as hipóteses de cabimento da ação rescisória devem restar plenamente demonstradas, sob pena de indeferimento da petição inicial, conforme se verifica no seguinte julgado: 'O Estado tem interesse em proteger a coisa julgada, em nome da segurança jurídica dos cidadãos, mesmo em prejuízo à busca pela justiça. Por esse motivo,*

Acesso ao Sumário

as hipóteses de cabimento da ação rescisória são taxativas e devem ser comprovadas estreme de dúvidas. O processo é instrumento e 'todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina' (cf. Cândido Rangel Dinamarco, in 'A Instrumentalidade do Processo', 2ª edição revista e atualizada, Ed. RT, p. 206). Por se tratar de matéria exclusivamente de direito, sem a necessidade de produção de outras provas; inexistente prejuízo para a parte contrária, pois que a decisão a beneficia; em nome dos princípios da economia processual, instrumentalidade do processo e, finalmente, em razão da tendência moderna do direito processual de resultado, para que não se protraia discussão inevitável, que, ao final da instrução, seria a mesma aqui travada, impõe-se o indeferimento da petição inicial (AgRg na AR 2.121 SC Rel. Min. FRANCIULLI NETTO 1ª Seção J. 10.04.2002, in DJ 05.08.2002, p. 185)." **TJSP - Ação Rescisória nº 0004644-35.2013.8.26.0000, 13º Grupo de Câmaras de Direito Privado - rel. Des. WALTER CESAR EXNER - D.J. 08.08.2013.**

O reconhecimento da legitimidade passiva da autora para responder solidariamente à condenação imposta na ação de cobrança está embasado no "*termo individual de compromisso de devolução de containers provenientes de transporte intermodal*", cujo conteúdo afirma ter sido incorretamente interpretado pelo Juízo *a quo*, na medida em que dele não se extrairia a sua responsabilização pelo pagamento da multa devida em razão do atraso na devolução dos contêineres.

Sucede que, embora subscrito por pessoa física, sem aparente vinculação à autora, observa-se do referido instrumento que, na condição de única **despachante aduaneira** nominalmente referida, a "*Resolve*" assumiu expressa e solidariamente com o destinatário/importador (Geraldo de Araújo Tecidos Ltda.), não só o compromisso de devolver os contêineres sem avarias, mas também pelo pagamento de estadias/demurrages. Dessa forma, ausente impugnação à validade do referido contrato, não há como sustentar que a sentença considerou fato inexistente, pois a responsabilidade solidária da "Resolve" estava expressamente prevista, independente da sua efetiva participação no transporte das respectivas mercadorias.

De todo modo, cumpre destacar que a sentença, ao assim decidir, alinhou-se ao entendimento reiteradamente adotado pelo Tribunal, anotando-se, a respeito, precedente envolvendo situação idêntica entre as mesmas partes:

COBRANÇA. TRANSPORTE MARÍTIMO. SOBRESTADIA DE CONTÊINERES. Legitimidade passiva do despachante aduaneiro caracterizada, eis que se responsabilizou solidariamente pelo pagamento da taxa de sobrestadia. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Desnecessária a prova oral e pericial para o deslinde da controvérsia. Documentos suficientes para demonstrar a responsabilidade dos réus

Acesso ao Sumário

pelo pagamento da taxa de sobrestadia. Verba que possui natureza indenizatória. Não caracterizado excesso nos valores cobrados pelo autor. Sentença mantida. RECURSOS DESPROVIDOS. **TJSP - AP. 1004290-48.2016.8.26.0562 - rel. Des. Afonso Bráz - 17ª Câmara de Direito Privado - j. 09/08/2017 - Apelantes: Resolve Despacho Aduaneiro SS Ltda. e Geraldo Araújo Tecidos Ltda.**

Também no sentido de reconhecer a responsabilidade solidária do despachante aduaneiro pelo pagamento da *demurrage*: **TJSP - AP. 1023521-32.2014.8.26.0562 - rel. Des. Renato Rangel Desinano - j. 27/09/2018; TJSP - AP. 1008529-27.2018.8.26.0562 - rel. Des. Walter Barone - j. 31/10/2018; TJSP - AP. 1016902-81.2017.8.26.0562 - rel. Des. Gilson Delgado Miranda - j. 06/08/2018; TJSP - AP. 1028496-29.2016.8.26.0562 - rel. Des. Tavares de Almeida - j. 26/10/2017.**

Percebe-se, assim, que o juízo não foi levado a erro, mas decidiu de acordo com seu entendimento, à luz dos elementos de prova constantes dos autos, não cabendo a pretendida rescisão por este fundamento.

Tampouco é o caso de se desconstituir a sentença por violação à norma jurídica.

Em relação às normas provenientes da Resolução Normativa nº 18 da ANTAQ, não se sustenta a alegada violação, pois ao tempo da sentença ainda não estava ela em vigor, não se podendo admitir, portanto, a correção para admitir aplicação retroativa.

E quanto às demais, claramente se referem à situação distinta daquela tratada na ação de cobrança em questão, pois o litígio não versa propriamente sobre o contrato de transporte marítimo de mercadorias, mas sobre a locação dos contêineres que viabilizaram o cumprimento do contrato principal, esta com a inegável participação da autora, tal como acima explicitado.

Em ambos os casos, pesa em desfavor da autora o fato de não ter se interessado em tirar recurso de apelação contra a sentença agora impugnada, para o fim de levar ao conhecimento do Tribunal, no momento, os fundamentos agora trazidos na presente ação rescisória, mas que já haviam constado da sua contestação (fls. 95/103).

* * *

Ante o exposto, por meu voto, com base nos arts. 968 e 330, ambos do Código de Processo Civil, **indefiro a petição inicial e declaro extinta a ação rescisória**, sem resolução do mérito.

Sucumbente, deverá a autora arcar com as custas do processo e honorários advocatícios devidos ao patrono da ré (que contestou o pedido), arbitrados, por equidade, em R$ 1.500,00.

Nos termos do art. 968, II, do CPC, o depósito caucionário reverterá em

Acesso ao Sumário

multa a favor da parte contrária, ficando autorizado o seu levantamento pela ré.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2201454-07.2017.8.26.0000, da Comarca de Ilhabela, em que é autora DIRCE BARBOSA DOS SANTOS VALERIO (JUSTIÇA GRATUITA), é réu GEORGES LOUIS MARTENS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram improcedente a presente ação rescisória e condenaram a autora ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios de R$ 3.000,00 (três mil reais), com observação da gratuidade de justiça e o disposto no NCPC, art. 98, § 3º, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10239)**

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

São Paulo, 20 de março de 2019.

JOSÉ WAGNER DE OLIVEIRA MELATTO PEIXOTO, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Pretensão de desconstituição do acórdão proferido pela 16ª Câmara de Direito Privado que negou provimento a recurso de apelação interposto contra a sentença de procedência de ação de reintegração de posse - Alegação de nulidade absoluta no processo de origem, na medida em que a Justiça Estadual era absolutamente incompetente para seu processamento e julgamento, eis que havia patente interesse da União - Na relação possessória não se discute a propriedade ou ocupação de terras em face da união, mas sim o esbulho praticado pela autora nos lotes de propriedade e posse do réu - Lide de natureza privada - O simples fato da construção se assentar em terreno de marinha não desloca a competência para a Justiça Federal - Precedentes desta Corte de Justiça - Ação rescisória

Acesso ao Sumário

julgada improcedente, arcando a autora com os ônus do decaimento, observada gratuidade de justiça e o NCPC, art. 98, § 3º.

VOTO

Dirce Barbosa dos Santos Valério ajuizou AÇÃO RESCISÓRIA com fulcro no artigo 966, II, do Novo Código de Processo Civil, em face de **Georges Louis Martens**, visando desconstituir o venerando acórdão a fls. 2326/2329, proferido pela 16ª Câmara de Direito Privado, que negou provimento a seu recurso de apelação, interposto contra a sentença de procedência da ação de reintegração de posse que lhe foi movida pela ora réu (fls. 2329/2325).

Alega a autora, em síntese, que houve nulidade absoluta no processo de origem, de nº 0001605-85.2001.8.26.0247, que tramitou perante a Comarca de Ilhabela, na medida em que a Justiça Estadual era incompetente para seu processamento e julgamento, eis que havia patente interesse da União, pois "*o autor, ora réu, estava pleiteando direitos possessórios sobre área da marinha*". Pede procedência da ação para rescisão da sentença e do acórdão por incompetência absoluta da Justiça Estadual.

O réu ofertou contestação pugnando pela improcedência do pedido rescisório, pois que "*O simples fato de se encontrarem os lotes em área de marinha não rende ensejo ao interesse da União no julgamento da causa, mormente em se tratando de demanda possessória entre particulares e não petitória*". Cita em abono à sua tese a Súmula 14 do extinto Tribunal Federal de Recursos (fls. 2724/2736).

Réplica às fls. 2780/2793.

Anoto que a impugnação à justiça gratuita ofertada pelo réu foi rejeitada pelo v. aresto de fls. 2851/2854.

É o relatório.

Passo ao julgamento do feito, nos termos do art. 355, I, do NCPC, em razão de não haver necessidade de produção de outras provas acerca dos fatos discutidos no presente processo.

Fundamentando no artigo 966, II, do Novo CPC, pleiteia a autora rescisão do v. acórdão e da sentença para que seja declarada nulidade absoluta no processo de origem nº 0001605-85.2001.8.26.0247, que tramitou perante a Comarca de Ilhabela, na medida em que a Justiça Estadual era incompetente para seu processamento e julgamento, eis que havia patente interesse da União.

Dispõe o art. 966 do Novo CPC: *"A sentença de mérito, transitada em julgado, poder ser rescindida quando: (...) II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente*".

Acesso ao Sumário

Em comentário ao citado dispositivo legal, doutrina Daniel Amorim Assumpção Neves: "*No tocante à incompetência, já se asseverou que a doutrina majoritária entende que somente a competência absoluta do juízo é pressuposto processual de validade do processo, de forma que a rescindibilidade está limitada a essa espécie de vício. Como as regras de competência absoluta tutelam interesse público, sua violação gera vício suficiente para ensejar a propositura de ação rescisória*". (Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo, 2016, editora JusPODIVM, pág. 1568).

E estabelece o art. 109 da Carta da República: "*Aos juízes federais compete processar e julgar:* ***I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;*** *II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; VII - os habeas corpus, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; VIII - os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais; IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização; XI - a disputa sobre direitos indígenas*".

A hipótese dos autos não se amolda à disposição dos citados dispositivos legais, já que na relação possessória não se discute a propriedade ou ocupação de terras em face da união, mas sim o esbulho praticado pela autora nos lotes de propriedade e posse do réu, nada obstante situados em terreno de marinha; é lide restrita a relação de direito privado, sem incursão pública.

A conclusão retro é na adoção do entendimento nesta Corte de Justiça no sentido de que o simples fato de construção se assentar em terreno de marinha

Acesso ao Sumário

não desloca a competência para a Justiça Federal:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Peruíbe. Mosaico de áreas protegidas Juréia-Itatins. Área de Proteção Ambiental Cananéia/Peruíbe/Iguape. DE nº 24.646/86. LF nº 9.985/00. LE nº 14.982/13. DE nº 90.347/84. Ocupação. Reparação de danos. Reintegração de posse. - 1... 2. Legitimidade ativa. Cerceamento de defesa. Laudo pericial. A área objeto dos autos está inserida em terra devoluta do Estado de São Paulo, conforme laudo pericial produzido em juízo, laudo de dano ambiental elaborado pela Fundação Florestal e manifestação da própria União Federal. **Simples fato da construção se assentar em terreno de marinha que não desloca a competência para a Justiça Federal; a natureza da relação material - desmatamento e ocupação de área de proteção ambiental, sem autorização dos órgãos competentes e com dano local - deixa certa a competência da Justiça Estadual, conforme já assentado no julgamento do AI nº 0271714-22.2012, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, 21-3-2013, Rel. Torres de Carvalho**. Conclusão que afasta o inconformismo dos réus em relação à legitimidade ativa, à higidez do laudo pericial e ao alegado cerceamento do direito de defesa. Preliminares afastadas. - 3... (TJSP; Apelação 0005877-44.2009.8.26.0441; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Peruíbe - 2ª Vara; Data do Julgamento: 06/07/2017; Data de Registro: 07/07/2017). (gn).

E segue copiada ementa do julgado no acima referido:

COMPETÊNCIA. Peruíbe. Vila Barra do Una. Estação Ecológica Juréia-Itatins. Declinação de ofício. Remessa à Justiça Federal. Descabimento. 1. Competência. Não se reconhece de ofício o interesse da União se esta não se manifestou nos autos, não foi intimada a fazê-lo e em outro processo referente à mesma estação ecológica informou ao juiz federal seu desinteresse no feito. Inexistência de razão para a remessa dos autos à Justiça Federal. 2. Litigância de má fé. Litiga de má fé o advogado que, intimado do desinteresse da União manifestado em outro processo e da decisão do juiz federal que remeteu os autos à justiça estadual, omite o fato, induz o juiz a erro e insiste em uma competência federal já afastada. Conduta que se insere nos art. 14 e 17 do CPC e que deve ser levada ao conhecimento da Ordem dos Advogados. Agravo provido para reconhecer a competência da justiça estadual, determinar o prosseguimento do feito e determinar a expedição de ofício à Ordem dos Advogados do Brasil Secção de São Paulo, vencido em parte o relator. (TJSP; Agravo de Instrumento 0271714-22.2012.8.26.0000; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Foro de Peruíbe - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 21/03/2013; Data de

Acesso ao Sumário

Registro: 21/03/2013).

Nessa quadra, prevalecendo competência da Justiça Estadual, resultam ausentes elementos a configurar a nulidade arguida pela autora, de incompetência absoluta, improcedendo a presente ação rescisória.

Do exposto, pelo meu voto, ***JULGO IMPROCEDENTE*** a presente ação rescisória.

Condeno a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios de R$ 3.000,00 (três mil reais), observando-se gratuidade de justiça e o disposto no NCPC, art. 98, § 3º.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória nº 2035599-05.2019.8.26.0000, da Comarca de Votorantim, em que é autora TEREZINHA LEITE DA SILVA, é réu BANCO BV FINANCEIRA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7º Grupo de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram a petição inicial. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17.324)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente), MELO COLOMBI, CAUDURO PADIN, THIAGO DE SIQUEIRA, ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA E HERALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 21 de março de 2019.

NELSON JORGE JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Ação rescisória, com fundamento no art. 966, incs. V e VIII, do CPC - Ausência de violação manifesta a norma jurídica e de erro de fato que se verifica de plano - Interesse de agir, na modalidade adequação - Inexistência - Indeferimento da petição inicial - Necessidade - Inteligência do art. 485, inc. I c.c. art. 330, inc. III, ambos do CPC:

- Verificada a plano a ausência de violação manifesta a norma jurídica e de erro de fato, deve ser indeferida a petição inicial da ação rescisória ajuizada com fundamento no art. 966, incs. V e VIII, do CPC, e

Acesso ao Sumário

extinta sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, inc. I c.c. art. 330, inc. III, ambos do CPC. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de Ação Rescisória ajuizada por Terezinha Leite da Silva Ação Rescisória contra BV Financeira S/A - Crédito, Financiamento e Investimento, do v. acórdão proferido na Ação Anulatória n. 1001341-39.2016.8.26.0663. Sustenta ter ajuizado essa ação anulatória porque contratara diversos empréstimos consignados em benefício previdenciário, inclusive o contrato n. 230773164, a ser quitado em 48 parcelas mensais no valor de R$ 143,96, com vencimento da última parcela em 07/12/15. Todavia, em seguida, os descontos continuaram a ser feitos, com fundamento em suposta renegociação (contrato n. 232974253) que alegou não ter celebrado e, ainda, que não haveria motivo para refinanciamento, já que o outro contrato foi integralmente pago, de modo que a contratação foi fraudulenta.

Defende o cabimento da Ação Rescisória, com fundamento no art. 966, incs. V e VIII, do Código de Processo Civil, por violação manifesta a norma jurídica e farta jurisprudência e por erro de fato, ao admitir fato inexistente. Volta-se contra a afirmação contida no v. acórdão, no sentido de que nem todo o valor do segundo empréstimo foi sacado pela autora, pois voltado substancialmente à quitação do primeiro. Sustenta que o v. acórdão padece de omissão e contradição ao desconsiderar a necessidade de inversão do ônus da prova, com fulcro no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no que toca à fraude contratual e inexistência de renegociação.

Sustenta não terem sido adequadamente apreciados os arts. 6º, inc. III, 14 e 47, do Código de Defesa do Consumidor, além do art. 373, inc. II, do Código de Processo Civil, que reputa violados pelo v. acórdão. Aduz não ter sido apreciada a questão à luz da responsabilidade do fornecedor (arts. 12 a 14 e 18 a 20 do Código de Defesa do Consumidor) e à luz dos defeitos do negócio jurídico previstos no Código Civil, por ter sido vítima de manobra dolosa e fraudulenta do réu, que incorreu em conduta abusiva, prevista no art. 39 e seus incisos, do Código de Defesa do Consumidor.

Requer a rescisão do v. acórdão e a prolação de novo julgamento favorável na ação anulatória, a fim de declarar a inexistência e nulidade do empréstimo que originou os descontos em seu benefício, decorrentes do contrato 232974253, com a condenação do réu à devolução dos valores dos descontos indevidos, devidamente corrigidos e acrescidos de juros legais, com o consequente cancelamento do empréstimo e descontos em relação à autora, ou seja, de 24

Acesso ao Sumário

parcelas indevidas de R$ 143,96 (R$ 3.455,04), ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$. 20.000,00, e ao pagamento das despesas processuais, e honorários que forem arbitrados.

É o relatório.

I. O pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, formulado pela autora, deve ser acolhido.

O artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal prevê que *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que* ***comprovarem*** *insuficiência de recursos*.

Desse modo, tem-se que a concessão do benefício da gratuidade processual não depende apenas do preenchimento isolado do requisito previsto no artigo 98, do novo Código de Processo Civil, qual seja, a simples afirmação da parte de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de sua família.

A mera afirmação do requerente de que não possui condições para suportar as custas e despesas do processo não tem, **por si só**, o condão de autorizar a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Contudo, no caso, restaram demonstradas suas alegações a respeito de sua hipossuficiência financeira, não só pelo fato de que gozava do benefício na demanda na qual proferida a decisão rescindenda, mas também à vista do documento a fls. 46, pelo qual se vê que a autora aufere renda incompatível com a concessão do benefício, de rigor o deferimento da gratuidade da justiça em favor da impetrante.

Assim, inexigível o depósito prévio, previsto no art. 968, inc. II, do Código de Processo Civil, conforme se depreende do 1º do mesmo artigo.

II. A petição inicial deve ser indeferida.

De fato, aplicam-se à ação rescisória os dispositivos referentes ao procedimento comum (art. 970 do Código de Processo Civil), inclusive aqueles que cuidam do indeferimento da petição inicial e da improcedência liminar (art. 968, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil).

E pelo art. 330 do diploma processual: "A petição inicial será indeferida quando: (...) III - o autor carecer de interesse processual". Acerca dessa condição da ação, assevera **Cândido Rangel Dinamarco**:

> Existem dois fatores sistemáticos muito úteis para a aferição do interesse de agir, como indicadores da presença dele: a necessidade da realização do processo e a adequação do provimento jurisdicional postulado.
>
> Só há o interesse-necessidade quando, sem o processo e sem o exercício da jurisdição, o sujeito seria incapaz de obter o bem desejado (...).
>
> O interesse-adequação liga-se à existência de múltiplas espécies de provimentos instituídos pela legislação do país, cada um deles integrando

Acesso ao Sumário

> uma técnica e sendo destinado à solução de certas situações da vida indicadas pelo legislador. Em princípio, não é franqueada ao demandante a escolha do provimento e portanto da espécie de tutela a receber. Ainda quando a interferência do Estado- juiz seja necessária sob pena de impossibilidade de obter o bem devido (interesse-necessidade), faltar-lhe-á o interesse de agir quando pedir medida jurisdicional que não seja adequada segundo a lei[1].

Nesse tocante, deve ser ressaltado que a coisa julgada, na qualidade de garantia constitucional (art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal) e em homenagem à segurança jurídica, somente pode ser relativizada, de forma excepcional, notadamente quando a decisão de mérito transitada em julgado se amolda às figuras legalmente previstas.

E, no particular, a cristalina ausência das hipóteses invocadas pela autora, ou seja, violação manifesta de norma jurídica e erro de fato verificável do exame dos autos, conduzem à impossibilidade de recebimento da petição inicial, pois inadequado o ajuizamento da ação rescisória fora de suas hipóteses de cabimento.

Realmente, "pode-se entender que a hipótese de cabimento da ação rescisória prevista pelo art. 966, V, do Novo CPC tem como fundamento o erro crasso do juízo na aplicação do direito ao caso concreto"[2], o que não se verifica na hipótese. Com efeito, a autora manifesta simples inconformismo com o resultado do julgamento, nada tendo asseverado que não tenha sido enfrentado no bem lançado v. acórdão.

Pois bem, não há erro crasso, já que a conclusão adotada pelo v. acórdão era plenamente possível à luz dos elementos colacionados aos autos, e, à toda evidência, não é cabível a ação rescisória para rediscutir a interpretação dada à lei pela decisão rescindenda, como se depreende da **Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal**: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

Finalmente, também está ausente o segundo fundamento invocado pela autora, ou seja, que a decisão rescindenda seria "fundada em erro de fato verificável do exame dos autos" consoante inc. VIII, do art. 966 do diploma processual.

Ora, a própria lei esclarece no § 1º do invocado art. 966 do diploma processual o que seria o erro de fato passível de ensejar o cabimento da ação rescisória, ou seja, "Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido,

Acesso ao Sumário

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.2. 6ª.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 311/312.

2 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p1.374.

sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado" (grifamos).

E da leitura do v. acórdão, não há dúvidas de que o fato controvertido foi amplamente apreciado, não consistindo a adoção de conclusão diversa da pretendida pela parte em fundamento idôneo a ensejar o cabimento de ação rescisória.

III. Ante o exposto, pelo meu voto, **indefere-se a petição inicial da ação rescisória** ajuizada por Terezinha Leite da Silva contra BV Financeira S/A - Crédito, Financiamento e Investimento, extinguindo-a sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, inc. I c.c. art. 330, inc. III, ambos do Código de Processo Civil.

A autora arcará com as despesas processuais, observado o art. 98, § 3, do Código de Processo Civil. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, por não ter sido instaurado o contraditório.

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2005762-02.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes D.C.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)) e TATIANE SUENI EJEIA CORREA (REPRESENTANDO MENOR(ES)), é agravado AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.078)**

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

São Paulo, 14 de março de 2019.

THEODURETO CAMARGO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DE

OBRIGAÇÃO DE FAZER - DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA QUE A REQUERIDA CUSTEASSE O TRATAMENTO DE QUE NECESSITA O AUTOR - AGRAVANTE QUE, PORTADOR DE AUTISMO INFANTIL (CID 10 F84), NECESSITA DE TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR, EM QUATRO SESSÕES SEMANAIS, ABRANGENDO TERAPIA PSICOLÓGICA, FONOAUDIOLÓGICA, HIDROTERÁPICA E OCUPACIONAL COM ABORDAGEM COMPORTAMENTAL (MÉTODO A.B.A.), PROCEDIMENTOS IMPRESCINDÍVEIS AO SEU ADEQUADO DESENVOLVIMENTO NEUROPSICOMOTOR - RECORRIDA QUE NÃO DISPORIA DE PROFISSIONAIS OU CLÍNICAS ESPECIALIZADAS EM SUA REDE DE REFERENCIADA - SOLICITAÇÃO MÉDICA QUE OFERECE PLAUSIBILIDADE AO DIREITO INVOCADO - DOENÇA COBERTA PELO CONTRATO - A POSTURA DA AGRAVADA, AO RESTRINGIR DIREITOS E OBRIGAÇÕES FUNDAMENTAIS INERENTES À NATUREZA DO CONTRATO, DE TAL MODO A AMEAÇAR SEU OBJETO E O PRÓPRIO EQUILÍBRIO CONTRATUAL, FAZ TÁBULA RASA DO PRECEITO CONTIDO NO ART. 51, INC. IV, DO CDC - PRECEDENTE - O RECORRENTE NÃO DEMONSTROU ESTAR SOB TRATAMENTO PERANTE O CINI - CENTRO INTEGRADO DE NEUROLOGIA INFANTIL, TAMPOUCO QUE TAL CLÍNICA INTEGRE A REDE CREDENCIADA DA AGRAVADA - AINDA ASSIM, O AGRAVANTE TEM DIREITO DE TRATAR-SE NO LOCAL QUE ESCOLHER, UMA VEZ QUE A OPERADORA NÃO DISPÕE DE ESTABELECIMENTO NEM DE PROFISSIONAIS HABILITADOS - OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE QUE DEVERÁ CUSTEAR AS SESSÕES MULTIDISCIPLINARES DE QUE NECESSITA O AGRAVANTE, NOS EXATOS TERMOS DO PEDIDO MÉDICO, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R$ 1.000,00, ATÉ O

Acesso ao Sumário

LIMITE DE R$ 30.000,00, PARA A HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO - AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 39, que, no bojo de ação de obrigação de fazer, indeferiu o pedido para que a requerida custeasse o tratamento de que necessita o autor.

Irresignado, pugna o agravante pela concessão de liminar e a reforma do r. pronunciamento sob a alegação, em síntese, de que, a despeito de existir indicação expressa de seu médico de confiança, a operadora de planos de saúde alega não ter cobertura para o tratamento da enfermidade que o acomete; em que pese refira não dispor de profissionais e estabelecimentos aptos à prestação de terapia psicológica, fonoaudiológica, hidroterápica e ocupacional com abordagem comportamental (Método A.B.A.), a agravada é credenciada a clínica especializada; a requerida autoriza somente uma das quatro sessões semanais indicadas à criança; o almejado tratamento prescinde de internação hospitalar; os documentos coligidos aos autos revelam a urgência das medidas solicitadas; de rigor seja a recorrida compelida a imediatamente custear as quatro sessões semanais multidisciplinares prescritas pelo médico do menor junto à clínica CINI - Centro Integrado de Neurologia Infantil, credenciada à operadora e perante a qual o paciente vem sendo atendido.

O recurso foi regularmente processado, tendo sido concedida em parte a liminar pleiteada, consoante decisão de fls. 47/55.

Não foram apresentadas contrarrazões (fls. 62).

Por fim, as partes não manifestaram oposição ao julgamento virtual do recurso (fls. 62).

É o relatório.

1.- Consoante observado anteriormente, "Cuida-se de ação de obrigação de fazer por meio da qual o autor, portador de autismo infantil (CID 10 F84), pleiteava autorização para a realização de tratamento multidisciplinar, em quatro sessões semanais, abrangendo terapia psicológica, fonoaudiológica, hidroterápica e ocupacional com abordagem comportamental (Método A.B.A.), procedimentos imprescindíveis ao seu adequado desenvolvimento neuropsicomotor (fls. 14/22).

"Dependente de sua genitora em plano de saúde administrado por Amil Assistência Médica Internacional S.A., o ora agravante, que estaria sendo atendido perante clínica CINI - Centro Integrado de Neurologia Infantil, não obtivera autorização para a realização do aludido tratamento sob o argumento de que não constasse do rol de procedimentos obrigatórios da ANS.

Acesso ao Sumário

"A MMª Juíza *a quo* houve por bem indeferir 'o pedido liminar, considerando que inexiste nos autos prova da cobertura contratual para os tratamentos solicitados, a médica que atende a paciente não consta da rede credenciada pelo plano de saúde, bem como, não houve esclarecimento se o estabelecimento que presta o serviço solicitado na antecipação da tutela é credenciado pela ré' (fls. 39).

2.- "O r. pronunciamento merece parcial reparo.

"De início, destaca-se que os contratos de planos de saúde estão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, pois envolvem típica relação de consumo e as cláusulas devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC).

"Da detida análise dos autos, verifica-se que o agravante, portador de autismo infantil (CID 10 F84) solicitou autorização para a realização de tratamento multidisciplinar, em quatro sessões semanais, abrangendo terapia psicológica, fonoaudiológica, hidroterápica e ocupacional com abordagem comportamental (Método A.B.A.).

"Vale observar que o psiquiatra que acompanha a criança atestou, *verbis*, 'que o paciente supra faz tratamento nesse serviço com diagnóstico de CID F84. Importante que realize o método A.B.A. para desenvolver suas habilidades e potencialidades com plenitude e não fique com prejuízos de difícil recuperação. Está em uso de Risperidona com melhora superficial do quadro (SIC). Como D. é bastante hiperativo, faz necessário que a clínica seja próxima de sua casa, pois seus sintomas podem dificultar o traslado. No método em questão, o intuito é que o paciente realize no mínimo 15hs/semanais distribuídos entre psicoterapia, fono e TO (todos A.B.A.). Em relação à escola, a acompanhante terapêutica também se faz necessário' (fls. 30).

"No mesmo sentido, sua neurologista aduziu que a interrupção de seu tratamento acarretará grandes prejuízos à comunicação e integração, desencadeando agressividade física (fls. 31).

"Com efeito, a operadora de planos de saúde teria referido não dispor de profissionais ou clínicas especializadas em sua rede de referenciada para a realização do aludido tratamento.

"Como se sabe, a obrigatoriedade de cobertura do tratamento em rede credenciada pode ser relativizada em algumas situações específicas, notadamente em hipóteses de inexistência de estabelecimentos conveniados que prestem os serviços de que o segurado necessita.

"A propósito, eventual resistência da recorrida a dar cobertura às despesas com o requerido tratamento se afigura abusiva e ilegal, uma vez que recomendado por médico e vinculado a doença coberta pelo contrato.

"Ademais, a postura da agravada, ao restringir direitos e obrigações

Acesso ao Sumário

fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto e o próprio equilíbrio contratual, fazem tábula rasa do preceito contido no art. 51, inc. IV do CDC.

"Em hipótese análoga, envolvendo paciente acometido da mesma enfermidade, entendeu a C. 7ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça: 'Da ressalva quanto à rede credenciada: insubsistência. Em primeiro lugar, anote-se que a negativa de cobertura de tratamento por equipe multidisciplinar não credenciada à ré não se mostra, em regra, abusiva, notadamente porque não obsta a realização do tratamento. Assim, a pretensão à cobertura do tratamento fora da rede credenciada deve estar amparada em relevantes motivos de eventual inadequação ou inaptidão técnica dos profissionais pertencentes à rede credenciada. Na peculiaridade dos autos, o pleito se justifica pelo fato de a criança (nascida em 16/05/2012 fls. 21), diagnosticada com autismo, estar sendo submetida a tratamento multidisciplinar com os mesmos profissionais há mais de dois anos consecutivos. Os documentos de fls. 24/29 e 42/46 evidenciam que o infante interage bem durante as sessões de fonoaudiologia (fls. 42) e terapia (fls. 25), demonstrando apreço pelas atividades desenvolvidas pelos profissionais que o assistem. Não bastasse, a operadora de saúde requerida não se desincumbiu do ônus de indicar profissionais especializados e com qualidade técnica semelhante e equivalente àqueles que prestam atendimento ao menor. Por conseguinte, o pleito de tratamento pela mesma equipe multidisciplinar, ainda que não credenciada à ré, tem por fundamento, além dos motivos já elencados, a inexistência de capacidade técnica da rede conveniada. Nessa medida, sobretudo ante a anotada necessidade de tratamento semanal, intensivo e ininterrupto (fls. 31), sobressaíra a necessidade de atuação dos especialistas que não integram o rol de profissionais credenciados da ré. De mais a mais, após detida análise, consignara a ilustre representante ministerial em segundo grau, *verbis*: 'Em julgamento de embargos de declaração, o juízo a quo concede ao menor o direito de continuar o tratamento com a mesma equipe de profissionais, o que era imperioso. Contudo, cria aparente contradição ao determinar que o atendimento do autor deverá ser realizado pela mesma equipe multidisciplinar que o atendia anteriormente, desde que ela seja credenciada à operadora ré (fls. 384/385). Se os profissionais não são credenciados, como já se identificou durante a instrução processual, a condicionante nega o próprio mandamento. E não parece possível que o tratamento possa ser feito de outro modo que não pela própria equipe que já vem atendendo o autor. Se fosse, a decisão judicial provisória teria sido cumprida. A formação psicológica de uma criança nesta fase de desenvolvimento não pode ser interrompida. Se houver um recomeço ainda a ser definido com nova equipe, as consequências poderão ser irreversíveis para o menor. Por isso, a condicionante não pode ser imposta na decisão judicial. Se à demandada convier credenciar a equipe, pode fazê-lo a qualquer momento;

Acesso ao Sumário

mas este é um ônus que não pode ser imputado ao autor, a quem foi concedido o direito ao tratamento de saúde' (fls. 438/439). De fato, a ressalva de que o atendimento do autor deverá ser realizado pela mesma equipe multidisciplinar que o atendia anteriormente, desde que seja ela credenciada à operadora ré, não deve subsistir, devendo ser garantido o atendimento, ainda que fora da rede credenciada, em caráter excepcional diante das peculiaridades do caso concreto' (Ap. 1012703-66.2016.8.26.0007, rel. Des. Rômolo Russo, j. 06.12.20117).

"Ainda assim, tem direito à cobertura do tratamento no local que escolher, uma vez que a agravada não dispõe de clínica e profissionais habilitados a ministrar o tratamento de que necessita.

"Nesses termos, e ainda levando em conta que está em risco a proteção da saúde, bem jurídico especialmente relevante, que deve ser priorizado em detrimento de qualquer outro, imperiosa a antecipação dos efeitos da tutela, observando-se que, na hipótese de reversão da medida concedida, eventuais prejuízos suportados pela requerida serão de ordem exclusivamente patrimonial."

Por todo o exposto, de rigor que a operadora de planos de saúde seja compelida a custear as sessões multidisciplinares de que necessita o agravante, nos exatos termos do pedido médico, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, até o limite de R$ 30.000,00, para a hipótese de descumprimento.

3.- CONCLUSÃO - Daí por que se dá parcial provimento ao agravo de instrumento para determinar à operadora de planos de saúde que custeie as sessões multidisciplinares de que necessita o agravante, nos exatos termos do pedido médico, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, até o limite de R$ 30.000,00, para a hipótese de descumprimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2231646-83.2018.8.26.0000, da Comarca de Santana de Parnaíba, em que é agravante NATALIA MENDONÇA GONÇALVES, são agravados BRADESCO SAÚDE S/A e QUALICORP ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, deram-lhe parcial provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27076)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 27 de março de 2019.
ERICKSON GAVAZZA MARQUES, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE ACOLHEU PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA QUALICORP, EXCLUIU PARTE DO PEDIDO POR AUSÊNCIA DE CAUSA DE PEDIR, INDEFERIU A INVERSÃO DO ENCARGO DE PRODUZIR A PROVA PERICIAL E REJEITOU A TUTELA DE URGÊNCIA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE - LEGITIMIDADE CONCORRENTE ENTRE A ADMINISTRADORA E A OPERADORA OU SEGURADORA DO PLANO DE SAÚDE - EXTINÇÃO PARCIAL DA AÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO NÃO É AGRAVÁVEL - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO IMPLICA EM INVERSÃO DO ENCARGO DE ANTECIPAR O PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS - REQUISITOS DO ARTIGO 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO VERIFICADOS - DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de fls. 292/293 (origem) que, nos autos da ação declaratória de nulidade de cláusula contratual c.c. indenizatória, dentre outras deliberações, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela Qualicorp; extinguiu o pedido de restituição dos valores eventualmente pagos a maior no período compreendido entre 2015 a 2016, por ausência de causa de pedir; indeferiu a inversão do ônus da produção da prova contábil.

Sustenta a recorrente que, nos últimos quatro anos, a mensalidade do plano de saúde foi majorada ao dobro, em decorrência dos expressivos reajustes por sinistralidade, os quais, na sua concepção são ilegais. Insiste na legitimidade passiva da Qualicorp, na qualidade de administradora e intermediadora entre o beneficiário e a operadora do plano de saúde. Outrossim, insiste na manutenção

Acesso ao Sumário

do pedido de restituição dos valores pagos a maior por conta dos reajustes aplicados nos anos de 2015 e 2016. Defende a necessidade de inversão do ônus da produção da prova técnica, por se tratar de consumidor hipossuficiente, bem como a presença dos requisitos autorizadores da concessão da tutela da urgência em caráter antecipado. Pugna pela concessão da tutela recursal e, ao final, requer o provimento do recurso com a reforma da decisão.

Recurso formalmente em ordem e processado com efeito suspensivo. Após o cumprimento das diligências contidas no artigo 1.019 do Novo Código de Processo Civil, os autos tornaram conclusos para julgamento.

É o relatório. Passo a decidir.

Com efeito, o tópico da decisão agravada, que extinguiu a ação sem resolução de mérito, no que concerne ao pedido de restituição dos valores eventualmente pagos a maior nos anos de 2015 e 2016, tem natureza jurídica de sentença, logo, o recurso cabível é apelação e não agravo de instrumento, razão pela qual o deixo de conhecer nesse particular.

Feitas tais considerações, na parte conhecida, o agravo deve ser parcialmente provido.

Pois bem, sobre a preliminar de legitimidade passiva ofertada pela Qualicorp, respeitados os posicionamentos em sentido contrário, entendo que a administradora detém legitimidade concorrente para figurar no polo passivo das ações propostas pelos consumidores contra as operadoras ou seguradoras de saúde, cuja causa de pedir esteja relacionada ao contrato ou apólice coletiva por ela intermediado, como é o caso dos autos.

Isso porque a administradora de benefícios é responsável pela emissão e cobrança das mensalidades, bem como pela intermediação entre o beneficiário e a operadora ou seguradora de saúde, durante a vigência do lastro contratual.

Aplica-se, portanto, o disposto no artigo 25, § 1° do Código de Defesa do Consumidor, a saber: "*Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores*".

Sobre o ônus da prova, em via de regra, o encargo probatório incumbe a quem alega, conforme preveem os incisos II e III do artigo 373 do Código de Processo Civil. O parágrafo 1º, introduzido pelo novo Códex, autoriza a inversão do encargo nas hipóteses expressamente previstas em lei, ou por ordem judicial, quando a prova for excessivamente difícil ou até mesmo impossível de ser produzida pela parte, o que não é novidade em nosso ordenamento, pois o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), artigo 6º, inciso VIII, já previa a facilitação da defesa do consumidor, mediante a inversão, quando forem verossímeis as alegações ou quando for ele hipossuficiente.

Na hipótese dos autos, o magistrado, acertadamente, impôs à operadora

do plano de saúde o encargo de provar a legalidade dos reajustes, posto que o cálculo é realizado de acordo com critérios que o consumidor desconhece.

Quanto à prova pericial não vislumbro a presença de nenhum dos requisitos a justificar a alteração da regra processual, haja vista que será realizada por um técnico nomeado pelo magistrado e ambas as partes terão o direito de nomear seus respectivos assistentes que irão auxilia-los quanto aos termos técnicos, atuando em condições de igualdade.

Ademais, cabe acrescentar, que a inversão do ônus da prova, por si só, não altera os critérios estabelecidos no *caput* do artigo 95 do Código de Processo Civil, quanto à responsabilidade pelo adiantamento das despesas processuais, a seguir transcrito:

> "*Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.*"

Por fim, quanto à tutela de urgência em caráter antecedente, não vislumbro a presença dos requisitos do artigo 300, do Código de Processo Civil, em especial os elementos que evidenciem a probabilidade do direito.

O reajuste da mensalidade por sinistralidade, por si só, não é ilegal, desde que observadas determinadas condições, dentre as quais, previsão contratual expressa, índices calculados com base em critérios objetivos e previamente definidos, questões que somente poderão ser avaliadas após a instrução processual.

Nesse sentido, a decisão deve ser reformada apenas para reconhecer a legitimidade passiva da corré Qualicorp, que deverá ser reinserida no polo passivo da demanda.

Em decorrência do exposto, **DEIXO DE CONHECER** parte do agravo, e na parte conhecida **DOU PARCIAL PROVIMENTO**, nos termos supra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2218112-72.2018.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante CALIXTO FERNANDES, é agravado BRADESCO SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 6573)**

Acesso ao Sumário

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente) e ANGELA LOPES.

São Paulo, 29 de março de 2019.

COSTA NETTO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação indenizatória securitária - Compromisso de compra e venda de imóvel habitacional, firmado junto à COHAB - Vício Construtivo. Ingresso da União na lide, declarando-se como competente a Justiça Federal para julgar o feito - Impossibilidade - Competência da Justiça Estadual - Não comprovação do tipo de apólice e, tampouco, o comprometimento do fundo FCVS - Entendimento unificado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de recursos repetitivos, na forma do artigo 543-C do CPC/1973 - Competência da Justiça Estadual - Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que reconheceu que a apólice do autor seria do Ramo 66, admitindo como interessada a Caixa Econômica Federal e determinou a remessa dos autos à Justiça federal.

Contra esta decisão, insurge-se o autor, ora agravante, alegando, em síntese, que: **(i)** desnecessária a remessa dos autos à Justiça Federal; **(ii)** não comprovação do interesse da Caixa Econômica Federal em integrar a lide, haja vista que, não foi verificada a existência de vínculo com o ramo 66; **(iii)** equivocada a admissão, de imediato, da intervenção da CEF , com consequente remessa dos autos à Justiça Federal, uma vez que a CEF deve comprovar a necessidade de aporte financeiro do FCVS para pagamento das indenizações.

Acesso ao Sumário

Requer, liminarmente, a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso. No mérito, pede pela reforma da decisão atacada.

A liminar foi deferida, fls. 15/16.

Contrarrazões às fls. 20/35.

Às fls. 40/43, vieram informações da origem.

É o relatório.

Trata-se do recurso proposto pela parte autora, ora recorrente, alegando ter contratado Seguro Habitacional nos moldes estipulados na Apólice do Sistema Financeiro da Habitação, postulando a apuração dos sinistros de danos físicos existentes em sua moradia através de perícia judicial, para que ao final da

demanda seja indenizado pelos danos constatados.

O Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto/SP admitiu a participação da UNIÃO como terceira interessada, e consequentemente remeteu os autos para a Justiça Federal.

Segundo consta dos autos, a CEF manifestou-se informando que não foi possível identificar o ramo da apólice vinculada ao contrato da parte autora, razão pela qual, deveria ser considerada apólice privada (fls.377).

Além disso, em informações, o MM. Juiz *a quo*, informou que "*a decisão agravada acima transcrita sequer analisou qual o ramo pertence a apólice discutida, tampouco o fez quanto ao pedido da CEF (Caixa Econômica Federal). O que houve, de fato, foi o deferimento da União como assistente simples e, por tal razão, determinou-se a remessa dos autos à Justiça Federal, a qual é competente para processamento e julgamento da ação.*" (fls.42)

Em que pese o entendimento do MM. Juiz *a quo*, a decisão merece reforma.

Isso porque, no caso dos autos, não restou comprovado o tipo de apólice a que se trata a ação, não podendo ser considerado em prejuízo do autor e tampouco o comprometimento da reserva do fundo.

Ora, uma vez não identificado o vínculo com apólice pública (ramo 66), a princípio, não há interesse do Fundo de Compensação de Valores Salariais FCVS e da CAIXA (representante judicial do Fundo) na lide, pois o seguro contratado situa-se fora do âmbito do Seguro Habitacional/SFH.

E, havendo necessidade, deverá ser oficiada a CDHU para que informe o tipo de apólice.

Além disso, na jurisprudência consolidada, tanto no Superior Tribunal de Justiça, como também neste Sodalício estadual, contrária à sua tese, pois não demonstrado o interesse jurídico na demanda, ressalvando que inexiste nos autos a mínima comprovação de comprometimento da reserva da subconta FESA, tampouco do próprio Fundo de Compensação das Variações Salariais - FCVS, aliás, sequer restou demonstrada se tratar de apólice pública de seguro (Ramo 66), tudo o que lhe competia para ser admitido seu ingresso nos autos, ônus do qual não se desincumbiu, faltando mínimos indícios acerca desses fatos.

Nesse quadro, sem a indispensável comprovação, da existência de apólice pública de seguro, é de rigor o indeferimento do seu ingresso no feito, não bastando, para tanto, a mera alegação da CEF em suas razões recursais, denotando-se que sequer trouxe aos autos cópia do aludido documento que lhe legitimasse a condição de interessada juridicamente, quanto a tal característica.

Da mesma forma, também não há qualquer comprovação, ainda que indiciária, do efetivo comprometimento dos valores atinentes àquele fundo, não bastando, novamente, suas meras alegações desprovidas de prova, sem se

Acesso ao Sumário

olvidar que, no caso dos autos, a condenação indenizatória foi de valor irrisório (*monta histórica de R$ 2.704,10, para maio/2008*), respeitando os limites do pedido da ação.

Sobre a mesma matéria, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento, no sistema de julgamento de recursos repetitivos, previsto no artigo 543-C do CPC/1973, quanto à indispensabilidade de comprovação, pela Caixa Econômica Federal, das referidas características, tanto da natureza da apólice como do comprometimento da verba do fundo, transcrevendo:

> RECURSO ESPECIAL. **SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO EM QUE SE CONTROVERTE A RESPEITO DO CONTRATO DE SEGURO ADJECTO A MUTUO HIPOTECÁRIO. LITISCONSÓRCIO ENTRE A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL/CEF E CAIXA SEGURADORA S/A. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL**. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI N. 11.672/2008. RESOLUÇÃO/STJ N. 8, DE 07.08.2008. APLICAÇÃO.
>
> 1. **Nos feitos em que se discute a respeito de contrato de seguro adjeto a contrato de mútuo, por envolver discussão entre seguradora e mutuário, e não afetar o FCVS (Fundo de Compensação de Variações Salariais), inexiste interesse da Caixa Econômica Federal a justificar a formação de litisconsórcio passivo necessário, sendo, portanto, da Justiça Estadual a competência para o seu julgamento**. Precedentes.
>
> 2. Julgamento afetado à 2ª. Seção com base no Procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução/STJ n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos).
>
> 3. Recursos especiais conhecidos em parte e, nessa extensão, não providos. *(Recurso Especial nº 1.091.363/SC, julgado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em 11/03/2009, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias;* ***destacamos****)*.

Posteriormente, julgando os Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nª 1.091.363/SC, novamente, manifesta-se aquela Corte:

> SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. **SEGURO HABITACIONAL. APÓLICE PÚBLICA. FESA/FCVS. APÓLICE PRIVADA. AÇÃO AJUIZADA CONTRA SEGURADORA. INTERESSE JURÍDICO DA CEF. RECURSO REPETITIVO. CITAÇÃO ANTERIOR À MP 513/2010 CONVERTIDA NA LEI 12.409/11.**
>
> 1. Ação ajuizada antes da edição da MP 513/2010 (convertida na Lei 12.409/2011) contra a seguradora, buscando a cobertura de dano a imóvel adquirido pelo autor no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação. Pedido de intervenção da CEF, na qualidade de assistente simples da seguradora.
>
> 2. **O Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS) administrado pela CEF, do qual o FESA é uma subconta, desde a**

Acesso ao Sumário

edição do Decreto-lei 2.476/88 e da Lei 7.682/88 garante o equilíbrio da Apólice do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (Ramo 66), assumindo integralmente os seus riscos. A seguradora privada contratada é mera intermediária, prestando serviço mediante remuneração de percentual fixo dos prêmios de seguro embutidos nas prestações.

3. Diversamente, no caso de apólices de seguro privadas, cuja contratação no âmbito do SFH somente passou a ser admitida a partir da edição da MP 1.671, de 1998, o resultado da atividade econômica e o correspondente risco é totalmente assumido pela seguradora privada, sem possibilidade de comprometimento de recursos do FCVS.

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

5. Hipótese em que o contrato de seguro adjeto ao mútuo habitacional da única autora foi celebrado em condições de mercado, não sendo vinculado à Apólice Única do SH/SFH. Inexistência de interesse jurídico da CEF. Competência da Justiça Estadual.

6. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos modificativos do julgado no caso concreto, apenas para fazer integrar os esclarecimentos acima à tese adotada para os efeitos do art. 543-C, do CPC. *(Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.091.363/SC, julgado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em 09/11/2011, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti;* ***destacamos****)*.

Posteriormente, o julgado foi complementado, em razão do acórdão proferido em sede de Embargos Declaratórios nos Embargos Declaratórios, cuja relatora, designada para acórdão, foi a Eminente Ministra Nancy Andrighi, cuja ementa segue:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. **SFH. SEGURO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INTERESSE. INTERVENÇÃO. LIMITES E CONDIÇÕES.** INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC.

1. **Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional SFH, a Caixa Econômica Federal - CEF - detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples** somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 - período compreendido entre as edições da Lei nº 7.682/88

Acesso ao Sumário

e da MP nº 478/09 - **e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais FCVS (apólices públicas, ramo 66).**

2. Ainda que compreendido no mencionado lapso temporal, **ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices privadas, ramo 68), a CEF carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide.**

3. **O ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA**, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior.

4. Evidenciada desídia ou conveniência na demonstração tardia do seu interesse jurídico de intervir na lide como assistente, não poderá a CEF se beneficiar da faculdade prevista no art. 55, I, do CPC.

5. Na hipótese específica dos autos, tendo sido reconhecida a ausência de vinculação dos contratos de seguro ao FCVS, inexiste interesse jurídico da CEF para integrar a lide.

6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes. *(E.Dcl nos E.Dcl no Recurso Especial nº 1.091.363/SC, julgado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça em 10/10/2012, Relatora p/ voto Ministra Nancy Andrighi;* ***destacamos****)*.

Importante consignar que, na fundamentação desse acordão, restou esclarecido que:

> "(...) desde a criação do próprio SFH, por intermédio da Lei nº 4.380/64, até o advento da Lei nº 7.682/88, as apólices públicas **não eram garantidas pelo FCVS**. Por outro lado, com a entrada em vigor da MP nº 478/09, ficou **proibida a contratação de apólices públicas.**
>
> Assim, a análise quanto à legitimidade da CEF para intervir nas ações securitárias **fica restrita ao período compreendido entre 02.12.1988 e 29.12.2009**, durante o qual conviveram apólices públicas e garantia pelo FCVS. Nesse interregno, incide a jurisprudência pacífica do STJ, de que 'se o contrato está vinculado ao FCVS, é ele um contrato administrativo, sendo a CEF, como sucessora do SFH, legitimada a responder às demandas em que se questiona sobre tais avenças' (REsp 637.302/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 28.06.06. No mesmo sentido: REsp 685.630/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 01.08.05; e REsp 696.997/PE, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 26.09.05). (...)"

Nem se diga da existência de presunção de risco de comprometimento

Acesso ao Sumário

de prejuízo ao FCVS, por conta do quanto trazido pelo artigo 1º-A, §§ 6º e 8º, da Lei 13.000/14, a afastar a necessidade de comprovação indicada pelo referido precedente, por inexistente presunção legal que seria soberana, pois, ainda mantém o Superior Tribunal de Justiça aquele entendimento que firmara, valendo, por todos, transcrever:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. INTERESSE JURÍDICO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NÃO CONSTATADO**. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.
>
> 1. **O acórdão recorrido informou que não foi comprovada a natureza pública da apólice de seguro e, portanto, seu vínculo com o Sistema Financeiro da Habitação, de modo a indicar alguma possibilidade de haver comprometimento do sistema de seguro habitacional, do qual a Caixa Econômica Federal é a administradora**.
>
> 2. **O STJ já se pronunciou no sentido de que a Lei n.º 12.409/2011 não afasta a necessidade da demonstração do efetivo comprometimento do FCVS a fim de justificar a intervenção da Caixa Econômica Federal no processo.** Precedente.
>
> 3. Na espécie, as circunstâncias fáticas nas quais se fundamentou o acórdão recorrido não podem ser revistas em sede de recurso especial, a teor do entendimento cristalizado no verbete n.º 7 da súmula do STJ.
>
> 4. Não tendo a agravante trazido qualquer razão jurídica capaz de alterar o entendimento sobre a causa, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.
>
> 5. Agravo regimental não provido. *(Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 710.568/PR, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 17/03/2016, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias; **destacamos**)*.

Aqui no tribunal paulista, o entendimento está em sintonia com o tribunal superior, inclusive, por diversos julgados desta C. 9ª Câmara, a saber:

> Competência. **Ação indenizatória relativa a seguro habitacional. Determinação de remessa dos autos à Justiça Federal, por reconhecer o interesse da CEF. Entendimento recente do STJ, em Recurso Especial, processado pelo rito dos recursos repetitivos, no sentido de que só se justifica o deslocamento da competência, se demonstrado tratar-se de apólice pública ramo 66 e o efetivo comprometimento do FCVS**. Condições não demonstradas nos autos. Decisão reformada. Recurso a que se dá provimento. *(Agravo de Instrumento nº 2248582- 91.2015.8.26.0000, julgado pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em 15/03/2016, Relator Desembargador Mauro Conti Machado; **destacamos**)*;
>
> **Seguro habitacional vícios de construção. Decisão reconhecendo o**

Acesso ao Sumário

interesse da CEF quanto ao direito debatido na lide e determinando a remessa dos autos para a Justiça Federal. Inconformismo dos autores. Acolhimento. Ausência de comprovação de interesse jurídico da CEF a justificar seu ingresso nos autos e, consequentemente, a competência da Justiça Federal posição recentemente firmada pelo STJ superveniência da Lei Federal nº 13.000/2014 que não produz o efeito de alterar a competência, pois não dispensou a CEF do dever de realizar a demonstração do seu interesse jurídico. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido. *(Agravo de Instrumento nº 2146511-11.2015.8.26.0000, julgado pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em 19/02/2016, Relator Desembargador Piva Rodrigues; **destacamos**)*;

PROCESSO CIVIL - **Indenização securitária - Vício construtivo de imóvel** - Denunciação à lide à CEF - Descabimento - Proibição expressa do artigo 101, inciso II, do CDC Impossibilidade da intervenção, ademais, com vistas a deslocar ao interveniente a obrigação de responder inteiramente por eventual condenação - **Ausência de interesse do ente federal a justificar a alteração de competência - Situação não alterada pela edição da Lei 13.000/2014** - Cabimento, apenas, da cientificação do financiador acerca dos termos da demanda - **Competência da Justiça Estadual bem reconhecida** - Recursos desprovidos. *(Agravo de Instrumento nº 2055300-88.2015.8.26.0000, julgado pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em 30/06/2015, Relator Desembargador Galdino Toledo Junior; **destacamos**)*;

Dessa forma, não demonstrada a natureza de apólice pública de seguro, nem sua vinculação ao FCVS, como também inexistente qualquer prova do comprometimento do fundo, tal como fundamentado, a competência deve ser firmada na Justiça Estadual.

Ante o exposto, **dá-se provimento** ao recurso para manter a competência a Justiça Estadual.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2232345-11.2017.8.26.0000, da Comarca de Santos, em que é agravante J.P.B.A.S. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é agravado E.A.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.886)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOÃO CARLOS

SALETTI (Presidente), J.B. PAULA LIMA e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 28 de março de 2019.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: EXECUÇÃO DE ALIMENTOS - Determinação de emenda da petição inicial, com determinação de juntada de manifestação do Juízo prolator da decisão exequenda (Belém), acerca da eleição de foro diverso para início da fase executória - Exequente que se mudou para a Comarca de Santos - Possibilidade de o credor da prestação alimentícia optar por propor a ação no foro de seu domicílio - Inteligência do art. 528, § 9º, do CPC, que não condiciona a escolha a prévia manifestação do feito em que formado o título exequendo - Decisão reformada. Agravo provido.

VOTO

Em execução de alimentos, o Juízo determinou a emenda da petição inicial e que o exequente junte "*manifestação do juiz natural (Belém) acerca da eleição de foro diverso para início da fase executória, nos termos do REsp nº 1.119.548-PR-STJ*" (fls. 14, sempre dos originais).

Insurge-se o exequente. Alega: **a)** a ação originária tramitou em Comarca diversa, mas ele e sua genitora mudaram-se para Santos; conforme lhe faculta a lei processual civil, pleiteou ali distribuição da execução; **b)** o artigo 528, § 9º, do Código de Processo Civil, dispõe expressamente caber ao exequente de alimentos pelo foro em que correrá o procedimento, sem qualquer condicionante, não se justificando a solicitação do Juízo; **c)** o legislador dispôs inequivocamente a possibilidade de escolha do foro de domicílio do credor para a execução de alimentos por ser a norma favorável a quem tem condição de vulnerabilidade; **d)** o precedente invocado sequer é aplicável à hipótese discutida, pois se refere a conflito de competência em matéria federal.

Requer a antecipação de tutela recursal para "determinar o prosseguimento do feito na forma da petição inicial" e o provimento do agravo para reformar a r. decisão agravada.

A liminar recursal foi deferida às fls. 11/13.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

1. Trata-se de ação de execução de alimentos ajuizada perante Juízo

Acesso ao Sumário

diverso do que processou a ação de alimentos.

O exequente mudou-se de Belém para Santos, razão de ter optado por executar seus créditos nessa Comarca.

Consoante decidido por ocasião da apreciação da liminar recursal, o artigo 528, § 9º, do Código de Processo Civil, é expresso em que, "*além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio*".

A opção é do credor, descabendo a condicionante imposta pela r. decisão agravada. A norma objetiva facilitar a quem, via de regra, é a parte fraca na relação, posto em situação de dificuldade como consequência do inadimplemento de prestação de caráter alimentar de que necessita para se manter.

Anotam THEOTONIO NEGRÃO e Continuadores, em Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor e Legislação Processual em Vigor, 47ª edição, Saraiva,

> "Em se tratando de execução de prestação alimentícia, a aparente antinomia havida entre o art. 475-P e parágrafo único (e também o art. 575, II), e o art. 100, II, todos do CPC, resolve-se em favor do reconhecimento de uma regra de foro concorrente, que permite ao alimentando escolher entre: (I) o foro do seu domicílio ou residência; (II) o juízo que proferiu a sentença exequenda; (III) o juízo do local onde se encontram bens do alimentante, sujeitos à expropriação; e (IV) o juízo do atual domicílio ou residência do alimentando, eleito por ele para o ajuizamento da ação, ainda que a sentença exequenda tenha sido proferida em foro diverso. Relativização da competência funcional prevista no art. 475-P do CPC" (STJ-2ª Seção, CC 118.340, Min. Nancy Andrighi, j. 11.9.13, DJ 19.9.13) (nota 14, ao art. 528, § 9º, pág. 569).

Esse entendimento não se modifica à luz do novo Código de Processo Civil, como se vê do disposto no § 9º do artigo 528, atrás transcrito.

Ademais, a matéria sequer comporta maiores discussões, já que objeto de Súmula deste TJSP:

> Súmula 70: Em execução de alimentos, prevalece sobre a competência funcional do Juízo em que formado o título executivo judicial, a competência territorial do domicílio do credor da prestação alimentar excutida, com vistas à facilitação do acesso à justiça.

O v. acórdão invocado pelo digno Juízo, proferido no REsp nº 1.119.548-PR-STJ, não aproveita ao caso em análise, por referir-se à execução de verbas honorárias fixadas por decisão do Juízo Estadual no exercício de competência delegada da Justiça Federal. Afirmou a Corte Superior na ementa desse julgado, proferido à luz do Código de Processo Civil de 1973 e do artigo

Acesso ao Sumário

24, § 1º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia):

> "PROCESSUAL CIVIL. 535, II, DO CPC. ART. 24, § 1º, DA LEI 8.906/94.
>
> AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. SENTENÇA PROFERIDA NO JUÍZO ESTADUAL POR COMPETÊNCIA DELEGADA. VERBAS HONORÁRIAS.
>
> EXECUÇÃO. JUÍZO NATURAL. ART. 575 DO CPC. REGRA. AÇÃO AUTÔNOMA.
>
> JUÍZO FEDERAL. FORO ELEITO POR COMPETÊNCIA TERRITORIAL. ART. 475-P, INCISO II E PARÁGRAFO ÚNICO. POSSIBILIDADE CONDICIONADA À MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO JUÍZO NATURAL.
>
> (...)
>
> "3. Proferida a sentença condenatória contra a Fazenda Pública no Juízo Estadual por competência delegada, a execução da parte relativa às verbas honorárias, mesmo que em ação autônoma, em regra, deverá ser processada no mesmo juízo (natural), por força do disposto no art. 575, II, do CPC. Em que pese o dispositivo inserto no art. 475-P, inciso II e parágrafo único, permitir a eleição de foro por competência territorial para a fase de execução, tal possibilidade é condicionada à manifestação prévia do juízo natural acerca da escolha do exequente, o que não ocorreu no caso em análise. Precedente da Primeira Seção."

Como se vê, sobre ter o novel Estatuto processual regrado especificamente o cumprimento da sentença condenatória ao pagamento de alimentos (sem norma equivalente no CPC/73), o v. aresto colacionado pelo digno Juízo leva em consideração peculiaridade que não se enfrenta neste caso. Não há para a hipótese em apreço a condicionante de que a escolha seja submetida a prévia "licença" do juízo prolator do título exequendo.

Nesse sentido, também opinou o Procurador de Justiça.

2. Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2107658-25.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados JOÃO MIGUEL HADDAD (ESPÓLIO) e MARIO GEORGES HADDAD (INVENTARIANTE).

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

Acesso ao Sumário

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 68473)**

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

São Paulo, 15 de fevereiro de 2019.

JOÃO BATISTA VILHENA, Relator

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA - Alegação de que seriam a União Federal e o BACEN os exclusivos responsáveis pelo quanto se está a exigir do agravante - Descabimento - Matéria que já foi definida na sentença da ACP - Coisa julgada - Ocorrência - Legitimidade do agravante confirmada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - COMPETÊNCIA - Pleito que não está restrito ao foro onde tramitou a ação coletiva, podendo ser deduzido pelo poupador no foro de seu domicílio - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo - Prefacial afastada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PRESCRIÇÃO

Acesso ao Sumário

- É quinquenal o prazo prescricional para o ingresso com pedido de cumprimento de sentença pelo poupador, a contar do trânsito em julgado da ação coletiva - Entendimento pacificado pelo STJ em análise de recurso repetitivo - Prefacial de mérito rejeitada.

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

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

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

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA -

Acesso ao Sumário

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - CORREÇÃO MONETÁRIA - TABELA PRÁTICA DO TJ/SP - Pretensão deduzida pelo banco de que sejam utilizados os índices da caderneta de poupança - Descabimento - Tabela Prática do TJ/SP que se revela mais adequada para atualizar monetariamente os débitos para fins de cobrança judicial - Entendimento pacificado pela 17ª Câmara de Direito Privado.

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

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

Agravo conhecido em parte, na parte conhecida, desprovido.

VOTO

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

Sustenta o agravante, em síntese: necessidade de suspensão do processo; ilegitimidade ativa e passiva; incompetência territorial para o julgamento da lide; prescrição; necessidade de liquidação; que o marco inicial dos juros de mora deve ser a intimação para pagamento; descabimento dos juros remuneratórios; que a correção monetária somente pode incidir pelos índices da caderneta de poupança e, por fim, o descabimento da condenação em honorários advocatícios.

É O RELATÓRIO.

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

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

Acesso ao Sumário

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

Assim sendo, é necessária a adoção das seguintes providências:

a) Omissis

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

c) Omissis.

Pois bem.

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

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

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

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

Conferir, a propósito:

Acesso ao Sumário

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

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

Por ser deste modo, incabível a pretendida extinção da execução sem julgamento do mérito com base na ilegitimidade ativa.

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

A apontada ilegitimidade vem fulcrada no argumento de que a União Federal e o Banco Central do Brasil seriam os exclusivos responsáveis pelo quanto do agravante se está a exigir na demanda em juízo proposta.

Ora, com todo respeito, a matéria de que aqui se cuida já foi definida na

Acesso ao Sumário

sentença da Ação Civil Pública, estando recoberta pelo manto da **coisa julgada**, descabendo, assim, qualquer deliberação a este respeito.

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

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

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

Acesso ao Sumário

19/10/2011).

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

> *DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DA EXECUÇÃO INDIVIDUAL. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA DO PROCESSO DE CONHECIMENTO TRANSITADA EM JULGADO. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DE EXECUÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE CONSOLIDADA.*
>
> *1.- Para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, foi fixada a seguinte tese: "No âmbito do Direito Privado, é de cinco anos o prazo prescricional para ajuizamento da execução individual em pedido de cumprimento de sentença proferida em Ação Civil Pública".*
>
> *2.- No caso concreto, a sentença exequenda transitou em julgado em 3.9.2002 (e-STJ fls. 28) e o pedido de cumprimento de sentença foi protocolado em 30.12.2009 (e-STJ fls. 43/45), quando já transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos, estando, portanto, prescrita a pretensão executória.*
>
> *3.- Recurso Especial provido: a) consolidando-se a tese supra, no regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 08/2008 do Superior Tribunal de Justiça; b) no caso concreto, julgando- se prescrita a execução em cumprimento de sentença.* (REsp nº 1273643/PR, 2ª Seção, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27/02/2013).

No caso dos autos, foi o pedido de cumprimento de sentença deduzido em 28 de agosto de 2013, enquanto o trânsito em julgado da ação coletiva foi certificado aos 09 de março de 2011, não estando, portanto, operada a prescrição.

Afastadas as prefaciais, no mérito, antes de mais nada, necessário destacar que o procedimento conferido à liquidação nestes autos não respeitou o quanto previsto em lei.

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

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

Acesso ao Sumário

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

Conferir, a propósito:

"*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A AÇÃO COLETIVA - VALIDADE - PRETENSÃO A CONTAGEM DESDE A DATA DE CADA CITAÇÃO PARA CADA EXECUÇÃO INDIVIDUAL - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.*

1.- Admite-se, no sistema de julgamento de Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C, e Resolução STJ 08/98), a definição de tese uniforme, para casos idênticos, da mesma natureza, estabelecendo as mesmas consequências jurídicas, como ocorre relativamente à data de início da fluência de juros moratórios incidentes sobre indenização por perdas em Cadernetas de Poupança, em decorrência de Planos Econômicos.

2.- A sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de Cadernetas de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas, não interferindo, portando, na data de início da incidência de juros moratórios, que correm a partir da data da citação para a Ação Civil Pública.

3.- Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.

3.- Para fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006), declara-se consolidada a tese seguinte: "Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil

Acesso ao Sumário

Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, se que haja configuração da mora em momento anterior."

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

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

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

No que se refere aos **juros remuneratórios**, vistos os autos com maior cuidado se percebe que embora, na sentença originalmente proferida a questão dos mencionados juros não tenha sido abordada, em razão de embargos declaratórios opostos contra aludida decisão pelo Ministério Público, o MM. Juiz *a quo*, acolhendo a tais embargos, expressamente tratou do tema, e proferiu nova decisão admitindo a incidência dos juros remuneratórios questionados, tudo como consta dos autos principais.

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

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

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

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

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

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

Acesso ao Sumário

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

"*EXECUÇÃO - ação civil pública - caderneta de poupança - expurgo inflacionário - incidente a diferença sobre o saldo em janeiro de 1989 - inclusão nos cálculos dos demais expurgos decorrentes dos planos econômicos - admissibilidade - Precedentes do STJ - Recurso do embargado provido*"

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

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

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

Ementa: *Agravo de instrumento*. **Ação civil pública**. *Expurgos Inflacionários. Liquidação de sentença transitada em julgado. Prevenção desta c. Câmara para apreciação dos recursos oriundos do processo nº 0403263-60.1993.8.26.0053, que tramitou perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Adoção do índice de 42,72% para cálculo da diferença não creditada quando da edição do Plano Verão em relação às cadernetas com aniversário na primeira quinzena de janeiro de 1989. Com direito o poupador, deduzido o índice efetivamente aplicado à época, ao recebimento da diferença de 20,3609%. Suspensão do andamento da execução. Ordem supedaneada nos Recursos Especiais nºs. 1.391.198-RS e 1.370.899-SP, assim também no Extraordinário nº 573232. Inviabilidade - regular prosseguimento na origem. Alcance do "decisum" e foro da ação - o poupador pode habilitar-se para o cumprimento da r. sentença, que tem efeito "erga omnes", no foro de seu domicílio. Filiação ao IDEC/Legitimidade ativa. Desnecessidade da comprovação de filiação do poupador ao IDEC. Precedentes do STJ e desta Corte. Custas iniciais. Necessidade de recolhimento. Possibilidade de diferimento, nos termos do artigo 5º da Lei Estadual nº 11.608/2003, que não conta rol taxativo. Tese majoritária desta c. Câmara. Prescrição da execução individual - o prazo prescricional para execução individual em ação civil pública é de cinco (cinco) anos contados do trânsito em julgado da r. sentença. Título executivo judicial. Execução lastreada*

Acesso ao Sumário

em sentença condenatória genérica proferida em autos de ação civil pública transitada em julgado. Desnecessidade da liquidação por artigos ou arbitramento, bastando a apresentação de simples cálculos para a apuração do valor devido, nos termos do art. 475-B do CPC. Juros remuneratórios. Cabimento. Necessidade de plena recomposição do saldo em caderneta de poupança. Cômputo à razão de 0,5% ao mês, de forma capitalizada, a partir de fevereiro de 1989 até a data do efetivo pagamento. Correção monetária. Atualização devida para preservação do valor intrínseco da moeda. Utilização dos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde fevereiro de 1989 até o efetivo pagamento. Juros moratórios devidos, em postura adotada por este e. Câmara a partir de então, da citação na fase de conhecimento, e não da executória, até o efetivo pagamento, em cômputo simples. Cumulação entre juros remuneratórios, moratórios e correção monetária. Possibilidade - jurisprudência dominante desta c. Corte. Honorários advocatícios - verba devida em sede de execução de sentença nas hipóteses de não pagamento espontâneo do débito pelo Banco. Oferta de impugnação a caracterizar contraditório; cumpre, ainda que parcialmente acolhida, arbitrar-se verba honorária em favor do poupador, no importe equivalente a 10% sobre o proveito econômico por ele obtido. Valor incontroverso da condenação. Cabe ao preclaro juízo "a quo", oportunamente, a pedido do poupador, determinar seu levantamento. Recurso improvido. (Apel. nº 2200474-31.2015.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Tércio Pires, j. 30/03/2016).

***Ementa**: AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação civil pública. Expurgos Inflacionários. Liquidação de sentença transitada em julgado. Prevenção desta C. Câmara para apreciação dos recursos oriundos do processo nº 0403263-60.1993.8.26.0053, que tramitou perante a 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Adoção do índice de 42,72% para cálculo da diferença não creditada quando da edição do Plano Verão em relação às cadernetas com aniversário na primeira quinzena de janeiro de 1989. Após a dedução do índice efetivamente aplicado à época, o poupador faz jus ao recebimento da diferença de 20,3609%. Suspensão do andamento da execução. Determinação com fulcro nos Recursos Especiais nº 1.391.198-RS, e nº 1.370.899-SP, e Recurso Extraordinário nº 573232. Irrazoabilidade. Feito que deve prosseguir na origem. Efeitos da sentença e foro da ação. O poupador pode habilitar-se para o cumprimento da r. sentença, que tem efeito "erga omnes", no foro de seu domicílio. Filiação ao IDEC/Legitimidade ativa. Desnecessidade de comprovação de filiação do poupador ao IDEC. Precedentes do STJ e desta Corte. Custas iniciais. Necessidade de recolhimento. Possibilidade*

Acesso ao Sumário

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

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

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

Acesso ao Sumário

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

Deixo de majorar a verba honorária nos termos do § 11, do art. 85, do Código de Processo Civil, porquanto não foram arbitrados honorários para serem elevados. Finalmente, apenas para evitar futuros questionamentos desnecessários, observo que tenho por expressamente ventilados, neste grau de jurisdição, todos dispositivos legais e constitucionais citados em sede recursal.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2013888-41.2019.8.26.0000, da Comarca de Birigüi, em que é agravante INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS STRONG LTDA., são agravados TOKE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA., COLCINELA PRODUTOS INFANTIS LTDA. ME, BABY PASSO CALÇADOS LTDA. ME, ALISON DA SILVA RODRIGUES e PAULO NEI RODRIGUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.759)**

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

São Paulo, 21 de fevereiro de 2019.

CESAR CIAMPOLINI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Concorrência desleal. Ação cominatória para abstenção de uso de marca cumulada com pedidos indenizatórios. Decisão indeferindo liminar "inaudita altera parte". Agravo de instrumento. Utilização indevida da marca da autora mesmo após rescisão judicial de contrato de licenciamento em que uma das corrés figurava como licenciada, redirecionamento de clientes por meio de "website" e comercialização de produtos idênticos aos da autora, porém identificados sob outras marcas. Tal conjunto de elementos, ainda

que em cognição perfunctória, demonstra prática de concorrência desleal capaz de ensejar o deferimento de tutela provisória. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido.

VOTO

RELATÓRIO.

Ao despachar pela primeira vez neste agravo de instrumento, deferindo liminar, assim sumariei a controvérsia recursal:

"Vistos ***etc***.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que, nos autos de ação cominatória para abstenção de uso da marca **Toke** cumulada com pedidos indenizatórios ajuizada por Indústria e Comércio de Calçados Strong Ltda. contra Toke Indústria de Calçados e outros, indeferiu tutela provisória à autora, ora agravante, ***verbis***:

'Vistos.

Fls. 563/565: recebo como emenda à inicial. Anote-se.

Nos termos do art. 300 do CPC, para que seja concedida a tutela de urgência é necessário que: a) existam elementos que evidenciem a probabilidade do direito e; b) haja perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Os elementos que evidenciem a probabilidade do direito se relacionam ao convencimento do Juízo acerca dos fatos apresentados pela parta autora aptos a demonstrar o direito subjetivo invocado e, também, quanto ao perigo de dano e ou risco ao resultado útil do processo. Para isso exige-se que os fundamentos sejam apoiados em prova idônea, não com a finalidade de um convencimento absoluto, mas para demonstrar uma grande probabilidade do direito invocado.

No presente caso, numa análise preliminar, não há prova convincente do alegado pela parte autora e, nesta fase, a tutela de urgência não deve ser concedida à base de simples alegações ou suspeitas. Apesar de não ser necessária prova cabal da existência do direito invocado, 'terá, no entanto, que ser clara, evidente, portadora de grau de convencimento tal que a seu respeito não se possa levantar dúvida razoável' (Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. 49ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, e-book).

Ou seja, não basta a alegação parecer verdadeira. Deve existir prova forte suficiente para confirmar, ao menos em cognição sumária, que os fatos alegados parecem realmente verdadeiros, o que não se verifica no presente caso. Assim, indefiro o pedido de tutela de urgência.

Diante das especificidades da causa e de modo a adequar o rito processual às necessidades do conflito, deixo para momento oportuno a

Acesso ao Sumário

análise da conveniência da audiência de conciliação (CPC, art. 139, VI e Enunciado n.35 da ENFAM).

Recolhida a taxa postal pela parte autora no prazo de 15 dias, cite-se, por carta 'AR', a parte Ré para contestar o feito no prazo de 15 (quinze) dias úteis.

A ausência de contestação implicará revelia e presunção de veracidade da matéria fática apresentada na petição inicial.

A presente citação é acompanhada de senha para acesso ao processo digital, que contém a íntegra da petição inicial e dos documentos. Tratando-se de processo eletrônico, em prestígio às regras fundamentais dos artigos 4º e 6º do CPC fica vedado o exercício da faculdade prevista no artigo 340 do CPC.

Ofertada contestação, dê-se vista à parte autora, pelo prazo de 15 dias, e, então, tornem conclusos.

Int.' **(fls. 567/568, na numeração dos autos de origem)**.

Em resumo, a agravante argumenta que ***(a)*** é titular da marca **Toke**, registrada no INPI; ***(b)*** em 1999 licenciou a marca à corré Toke Indústria e Comércio de Calçados Ltda.; ***(c)*** obteve decisão judicial que declarou a rescisão do contrato, no entanto, os réus continuam utilizando sua marca e fabricando calçados idênticos aos seus; ***(d)*** houve decisão do Juízo criminal que homologou laudo pericial atestando a contrafação e determinou a apreensão de 4.000 pares de calçados dos réus.

Requer tutela antecipada para que se determine aos réus que se abstenham de ***(a)*** usar a marca **Toke** e ***(b)*** fabricar e comercializar calçados idênticos aos da marca **Toke**, sob pena de multa de R$ 5.000,00 por dia.

A final, pede o provimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

Defiro a tutela provisória requerida pela autora, ora agravante.

Em que pese, como se sabe, o deferimento de liminar ***inaudita altera parte*** ser '*providência que só deve ser tomada pelo juiz em situações excepcionais*' (NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, CPC Comentado, 17ª ed., pág. 232), como, aliás, assinalado pela r. decisão genérica agravada, no caso concreto, há fortes indícios de que os réus praticam concorrência desleal contra a autora.

Inicialmente, observo que esta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial deferiu a rescisão do contrato de licenciamento mantido entre a autora (licenciante) e a corré Toke Indústria e Comércio de Calçados Ltda. (licenciada), devido à utilização indevida da marca **Toke** pela segunda.

Veja-se a ementa do julgado:

'Ação pela qual se pede a manutenção de contrato de licença de uso de marca, com pedidos indenizatórios, ajuizada por licenciada. Sentença de

Acesso ao Sumário

improcedência. Apelação da autora.

Licenciada que, contrariando seus deveres contratuais e dispositivos da Lei 9.279/96, fabricou e comercializou produtos idênticos aos da marca licenciada ('Toke'), mas com sinal distintivo diferente e com preço menor, oferecendo-os aos mesmos consumidores. Evidente aproveitamento indevido da marca da ré que, de fato, justificou a resilição do contrato de licença de uso de marca por culpa exclusiva da autora.

Manutenção da sentença recorrida, nos termos do art. 252 do RITJSP. Apelação a que se nega provimento, com imposição de multa.' **(Ap. 1004687-10.2016.8.26.0077, de minha relatoria; grifei e destaquei em negrito)**.

Naquele julgado, datado de 20/6/2018, a Câmara já tinha observado que havia '*evidente uso indevido dos direitos marcários da ré, porquanto a autora valeu-se da reputação da marca 'Toke' para comercializar produtos quase idênticos aos mesmos consumidores*'.

Neste agravo de instrumento, a autora demonstrou seu ***fumus boni iuris*** apresentando diversos indícios de que os réus não apenas continuam utilizando indevidamente a marca Toke, como também vêm empregando outras práticas que, aparentemente, têm o objetivo de confundir consumidores.

Em 8/11/2018, foi realizada busca e apreensão nos estabelecimentos dos réus, autorizada pelo MM. Juízo da 1ª Vara Criminal de Birigui (processo 1008521-50.2018.8.26.0077), na qual foram apreendidos cerca de 4.000 produtos (fls. 80/81, 82/121 e 122/147, na numeração dos autos de origem).

Sobrevieram, naqueles autos, dois laudos periciais indicando que:

- *'(...) foram apreendidos calçados com a marca Toke e Toke Baby (ver análise deste Laudo) e foram encontrados e não apreendidos clichês para impressão das marcas Toke e Toke Baby. As marcas Mielino e Kit Colt não foram apreendidas, mas verificou-se que se confundem e misturam com as duas anteriormente citadas, são comercializadas em conjunto e vários modelos são idênticos, mudando apenas a marca neles impressa (ver análise deste Laudo).*' (fl. 106, na numeração dos autos de origem; grifei)

- '*Calçados idênticos* [aos da marca Toke] *com marcas diferentes impressas na palmilha são produzidos e comercializados.*' (fls. 105 e 147, também na numeração dos autos de origem).

- Ao responder o quesito '*se os réus utilizam a marca Toke em suas fachadas comerciais ou fazem propaganda da marca*', afirmou o perito: '*Sim. Nas fachadas e portas acrescidas da palavra Baby, como mostrado anteriormente por este perito e os capachos nas portas de entrada tanto da fábrica como da loja apenas com a palavra Toke, idêntica e escrita da parte autora. Este perito encontrou site, página no facebook e no instagram. Em busca no google, diversas lojas comercializam a marca.*'

Acesso ao Sumário

(fl. 107, sempre na numeração da origem).

Não obstante, há nos autos duas atas notariais recentes (de 4/10/2018 e 22/1/2019), atestando que diversas referências à marca **Toke** ainda podem ser encontradas no ***site*** e nos produtos comercializados pelos réus (fls. 538/541, na numeração dos autos de origem, e fls. 15/19).

Anoto, por fim, que, em 11/2/2018, acessei o ***site*** 'endereço eletrônico constante no texto original' e lá se encontra página com os seguintes dizeres: '*Agora somos KIT COLT ! :) Clique abaixo e acesse a nossa loja virtual, os* ***mesmos produtos*** *com a mesma qualidade que você já conhece:* endereço eletrônico constante no texto original' (destaquei). Referido fato foi também ressaltado em perícia (fl. 108, na numeração dos autos de origem).

Em suma, como se vê, os elementos nos autos são suficientes para formar convencimento, ainda que na cognição perfunctória que cabe neste momento processual, de que diversas práticas parecem estar sendo adotadas pelos réus para vincularem-se à marca **Toke** e, assim, apropriarem-se da clientela da autora.

Colho os seguintes precedentes desta 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial:

'PROPRIEDADE INTELECTUAL. Contrato de fornecimento de material didático e cessão do uso da marca 'Integral' pelas autoras à ré. Denúncia do contrato pelas detentoras da marca, com notificação de vigência até o fim do ano de 2013, em razão de suposta prática de concorrência desleal pela licenciada. Antecipação da tutela em parte para que a ré abstenha-se de utilizar a marca das autoras a partir do ano de 2014 e para que desde já deixe a licenciada e seus sócios de associar a marca por estes criada àquela de que são detentoras as autoras. Manutenção. Impossibilidade de referência à marca das autoras após o fim da vigência do contrato. Associação das marcas 'Integral' e 'Next' que enseja concorrência desleal. Recurso desprovido.' **(AI 2054866-70.2013.8.26.0000, FRANCISCO LOUREIRO; grifei)**.

'Propriedade industrial. Marca. Concorrência desleal. Ação de abstenção de uso de marca c.c. indenização por danos materiais e morais. Decisão que indefere o pedido de tutela de urgência. Irresignação. Preenchimento dos requisitos do art. 300 do CPC/15. Agravante que demonstrou ser a titular do registro da marca nominativa 'Shopimóveis' junto ao INPI. Garantia de uso exclusivo em todo território nacional, consoante regramento contido na Lei nº 9.279/96. Sinais distintivos adotados pela agravada em seu estabelecimento comercial e na internet que, à época do ajuizamento da ação, guardavam extrema semelhança com a marca da agravante. Conduta que, ao menos em sede de cognição sumária, pode gerar confusão da clientela e, portanto, caracterizar ato de concorrência desleal. Tutela de urgência deferida, em parte. Decisão reformada. Agravo parcialmente provido.' **(AI 20565944-22.2017.8.26.0000, ALEXANDRE**

Acesso ao Sumário

MARCONDES).

Isso posto, defiro tutela provisória à autora, determinando, como pleiteia, que os réus abstenham-se de ***(a)*** usar, por quaisquer meios, a marca **Toke** e ***(b)*** fabricar e comercializar produtos idênticos aos do catálogo da autora (fls. 148/537, na numeração dos autos de origem).

Fixo multa diária no valor de R$ 1.000,00, a ser aplicada em caso de descumprimento de qualquer uma das determinações supra, limitada a R$ 50.000,00, que foi o valor que a autora atribuiu à causa.

Oficie-se à origem.

Não estando angularizada a relação processual, publique-se e, após, retornem os autos conclusos (Voto nº 19.759)." **(fls. 23/31; grifo, negrito e itálico do original)**.

Ausente oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO.

Reformo a r. decisão agravada.

Como dito em sede liminar, os elementos nos autos demonstram que, mesmo após a rescisão de contrato que licenciava a marca **Toke** à corré Toke Indústria de Calçados Ltda., os réus têm ***(a)*** utilizado indevidamente a marca da autora; ***(b)*** redirecionado clientes por meio do ***site*** "endereço eletrônico constante do texto original" e ***(c)*** comercializado produtos idênticos aos da autora, porém identificados sob outras marcas.

Tais elementos são suficientes para ensejar o deferimento da tutela provisória requerida pela autora, pois caracterizam atos de concorrência desleal, com o intuito gerar confusão no mercado consumidor.

Aos julgados colacionados supra, somem-se os seguintes das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste Tribunal:

"Propriedade Industrial. Sorvetes derivados de iogurte. Agravante que detém a titularidade de marcas nominativa e mista, adotando, no invólucro do produto, composição de cores e sinal distintivo especial, formando conjunto-imagem. Agravada que, de par com o uso de *trade dress* semelhante, utiliza expressão figurada com as mesmas características das marcas. Verossimilhança presente. Antecipação de tutela concedida. Recurso provido." **(AI 2023472-11.2014.8.26.0000, ARALDO TELLES; grifei)**.

"Propriedade industrial. Trade dress. Tutela de urgência. Ação de obrigação de não fazer c.c. indenização. Pedido de tutela de urgência indeferido. Conjunto- imagem *(trade dress)* utilizado nos produtos da agravada praticamente idêntico aos da agravante no mesmo tipo de produto (cartas de baralho). Possibilidade concreta de confusão pelos clientes. Agravo provido." **(AI 2116537-55.2017.8.26.0000, ALEXANDRE MARCONDES; grifei)**.

Acesso ao Sumário

"MARCA. TRADE DRESS. CONCORRÊNCIA DESLEAL. Agravo de instrumento contra a decisão que, em demanda com pedidos cominatório e de indenização, determinou, em tutela antecipada, a modificação do conjunto imagem do produto comercializado pela agravante. Assiste razão à agravante ao afirmar que somente a prova pericial trará conhecimento seguro sobre a alegada contrafação do conjunto imagem do produto das agravadas. Contudo, não se pode deixar de reconhecer que, em exame sumário, vê-se evidente semelhança entre as embalagens do produto, que, além disso, apresentam nomes similares: Claricure e Cicatricure. As agravantes juntaram à petição inicial fotografias ampliadas das embalagens dos produtos, que se apresentam, predominantemente, em tonalidades de rosa. Além disso, os elementos gráficos foram dispostos em iguais posições nas embalagens. Considerando as semelhanças apontadas, presente a possibilidade de confusão perante os consumidores, a decisão agravada, bem fundamentada, identificou contrafação do *trade dress* e, acertadamente, determinou a modificação da embalagem do produto pelo agravante. Decisão agravada mantida. Recurso não provido." **(AI 2120673-66.2016.8.26.0000, CARLOS ALBERTO GARBI; grifei)**.

A respeito da utilização de ***links*** para desvio de clientela na ***internet***, veja-se, ainda, analogamente, o seguinte precedente da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial:

"Ação de obrigação de fazer c.c reparação de perdas e danos - Sentença que acolheu em parte a pretensão - Inconformismo das partes - Acolhimento em parte - Propriedade industrial - Delimitação da causa de pedir e do pedido, nos termos da inicial e da emenda efetivada antes da citação - Concorrência desleal configurada - Violação ao trade dress (conjunto-imagem) de kits de enxovais para bebês caracterizada, considerando a substancial semelhança entre os produtos - Identidade visual reproduzida indevidamente, acarretando risco de confusão ou associação indevida do consumidor - Uso de links patrocinados no site de busca Google - Possibilidade de confusão do consumidor e desvio de clientela, tendo em vista que as partes atuam no mesmo segmento de mercado - Ressarcimento pelos danos causados devido - Valor a ser apurado em fase de liquidação - Sentença reformada em parte - Recursos providos em parte." **(Ap. 1004639-59.2016.8.26.0236, GRAVA BRASIL; grifei)**.

Reformo, desse modo, a r. decisão agravada, confirmando a tutela provisória deferida em sede liminar.

DISPOSITIVO.

Dou provimento ao agravo de instrumento.

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

deste voto.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2099831-60.2018.8.26.0000, da Comarca de Capão Bonito, em que são agravantes JONSELY BARBOSA DE SIQUEIRA, FABIANO RODRIGUES GARCIA e NELSON VIEIRA DOS SANTOS, são agravados INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRAS RIBEIRA SANTOS LTDA. EPP(EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) e RIBEIRA SANTOS TRANSPORTES LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.886)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente) e ARALDO TELLES.

São Paulo, 18 de março de 2019.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Falência. Desistência da arrematação. Furto e depredação de bens que não motivaram a desistência de dois dos agravantes. Manifestação nos autos atestando persistir o interesse na arrematação mesmo após noticiado o estado dos bens. Frustração da arrematação que se atribui aos proponentes, sendo devida a comissão do leiloeiro. Outra desistência, todavia, do terceiro recorrente, ela sim, que se fundou no cancelamento da arrematação e realização de novo leilão, assim por circunstância a si não atribuível. Devolução da comissão de leiloeiro que se impõe. Decisão parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, em autos de falência, indeferiu restituição da comissão do leiloeiro, depositada em razão

Acesso ao Sumário

de arrematação que, porém, foi desfeita. Argumentam os recorrentes, em sua irresignação, que a alienação não se aperfeiçoou porque os caminhões a que se referia haviam sido objeto de depredação, com furto de peças, por isso descaracterizados os bens. Afirmam que nunca expedida ordem de entrega e que, devolvido o preço, também a comissão deve sê-lo.

Indeferido o efeito ativo (fls. 24/26), o recurso foi regularmente processado e respondido.

O Administrador Judicial não opinou definitivamente sobre o mérito do recurso, por não dizer respeito diretamente à recuperação judicial (fls. 28/30).

A Procuradoria foi pelo provimento (fls. 45/51).

É o relatório.

Respeitada a convicção do MM. Juízo *a quo*, o recurso comporta provimento, embora apenas em parte.

De início, não se olvida ter-se mencionado, quando do indeferimento ativo, a suspeita que se havia levantado, a partir de informação do Administrador, de que possivelmente houvesse o envolvimento de pessoas próximas aos agravantes em tentativa de furto dos veículos. Conforme lá se asseverou:

"*No caso, certo que a alienação judicial se frustrou. Tal o que parece atribuível à invasão do local do depósito, com depredação e subtração de peças dos caminhões a cuja venda se procedia.*

Sucede que, segundo suspeita a que faz alusão o Administrador na origem (fls. 3.724/3.727), o evento teria ocorrido com a participação de um dos arrematantes. E ainda que não qualquer dos agravantes, refere-se na mesma manifestação que todos seriam vizinhos ou parentes.

Daí recomendar-se ao menos processar o agravo e ouvir os interessados, e mesmo o Administrador, para deliberação sobre a devolução pretendida."

Todavia, o fato é que não há notícia de qualquer progresso das investigações em sede criminal e que indique a participação dos agravantes nos fatos investigados. As imputações, de resto, parece envolvem muito mais os proponentes Alexandre e Letícia, que já interpuseram agravo de instrumento em separado dos ora agravantes, não conhecido por intempestividade (autos n. 2102540-68.2018.8.26.0000).

Nem por isso, porém, merece o recurso provimento quanto aos agravantes Nelson e Jonsely, pois sua desistência da arrematação não é atribuível a qualquer outra circunstância além da própria vontade, como se deduz da sequência dos eventos ocorridos ao longo da falência.

Determinado o primeiro leilão dos bens a que toca este agravo (v. edital de fls. 3085/3087 da origem, retificado a fls. 3090/3092), o leiloeiro se dirigiu ao local onde estavam depositados e verificou depredação (fls. 3112/3115 da

Acesso ao Sumário

origem), apontando a necessidade de reavaliação. Foi então publicado novo edital de leilão (fls. 3131/3136), com menção expressa a tal circunstância e novos valores.

O agravante Nelson apresentou proposta tempestiva (fls. 3337). Após o encerramento do leilão em 17 de setembro de 2017, o agravante Fabiano apresentou sua proposta (v. fls. 3358/3359), seguido pelo agravante Jonsely, cuja proposta havia sido anteriormente rejeitada pelo Administrador Judicial por não respeitar os valores mínimos estabelecidos no leilão (fls. 3348/3351 e 3361/3362).

Posteriormente, em 10 de janeiro de 2018, foi noticiada tentativa de furto dos veículos arrematados por um indivíduo referido como "Felipe", o qual se dizia arrematante de oito caminhões (que coincidem com aqueles cuja aquisição almejavam os agravantes e os proponentes Alexandre e Letícia, cf. fls. 3424/3433da origem), noivo da proponente Letícia e sobrinho do proponente Alexandre. Diante disso, o Administrador Judicial, suspeitando da atuação dos proponentes, requereu o cancelamento de todas as propostas, inclusive daquela dos agravantes, bem assim a realização de novo leilão (fls. 3420/3423 da origem).

No dia seguinte, 11 de janeiro de 2018, procedeu-se à verificação dos bens objetos das propostas dos agravantes e constatou-se novamente a sua depredação e deterioração, além de observar-se que a sede da falida "*tem sido alvo de vandalismo e furtos constantes, estando com janelas e portas quebradas no interior, apesar da porta de entrada estar fechada a chaves, havendo no interior do escritório muitos objetos quebrados e papeis espalhados e podendo-se observar que dos veículos e máquinas tem sido retirados peças e componentes, além do efeito de deterioração pela exposição ao tempo.*" (fls. 3458/3460 da origem), reiterando o que já vinha sendo narrado nos autos (v. fls. 3375/3381 da origem). Os veículos foram então retirados para novo depósito (v. fls. 3461/3463, 3475 e 3525/3533 da origem).

Todavia, mesmo após todo o ocorrido e reiterados alertas e manifestações do Administrador Judicial para o cancelamento das propostas e realização de novo leilão, todos os proponentes (inclusive os agravantes) se manifestaram em 08 de fevereiro de 2018, afirmando que, "*não obstante toda essa situação peculiar por que passaram os bens arrecadados e o consequente atraso da marcha processual, os arrematantes e os proponentes à arrematação de alguns bens mantêm o interesse em adquiri-los por meio dessa alienação.*" (fls. 3535/3539).

Destarte, ao menos no que se refere aos agravantes Nelson e Jonsely, não colhe o recurso, pois não se pode afirmar que o seu pedido de desistência, datado de 21 de março de 2018 (fls. 3731/3732), se tenha fundado na falta de peças dos veículos que se propuseram a arrematar ou na demora no deferimento das

Acesso ao Sumário

arrematações, como consta das justificativas anexas ao pedido (fls. 3733/3734).

E nem se diga que tal pedido tenha sido fundado na petição de fls. 3724/3727 do Administrador Judicial, em resposta à referida manifestação dos agravantes, de fls. 3535/3539. Com efeito, o Administrador Judicial recomendou a realização de novo leilão, em razão de circunstâncias ditas suspeitas envolvendo a tentativa de furto. Porém, nada fez além de reiterar o teor de manifestações anteriores, inclusive, à petição de fls. 3535/3539 dos agravantes, como já mencionado.

Assim, dada a desistência injustificada, ou por pura vontade, dos agravantes Nelson e Jonsely, não fazem jus à devolução da comissão do leiloeiro.

O recurso comporta provimento, todavia, quanto ao agravante Fabiano.

Com efeito, este recorrente somente protocolou pedido de desistência (fls. 3757) porque a decisão agravada de fls. 3742/3743, além de homologar as desistências dos agravantes Nelson e Jonsely e de outros proponentes, determinou o cancelamento e a realização de novo leilão para a "*alienação dos veículos constantes na lista de fls. 3085/3087 (...)*", que incluem aqueles mencionados em sua proposta (fls. 3359).

Destarte, embora a decisão agravada de fls. 3763 tenha homologado o pedido de desistência da arrematação, esta já não se realizaria de todo modo, em razão da decisão de fls. 3742/3743, motivada por circunstâncias que não se podem atribuir ao agravante, porque, como já assentado, ausentes elementos nos autos que demonstrem seu envolvimento na tentativa de furto dos veículos.

Nesse sentido o precedente mencionado quando do indeferimento do efeito suspensivo:

"*Já se decidiu, com efeito, que, desfeita ou não aperfeiçoada a arrematação, por fato não atribuível ao arrematante, devida a devolução da comissão do leiloeiro* (***RSTJ 171/155; JTJ 164/205; RT 884/206, apud Theotônio Negrão et al, CPC anotado, 48ª ed., Saraiva, p. 793, nota 3 ao art. 884***)."

Faz jus, então, o agravante Fabiano à devolução da comissão do leiloeiro, merecendo reforma nessa parte a decisão de fls. 3763.

Ante o exposto, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO** ao agravo, nos termos acima.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2205727- 92.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FUNDAÇÃO SANTO ANDRÉ, é agravado HECTOR BEDOR COELHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, com determinação, por maioria de votos, vencido o 2º Desembargador, que declara voto." **(Voto nº 20859)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente) e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 28 de março de 2019.

CASTRO FIGLIOLIA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - TAXA JUDICIÁRIA - ISENÇÃO - INADMISSIBILIDADE - FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE CARÁTER EMINENTEMENTE PRIVADO - agravante que explora atividade econômica - prestação de serviços educacionais, com cobrança de mensalidades - isenção prevista no art. 6º da Lei Estadual nº 11.608/03 que alcança unicamente as fundações de direito público.

JUSTIÇA GRATUITA - INDEFERIMENTO - INSTITUIÇÃO DE ENSINO SEM FINS LUCRATIVOS - condição que, por si só, não é bastante para a concessão do benefício - questão pacificada na jurisprudência por meio da Súmula 481 do STJ - ausência de demonstração da insuficiência financeira atual da agravante - decisão mantida - agravo desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento tirado de execução de título extrajudicial promovida pela agravante contra o agravado.

A insurgência refere-se à decisão (fls. 367) pela qual foram indeferidos os requerimentos deduzidos pela agravante de reconhecimento de isenção do pagamento da taxa judiciária e de concessão do benefício da justiça gratuita.

Sustentou a agravante, em suma, que é fundação municipal sem fins lucrativos, instituída por lei municipal. Presta contas anualmente ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Por tal razão, está isenta do recolhimento da taxa judiciária, nos termos do art. 6º da Lei Estadual nº 11.608/03. As disposições de seu estatuto comprovam que é uma fundação municipal voltada ao ensino, sem finalidade lucrativa. Pelo que expôs, pugnou pela reforma da decisão.

Acesso ao Sumário

Dispensada a intimação do agravado, pois não citado.

Instrumento em ordem. Recurso processado regularmente, sem a concessão do efeito suspensivo pleiteado e dispensadas as informações do Juízo de 1º grau (fls. 370).

É a síntese necessária.

O agravo não comporta provimento.

Não é caso de reconhecimento de isenção à agravante do recolhimento da taxa judiciária, nos termos do art. 6º da Lei Estadual nº 11.608/03.

Dispõe o referido dispositivo legal que "*a União, o Estado, o Município e respectivas autarquias e fundações, assim como o Ministério Público estão isentos da taxa judiciária*".

Estreme de dúvidas que o escopo da lei é beneficiar com a isenção da taxa judiciária as instituições de direito público, instituídas e mantidas pelos cofres públicos, uma vez que a cobrança do referido tributo de tais instituições acabaria por onerar a própria sociedade.

Entretanto, este não é o caso da agravante, que se apresenta como instituição de caráter eminentemente privado.

Com efeito, embora instituída por lei municipal, a agravante explora atividade econômica - prestação de serviços educacionais -, auferindo renda por meio da cobrança de mensalidades de seus alunos, conforme o art. 18, I do seu estatuto (fls. 111). As disposições de seu estatuto evidenciam seu caráter de pessoa jurídica de direito privado.

É de se concluir, portanto, que a agravante não fazia mesmo jus à isenção prevista na norma estadual.

Nesse sentido, os seguintes julgados deste Tribunal:

"*RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - GRATUIDADE PROCESSUAL. Gratuidade pleiteada por pessoa jurídica (Fundação) de direito privado, para a qual não se aplica a isenção de que trata a Lei Estadual nº 11.608/2003. Possibilidade, desde que comprovada efetivamente a sua insuficiência de recursos. Documentação acostada aos autos que não autoriza a concessão do benefício pretendido. Exegese dos artigos 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, 98, caput e 99, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil. Decisão mantida. Recurso de agravo não provido*" (A.I. 2173352-09.2016.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcondes D'Angelo, j. 09.03.2017);

"*Agravo de instrumento. Fundação de direito privado, embora instituída por lei municipal, não possui isenção do pagamento da taxa*

Acesso ao Sumário

judiciária. Não aplicação no art. 6º, da Lei Estadual n.º 11.608/2003. Justiça gratuita. Pessoa jurídica. Estado de hipossuficiência econômica não demonstrado nos autos. Indeferimento mantido. Recurso não provido, com determinação" (A.I. 2193254-45.2016.8.26.0000, 37ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro Kodama, j. 25.10.2016);

"*TAXA JUDICIÁRIA - Isenção - Pretensão de reforma da decisão que não reconheceu a fundação agravante como beneficiária da isenção do pagamento da taxa judiciária prevista no art. 6º da lei estadual n° 11.608/2003 - Descabimento - Hipótese em que as fundações de direito privado não são alcançadas pela isenção prevista no citado dispositivo legal - RECURSO DESPROVIDO*" (A.I. 0268243-32.2011.8.26.0000, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cesar Mecchi Morales, j. 01.12.2011);

"*ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - Pessoa jurídica, Fundação de direito privado - Indeferimento - Alegado status de entidade de fins filantrópicos, - Precípuo direcionamento à atuação sem fins lucrativos ou à prestação de serviços gratuitos a pessoas carentes não evidenciados - Inexistência de qualquer comprovação de reconhecimento, pelos Poderes Públicos, do exercício de atividades de assistência social gratuita ou de preenchimento dos requisitos exigidos pelo CTN - Condições de necessitada incompatível com a figura da postulante - Isenção incabível - Decisão mantida - Agravo improvido.*

(...) Embora criada por lei municipal, a Fundação agravante é dotada de estrutura de direito privado, cobrando mensalidades ou anuidades e outras taxas de seus alunos (art. 18, I, do estatuto, fls. 27) (...), de sorte a não lhe ser aplicável a isenção prevista no art. 6º da Lei Estadual nº 11.608/03" (A.I. 0055624-25.2009.8.26.0000, 20ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Correia Lima, j. 09.11.2009).

A agravante também não comprovou que faz jus à concessão da gratuidade da justiça.

O mero fato de, eventualmente, não perseguir lucro não faz com que se infira que a agravante tenha má condição financeira.

Não é incomum que a dita entidade beneficente tenha recursos para arcar com as suas despesas ordinárias, dentre elas as do processo.

Mesmo que o resultado financeiro de entidades como a agravante não seja denominado lucro, é inevitável que se considere que tais instituições, ditas sem fins lucrativos, percebem um "plus" - por vezes, bem expressivo - resultante da diferença entre aquilo que arrecadam e o custo dos serviços que prestam. Como corolário, têm como enfrentar os custos do processo, sem quaisquer dificuldades.

Em verdade, apresentar-se-ia como rematada injustiça a dispensa pura

Acesso ao Sumário

e simples do recolhimento das custas processuais em favor de entidades sem fim lucrativo ao se considerar que muitas delas, como a agravante, exploram atividade econômica e concorrem com outras pessoas jurídicas. Como não há distinção visível e suficiente entre tais pessoas jurídicas, não se justifica que recebam tratamento diferenciado.

O tema se encontra pacificado na jurisprudência por meio da Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça, de seguinte teor:

> *Súmula 481: Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.*

Assim, a concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas, ainda que tenham finalidade filantrópica, deve ser reservada estritamente àquelas que demonstrem ter má condição financeira ou, no mínimo, que sejam mantidas principalmente por meio de doações - circunstância que implica oscilação orçamentária.

Feitas tais observações, verifica-se que, no caso em tela, a agravante não comprovou a necessidade de lhe ser concedida a gratuidade de justiça, pois além de não se tratar de entidade mantida por meio de doações, como visto, não foi trazida prova alguma a respeito de sua situação financeira.

Ante o resultado do julgamento, determina-se que também as custas do presente recurso (taxa judiciária) sejam devidamente recolhidas pela agravante, sob pena de inscrição na dívida ativa do Estado - o que deverá ser verificado e providenciado pela serventia de 1º grau.

Nesses moldes, com a determinação contida no parágrafo anterior, **nega-se provimento** ao agravo.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 33.843)

O meu voto diverge do voto do relator sorteado, Des. Castro Figliolia, e sufraga o provimento ao recurso da recorrente, deferindo a isenção ao recolhimento da taxa judiciária.

É critério de interpretação das leis o de que "*onde a lei não distingue, ao intérprete não cabe distinguir*".

Um dos meios de interpretação consagrados na doutrina é o da interpretação gramatical, ou seja, a interpretação literal, fundada no próprio significado das palavras. Quando há clareza nos termos do texto a interpretação é desnecessária ("***interpretatio cessat in claris***").

Feita essa breve introdução, não é demasiado lembrar que em matéria

tributária a interpretação é restritiva.

Aliás, o art. 111 do Código Tributário Nacional ainda preconiza que a legislação tributária é interpretada literalmente quando disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Essa regra é reforçada pelo art. 177 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que, salvo disposição de lei em contrário, a isenção não é extensiva, daí ser interpretada restritivamente.

Pode-se dizer que esses preceitos encerram o adágio "***exceptio strictissimi juris***".

Dito isso, a Lei Estadual n. 11.608/03, que dispõe sobre a taxa judiciária, prevê no art. 6º que: "*A União, o Estado, o Município e respectivas autarquias e fundações, assim como o Ministério Público estão isentos da taxa judiciária*".

A literalidade e a clareza do texto dispensa interpretação, inclusive por tratar de isenção cujo alcance é, por si, restritivo.

Sendo assim, ao intérprete é defeso criar maior restrição, a começar pela definição da natureza da personalidade jurídica de cada um dos entes beneficiados com a isenção.

Ora, a agravante é uma fundação municipal, criada por lei, e isso é o que basta para gozar da isenção outorgada pela lei estadual, abrangente de tudo a que se refere o art. 2º e excetuadas as verbas elencadas no seu parágrafo único.

Desimporta valorar, insista-se, se a personalidade jurídica da recorrente é de direito privado, assim como quais são os seus objetivos de interesse coletivo - educação, ensino, pesquisa, assistência social, etc. - , e se há subsídios orçamentários para a sua manutenção.

Hodiernamente, já ensinava Hely Lopes Meirelles ("Direito Administrativo Brasileiro", Ed. Revista dos Tribunais, 1979, 7ª ed., pág. 348), as fundações são entendidas como instituições privadas, entes auxiliares do Poder Público e que dele recebem recursos para a consecução de seus fins estatutários.

"*Assim, as fundações instituídas pelo Poder Público são entes de cooperação, do gênero paraestatal, idêntico aos demais que colaboram com o Estado e por ele são amparados e controlados nas suas atividades delegadas, mantendo sua personalidade de direito privado*" (ob. cit., págs. 348-349).

Esse não é fundamento para se negar a isenção à recorrente, pois o relevante é que a lei estadual, de modo já restrito, literal e excepcional, inclui as fundações instituídas pelo Poder Público (União, Estado e Município) entre os entes que gozam de isenção da taxa judiciária.

É o "***quantum satis***", vedado ao intérprete tomar liberdades com a lei. A isenção, no caso, é à pessoa, e não aos seus objetivos institucionais.

Acesso ao Sumário

O meu voto dá provimento ao recurso e defere à recorrente a isenção da taxa judiciária, abrangente de tudo a que se refere o art. 2º da Lei Estadual e excetuadas as verbas previstas no parágrafo único.

CERQUEIRA LEITE, Desembargador, 2º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2023213-40.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO BRADESCO S/A, é agravada SILVIA KEIKO UEDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32489)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO (Presidente sem voto), PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR e JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA.

São Paulo, 1º de abril de 2019.

SALLES VIEIRA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA - FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - INDEVIDA ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES CONTRATUAIS - PERÍCIA - Inobstante a determinação judicial proferida em acórdão anterior, em sede de recurso de apelação, no sentido de que os cálculos dos valores devidos deveriam se dar por simples cálculos aritméticos, procedeu-se à liquidação do julgado em 1ª instância, com a realização de perícia contábil - Perícia judicial que apurou adequadamente a quantia paga a mais pela autora, ora agravada, por causa de cômputo de juros capitalizados, o que resulta no valor devido à agravada, no importe de R$143.981,96, na data do depósito judicial - Laudo pericial e esclarecimentos adstritos aos parâmetros do julgado proferido por esta C. 24ª Câmara de Direito Privado - Ausência de elementos técnicos que infirmem as conclusões

Acesso ao Sumário

do laudo pericial, elaborado por expert isento e de confiança do juízo - Correta homologação do laudo pericial e esclarecimentos - Impugnação e exceção de pré-executividade rejeitadas - Decisão interlocutória suficientemente motivada, mantida nos termos do art. 252 do RITJSP - Agravo improvido.

VOTO

Agravo de instrumento interposto em 08.02.2019, tirado da ação ordinária de repetição do indébito c/c revisão contratual, atualmente em fase de liquidação de sentença, em face da r. decisão proferida em 19.12.2018 e publicada em 21.01.2019, que rejeitou a impugnação e a exceção de pré-executividade apresentadas pelo banco agravante, bem como homologou o laudo pericial e respectivos esclarecimentos do perito judicial.

Sustenta, preliminarmente, a tempestividade e o cabimento do agravo. No mérito, sustenta o agravante que não deve haver alteração de quaisquer condições contratadas e não alteradas, notadamente os índices de reajuste do saldo devedor e das prestações. Afirma que a modificação do método de amortização aplicado nos cálculos do laudo pericial exige ajustes necessários para conservar a conexão do recálculo à realidade fática, tendo em vista que a agravada não realizou desembolsos compatíveis com aquelas exigidas no método implantado - SAC (sistema de amortização constante). Argumenta que a alteração da realidade beneficia o mutuário também, pelo fato de obrigá-lo em juros menores que os realmente devidos, uma vez que o saldo devedor restou amortizado em quantia superior àquela de fato possível. A agravada apresentou valores a maior do que os devidos. Requer o provimento do recurso com a reforma da r. decisão agravada (fls. 01/08).

Ausente pedido, o recurso foi processado sem suspensividade (fls. 250/251).

Contraminuta da agravada às fls. 256/265, pugnando pelo improvimento do recurso, notadamente porque o agravante sequer declarou o valor que entende devido.

É o relatório.

Fica reconhecida a tempestividade e o cabimento do agravo.

Trata-se de ação ordinária de repetição do indébito c/c revisão contratual, atualmente em fase de cumprimento definitivo de sentença, a qual foi julgada parcialmente procedente, nos termos do v. acórdão proferido por esta C. 24ª Câmara de Direito Privado, xerocopiado às fls. 69/80.

Iniciada a fase de liquidação de sentença, a agravada apresentou seus cálculos no valor de R$137.196,72, para maio de 2015 (fls. 92/117).

Acesso ao Sumário

O banco agravante, por sua vez, apresentou impugnação (fls. 118/121), protestando pela prévia liquidação do julgado, realizando, para tanto, o depósito judicial de R$147.747,47, em 29.09.2015 (fl. 122).

Concomitantemente, apresentou o agravante exceção de pré-executividade (fls. 123/127), pugnando pelo sobrestamento do feito e a declaração de nulidade da execução, ante a ausência dos requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade.

Sobreveio a r. decisão ora agravada rejeitando ambas as insurgências apresentadas pelo banco agravante, bem como homologando o laudo pericial e esclarecimentos elaborados pelo expert do juízo, o que se amolda perfeitamente a hipótese dos autos (fl. 18).

Dispõe o art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal que assim dispõe:

"**Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la**".

Ausente razão jurídica para anular ou reformar a r. decisão agravada, ou acrescentar novos argumentos, vez que suficientemente motivada, ratifica-se, na íntegra, os seus fundamentos de fato e de direito, os quais sintetizo para a necessária compreensão do tema, que ora se transcreve:

"*Cuida-se de liquidação de sentença de parcial procedência de ação de revisão de contrato bancário (financiamento habitacional) para expurgo de capitalização de juros (fls. 121/8 e 218/229).*

Segundo a autora, a quantia a restituir é de R$137.196,72 (fls. 409). O banco depositou em juízo a quantia de R$ 147.747,47 (fls. 443), dizendo da necessidade de liquidação do julgado. Realizou-se perícia contábil (fls. 564/589 e 661/675).

É o relatório, em essência.

***A impugnação a fls. 439/442 e a exceção de pré-executividade a fls. 459/463, circunscritas à necessidade de liquidação do julgado, são rejeitadas** porque, no caso**, a determinação do quanto devido depende de cálculo aritmético, como se decidiu em grau recursal** (fls. 535/541), e, de mais a mais, realizou-se perícia judicial para conferência do cálculo da exequente (fls. 487).*

A perícia judicial apurou que a quantia paga a mais por causa de juros capitalizados é de R$143.981,96 na data do depósito judicial (fls. 571/3 e 669/670).

O laudo pericial observou o julgado e a perita judicial manteve suas conclusões, apesar das críticas do banco (fls. 595/647), sendo adotados os fundamentos expostos pela auxiliar do Juízo porque imparciais,

Acesso ao Sumário

inexistentes elementos seguros que os infirmem, mesmo considerando as arguições a fls. 685 e seguintes.

Sendo assim, ***homologo o laudo pericial e respectivos esclarecimentos e declaro devida pelo réu a quantia de R$ 143.981,96 na data do depósito judicial (29 de setembro de 2015)****.*

Mínimo o decaimento da autora nesta fase, custas e despesas da liquidação serão integralmente pagas pelo banco réu". (grifos nossos)

Por fim, apenas para que não pairem dúvidas, registre-se que são desprovidas de fundamento as razões recursais expostas pelo banco agravante, vez que no v. acórdão proferido por esta C. 24ª Câmara de Direito Privado, aos 10.05.2010 (fls. 69/80), em sede de recurso de apelação, estabeleceu-se os parâmetros que deveriam ser observados para o recálculo da dívida, não havendo que se falar em "*alteração de quaisquer condições contratadas*".

Também não assiste razão ao agravante ao sustentar que sua impugnação deveria ser acolhida, vez que em nenhum momento alegou-se excesso de execução, e tampouco foi declarado o valor que entendia devido, em desrespeito ao que dispõe o art. 917, §3º, do NCPC.

Outrossim, verifica-se que o valor inicialmente apresentado pela agravada (R$137.196,72 - fls. 409 dos autos principais), era inferior, inclusive, ao valor depositado judicialmente pelo próprio banco recorrente (R$ 147.747,47 - fls. 443 dos autos principais).

Ante o exposto, a r. decisão agravada deve ser prestigiada, vez que ausente qualquer elemento que aponte para o seu desacerto, ficando a mesma mantida nos termos do art. 252 do RITJSP.

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2173878-05.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ROBERTA REIS TEIXEIRA PATRÍCIO, é agravado BANCO SAFRA S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22777)**

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

Acesso ao Sumário

São Paulo, 1º de abril de 2019.
LUCILA TOLEDO, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO QUE NÃO ATRIBUI EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO - NECESSIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO POR PENHORA, DEPÓSITO OU CAUÇÃO - REQUISITO NÃO PREENCHIDO - NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO

VOTO

A agravante insurge-se contra decisão interlocutória a fls. 36 dos autos digitais na origem, que não atribuiu efeito suspensivo aos embargos à execução.

Requer, inicialmente, a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Pede a concessão de efeito ativo e, ao final, a reforma da decisão para conceder o efeito suspensivo aos embargos à execução.

O preparo recursal foi recolhido após o indeferimento do pedido de justiça gratuita, fls. 47 e 51.

Indeferido o pedido de efeito ativo diante da falta de plausibilidade do direito invocado.

Dispensada contraminuta.

É o relatório.

O parágrafo primeiro do artigo 919 do Código de Processo Civil dispõe que juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Da leitura do dispositivo, extrai-se que a garantia do juízo é requisito essencial para a concessão do efeito suspensivo pleiteado.

A própria agravante admite que o juízo não está garantido, fls. 11.

Assim, não há como conceder efeito suspensivo aos embargos à execução.

Pelo meu voto, **nego provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2022213-05.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO PADRONIZADO INVISTA CF, são agravados BARCELLONA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA., VALTEREZ FERREIRA DA SILVA e RENATA ZANIN.

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28046)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores NELSON JORGE JÚNIOR (Presidente sem voto), HERALDO DE OLIVEIRA e FRANCISCO GIAQUINTO.

São Paulo, 1º de abril de 2019.

ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA DA FONSECA, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - Pretensão de reforma da r. decisão que indeferiu pedido de penhora de faturamento da empresa executada - Descabimento - Hipótese em que existem bens imóveis penhorados na execução e, apesar de haver preferência no recebimento do valor da alienação pelos credores hipotecários, o próprio exequente requereu a avaliação de alguns deles por acreditar que seu valor supere o necessário para o adimplemento do crédito daqueles credores - Ausência de demonstração de que tais bens seriam inidôneos para garantir a execução - Impossibilidade de, no presente momento, ser decretada a penhora sobre o faturamento, em consonância com o previsto no artigo 866 do CPC - RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra respeitável decisão que indeferiu pedido de bloqueio mensal de 20% do faturamento da executada (fls.15).

Insurge-se o recorrente contra o indeferimento da penhora, pois há dois

anos tem tentado sem sucesso localizar bens aptos a saldar a dívida.

Defende que as penhoras sobre os imóveis não são suficientes para garantir o pagamento, uma vez que pende sobre eles ônus real, de modo que eventual valor da alienação caberá aos credores hipotecários.

Argui a nulidade da decisão agravada por ausência de fundamentação suficiente.

Contrarrazões às fls.28-32.

Recurso bem processado.

É o relatório.

A preliminar de nulidade da decisão agravada deve ser afastada, uma vez que, embora sucinta, a decisão apresenta fundamentação suficiente, que expressa o entendimento do magistrado sobre o caso concreto.

Diferentemente do que afirma o agravante, a decisão não se presta a fundamentar decisão de qualquer outro processo, havendo inclusive menção à existência de penhoras de imóveis e indicação de folhas dos autos do processo.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Com efeito, há nos autos penhora sobre cinco bens imóveis, sem que haja suficiente e clara demonstração de que tais bens não bastem para a satisfação do crédito da presente execução.

Embora se verifique a existência de hipotecas (fls.111-152), inclusive com a manifestação dos bancos credores no sentido de que persistem as expressivas dívidas por elas garantidas (fls.441-497 e 591-592), o próprio exequente manifestou interesse na avaliação de parte desses bens, por acreditar que o seu valor possa extrapolar o montante devido ao credor hipotecário (fls.841-843).

Assim, não seria possível, no presente momento, a penhora sobre o faturamento da agravante, pois dispõe o art.866 do CPC:

> "Se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa".

Desse modo, não era cabível, por ora, o deferimento de penhora sobre percentual de faturamento da empresa, sendo necessário, primeiro, que seja confirmada a insuficiência dos bens já penhorados para fazer frente ao crédito perseguido na execução.

Uma vez concluída a avaliação, já deferida em primeiro grau (fls.852), e a depender do resultado dessa diligência, o pedido de penhora sobre o faturamento poderá ser reapreciado.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2233095-76.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes GORLA EMBALAGENS DE PAPELÃO LTDA., ALCIDES GORDILHO, ARLETE TIRONI GORDILHO, CARLOS GORDILHO e MARILENE CORAZZA GORDILHO, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.647)**

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

São Paulo, 5 de abril de 2019.

CERQUEIRA LEITE, Relator

Ementa: Valor da causa - Embargos do devedor - Execução por quantia certa de título extrajudicial - Decisão do juízo, ordenando a emenda da petição inicial e a atribuição de valor correto à causa, com o recolhimento complementar da taxa judiciaria, sob pena de indeferimento - Decisão escorreita - Atribuição de valor que não corresponde ao conteúdo econômico - Intuito de se furtar ao pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo - Embargos do devedor que não são sucedâneo de ação revisional de contratos e palco à exibição de documentos - Ataque ao título da execução e ônus aos embargantes declarar possível excesso, mostrando-o em demonstrativo atualizado - Sanção processual de rejeição liminar dos embargos ou não conhecimento do alegado excesso (art. 917, § 4º, incisos I e II, do novo CPC) - Correção do valor da causa pelo juiz, de ofício, ou ordem aos demandantes para a correção em atenção ao conteúdo econômico (art. 292, § 3º, do mesmo Código) - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Opostos embargos do devedor a execução por quantia certa de título

extrajudicial, o juízo de primeiro grau, de ofício, ordenou aos executados a emenda da petição inicial e a atribuição de valor correto à causa, igual ao valor da execução ou igual ao valor controvertido em razão da alegação de excesso de execução, complementando a taxa judiciaria sob pena de indeferimento da petição inicial.

Inconformados, os executados se insurgem, sustentando que não questionam a totalidade do contrato que documenta a execução, mas as cláusulas sobre capitalização diária de juros, cumulação de obrigações com o inadimplemento e comissão de permanência. Advogam que o "***quantum***" impugnado é ilíquido e depende de laudo contábil, daí que estão impedidos de quantificá-lo e de emendar a petição inicial, inclusive porque é necessário que o exequente seja compelido à exibição de todos os contratos da relação bancária. Pretendem a reforma da r. decisão.

Atribuído efeito suspensivo ao recurso, o exequente contraminutou, arguindo a inadequação do agravo de instrumento contra ato judicial que não é decisão interlocutória.

É o relatório.

Improcede a prejudicial de não conhecimento do agravo de instrumento.

A r. decisão de primeiro grau tem conteúdo nocivo aos recorrentes, na medida em que ordena a emenda da petição inicial, a atribuição de outro valor à causa nos embargos do devedor, o recolhimento complementar da taxa judiciária e acena com o indeferimento da petição inicial dos embargos.

Logo, acaso o recurso de agravo de instrumento não seja conhecido e julgado, a petição inicial será indeferida e o recurso virá a ser a apelação, dando margem a eventual reforma e à volta dos embargos do devedor ao primeiro grau para novo julgamento.

O princípio da razoável duração processo não se concilia com isso, motivo pelo qual é adequado o agravo de instrumento interposto, o conhecimento para efeito de solver a questão do valor da causa e o imperativo de ser complementada a taxa judiciária.

Acesso ao Sumário

Frise-se que o parágrafo único do art. 1.015 do novo CPC, embora não faça menção aos embargos do devedor, estatui sobre a adequação do agravo de instrumento em face de decisões interlocutórias no processo de execução, permitindo a interpretação ampliativa de cabimento em face de decisões exaradas nos autos de embargos à execução.

Em nome da razoável duração do processo e da utilidade, convém o conhecimento do agravo de instrumento que versa sobre valor da causa e taxa judiciária, pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo aptos à extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485, inciso IV, do novo CPC).

O valor da causa pode ser corrigido de ofício pelo juiz, prevê o art. 292, § 3º, do novo CPC, sendo o mesmo, quando não estiver de posse de dados concretos, ordenar ao demandante que corrija quando verificar que o valor não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico colimado, complementando a taxa judiciária em proporção.

No caso concreto, opondo embargos do devedor a execução de título extrajudicial em que o "***quantum debeatur***" é de R$ 167.601,69, é notório que o valor dado à causa de R$ 10.000,00 não equivale ao conteúdo econômico; trata-se de valor módico e estimativo, abroquelando-se os recorrentes na asserção de que não têm como valorar o conteúdo econômico que não é igual ao do valor da execução, de vez que questionam algumas das cláusulas de alguns dos encargos.

De início, adiante-se que os embargos do devedor não são sucedâneo de ação revisional de contratos, aliás já ajuizada pelos recorrentes noutro juízo (4ª Vara Cível do Foro Regional Nossa Senhora do Ó), em que se questionam contratos precedentes e faculta-se a exibição de documentos que podem estar na posse do recorrido e sejam de interesse.

Os embargos atacam o título da execução, que é, "***in casu***", cédula de crédito bancário de valor certo e fixo a ser amortizada em 60 prestações mensais de valor prefixado.

Em sendo assim, se os embargos do devedor não se prestam à revisão da cédula e à exibição ampla de documentos, a matéria pertinente é a do excesso de execução pela via do questionamento de cláusulas e encargos, caso em que aos executados incumbe o art. 917, inciso III c.c. o § 3º, declarar na petição inicial o valor que entendem correto, apresentando demonstrativo atualizado de seu cálculo.

Não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, o corolário é, "***ope legis***", a rejeição liminar dos embargos, sem resolução de mérito, se o excesso de execução for o seu único fundamento (§ 4º, inciso I), ou o não conhecimento da alegação de excesso (§ 4º, inciso II).

Portanto, carece de amparo legal a pretensão dos recorrentes que, esquivando-se à atribuição de valor à causa nos embargos do devedor com conteúdo econômico compatível, outra coisa não querem do que se furtar ao pressuposto de apontar qual é o valor do excesso de execução, sob a evasiva de que faz-se necessário levantamento contábil, inclusive mediante exibição de documentos apenas acessíveis ao exequente.

É incensurável a r. decisão de primeiro grau, ao permitir aos executados a emenda da petição e a complementação da taxa judiciária. A desídia sofre as cominações do art. 917, § 4º, incisos I e II, sobredito.

Não fosse assim, os executados que opõem embargos do devedor e visam que se declare o excesso de elevada soma, mas atribuem à causa valor

Acesso ao Sumário

substancialmente menor no intuito de desembolsar taxa judiciária de pouca expressão, passam a noção de que se utilizam do Poder Judiciário para tentar a sorte sem grandes riscos e dispêndios que são pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2216562-42.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PLINIO DE AGUIAR, é agravada DALVA FRANCOLIN MARTINEZ FEHER.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33895)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente), SIMÕES DE VERGUEIRO E MIGUEL PETRONI NETO.

São Paulo, 5 de abril de 2019.

JOVINO DE SYLOS, Relator

Ementa: Possessória - ação de reintegração de posse de espaço situado no interior de imóvel (forro do telhado de oficina mecânica) - denegada liminar - admissibilidade do "decisum" - na análise de cognição sumária, conclui-se pela ausência dos requisitos necessários - agravo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de agravo de instrumento contra o r. ato decisório de fls. 124/125 dos autos eletrônicos da ação de reintegração de posse de um "local destinado à guarda de ferramental e outros pertences do autor (agravante), onde inclusive se encontra instalada uma caixa d'água entre a última laje e o telhado, sito na Rua Dr. Zuquim nº 912, Bairro de Santana, nesta Capital" (fls. 30), que, após audiência de justificação prévia onde ouvidas 04 testemunhas arroladas pelas partes (fls. 114/123 dos principais), denegou ao aqui recorrente liminar possessória.

2. À modificação do julgado, alega o postulante que tal solução não pode

prevalecer, uma vez que "a recorrida está na posse do forro do telhado de uma oficina mecânica, por insistência de sua filha e a contragosto do recorrente, cujas fotos ilustrativas bem demonstram uma utilização indevida... O lugar não é próprio para a permanência de um ser humano... Mormente em prejuízo das atividades comerciais desenvolvidas no prédio dessa oficina" (fls. 05). Acrescenta que teve relacionamento com a filha da agravada e cedeu o local para esta última permanecer por prazo não superior há 3 meses, no entanto ele foi ultrapassado, por isso que necessária a desocupação.

3. Formado o instrumento, o recurso foi recebido e processado sem liminar (fls. 161/162), acusando resposta da agravada (fls. 171/174).

É o relatório.

4. Malgrado as razões recursais, a verdade é que merece prevalecer o entendimento judicial, no sentido de que, "o autor e Vivian Feher (filha da agravada) viviam maritalmente há muitos anos. Logo, há composse entre autor e filha da ré. Leila Gomes Botelho, diarista do imóvel, confirmou que autor e Vivian residem juntos em imóvel tipo apartamento com um único quarto. Ambos lhe dão instruções sobre como proceder a limpeza do imóvel. Omar de Castro confirmou a união estável. O irmão do autor, Reginaldo de Aguiar, também afirmou que seu irmão vive maritalmente com Vivian há cerca de dez anos. Por fim, Vivian disse que ainda permanece residindo maritalmente com o autor, embora já tenha ingressado com a competente ação para reconhecimento e dissolução de união estável. Logo há composse que autoriza a genitora da copossuidora (agravante) a residir juntamente com sua filha, não havendo que se falar, ao menos 'a priori', em esbulho" (fls. 27).

5. Por ora, a documentação acostada é insuficiente para a comprovação da verossimilhança das alegações iniciais e do perigo da demora. Também não se pode olvidar, na apreciação de pedido de tutela antecipatória, que se deve também ter em conta que a sentença poderá afinal não confirmar e nem ratificar a posição inicialmente demonstrada pela parte que requereu e eventualmente obteve a medida liminar, de modo que, se tivesse sido deferida "ab initio", teria certamente havido muito maior lesão a direito do litigante vencedor.

6. Por enquanto, eventual convencimento da verossimilhança do alegado é temerário e apressado. A matéria é polêmica e os precários elementos de prova carreados unilateralmente aos autos não respaldam à suficiência uma concessão liminar.

7. E a jurisprudência não é discrepante do comportamento judicial em compasso de espera: "A decisão que antecipar a tutela haverá de mostrar que, além de presente um dos requisitos dos itens I e II do art. 273 do CPC (arts. 298 e 311, I, ambos do CPC/15), havia razões suficientes, baseadas em prova inequívoca, capazes de convencer da verossimilhança da alegação. O

Acesso ao Sumário

não atendimento a essa exigência conduz à nulidade" (STJ - 3ª Turma, REsp. 162.700 - MT, REL. MIN. EDUARDO RIBEIRO, j. 2.4.98, deram provimento, v.u., DJU 3.8.98, pág. 235).

8. Outrossim: "Agravo de instrumento - Oposição à ação de desapropriação - Pedido de liminar - Indeferimento - Possibilidade - Na análise de cognição sumária, conclui-se pela ausência dos requisitos necessários para a concessão da liminar, quais sejam, o 'fumus boni iuris' e o 'periculum in mora' - Decisão mantida - Recurso desprovido" (AI nº 0050014-37.2013.8.26.0000, TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, REL. DES. MOREIRA DE CARVALHO, j. 31.07.2013).

9. Em suma, de fato estão descumpridos os requisitos legais ao deferimento da liminar debatida. Contudo, no transcurso do "due process of law", uma vez surgidos elementos e indícios concretos benéficos às pretensões do agravante, nada impede que o juízo "a quo" reexamine a possibilidade da concessão, embasando cabalmente o "decisum" (CF/88, art. 93, IX).

10. Com esses fundamentos, nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2014012-24.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ (CPFL), é agravado ZURICH SANTADER BRASIL SEGUROS S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.706)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO CASCONI (Presidente sem voto), ANTONIO RIGOLIN E ADILSON DE ARAUJO.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

PAULO AYROSA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - AÇÃO REGRESSIVA JULGADA PROCEDENTE - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - IMPUGNAÇÃO - CITAÇÃO FEITA

Acesso ao Sumário

POR CARTA COM AVISO DE RECEBIMENTO - NULIDADE - INEXISTÊNCIA - APLICABILIDADE DA TEORIA DA APARÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO. A citação, efetivada por meio de carta com AR, concretizando-se na pessoa de quem, na antiga sede da recorrente, apresentou-se como seu representante, enseja reconhecer a presença da Teoria da Aparência, tendo-se como válida a citação feita, mesmo que por pessoa que no contrato social não a represente legalmente. Decisão mantida.

VOTO

ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS S/A propôs ação regressiva contra **COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL**, julgada procedente, ora em fase de cumprimento de sentença.

Inconformada com a r. decisão que rejeitou a impugnação ofertada, considerando válida a citação por Aviso de Recebimento enviada ao endereço de seu antigo escritório, agrava por instrumento a ré, almejando a reforma da decisão.

Alega, em síntese, que a citação foi enviada a antigo endereço de empresa do mesmo grupo econômico; que a alteração do estatuto social ocorreu em setembro de 2017, muito antes do ajuizamento da ação e da citação; que a pessoa que recebeu a carta postal sequer faz parte do seu quadro de funcionários, sendo certo que a pessoa apenas trabalha no prédio comercial onde a carta foi entregue, não tendo qualquer relação com a recorrente, devendo ser reconhecida a nulidade da citação, para não se incorrer em cerceamento de defesa.

O efeito suspensivo foi indeferido.

É O RELATÓRIO.

Conheço do recurso e lhe nego provimento.

Consta dos autos que a seguradora Zurich moveu ação regressiva contra a CPFL, e tendo sido reconhecida a revelia da ré, a ação foi julgada procedente.

Iniciada a fase de cumprimento de sentença, a agravante ofertou impugnação, alegando nulidade da citação, a qual foi rejeitada pelo MM. Juiz de primeiro grau. Contra esta decisão se insurge a ré CPFL Paulista. Mas sem razão, contudo.

A citação foi enviada, por carta, com Aviso de Recebimento, à ré no endereço da antiga sede de pessoa jurídica pertencente ao mesmo grupo econômico, a CPFL Energia S/A, na Rua Gomes de Carvalho, nº 1510, 14º andar, cj. 02, Vila Olímpia, São Paulo-SP, sendo que esta comprovadamente lhe pertence, como resta demonstrado nos documentos acostados aos autos pela

Acesso ao Sumário

ré, que ora traz Estatuto Social da empresa "CPFL Paulista" (fls. 14/35), ora apresenta ficha cadastral da empresa "CPFL Energia S/A" (fls. 40/43).

Vale destacar que o endereço de alguns Conselheiros Administrativos da empresa CPFL Energia S/A consta do cadastro na Jucesp como sendo no endereço da Rua Gomes de Carvalho, nº 1510, 14º andar, cj. 02, Vila Olímpia, São Paulo-SP (fls. 40/43).

Ora, o "caput" do art. 242 do CPC preceitua que a citação será pessoal, podendo, no entanto, ser feita na pessoa do representante legal ou do procurador do réu, do executado ou do interessado. A exegese deste artigo é no sentido de que, no caso das pessoas jurídicas, basta que a citação se faça na pessoa que a represente, mesmo que diversa daquela indicada pelos seus estatutos sociais, mas que, aparentemente, indique ter poderes de representação. Fala-se, assim, na Teoria da Aparência, mesmo que por pessoa que no contrato social não a represente legalmente, reconhecendo-se a legitimidade da citação.

A respeito, veja-se:

"***PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PORTE DE REMESSA E RETORNO. RECOLHIMENTO NA INSTÂNCIA DE ORIGEM, MAS APÓS O DESPACHO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. DESERÇÃO NÃO CONFIGURADA. CPC, ART. 511. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CITAÇÃO DE EMPRESA COM NOTÓRIA ATUAÇÃO NACIONAL NO ÂMBITO DO MERCADO AUTOMOBILÍSTICO. REPRESENTAÇÃO. FILIAL. TEORIA DA APARÊNCIA. INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE.***

I. Não se configura a deserção do recurso especial se o porte de remessa e retorno é recolhido na instância de origem, ainda que após o despacho presidencial de admissibilidade, uma vez que por representar tal porte o custeio da despesa com a remessa e devolução dos autos à Corte Superior, somente então, verdadeiramente, com a certeza de que o recurso subirá, se justifica a cobrança respectiva.

II. Tratando-se de empresa de grande porte, fabricante de veículos, com atuação tradicional, intensa e notória em todo o território nacional, onde são vendidos automóveis e caminhões por intermédio de extensa rede de concessionárias, sujeitas a sua orientação e fiscalização, inclusive no tocante ao público consumidor dos produtos, é de se supor que os responsáveis por suas filiais no Estado possuam poderes de representação, cabível, em tais circunstâncias, a aplicação da teoria da aparência para considerar-se legítima a citação feita em escritório no Rio de Janeiro, relativamente a ação indenizatória movida por cliente em face de defeito encontrado em carro daquela marca.

III. Recurso especial não conhecido" (STJ - REsp 316036/RJ - Rel.

Acesso ao Sumário

Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR J. 11/09/2001 - DJ 04.02.2002 p. 384).

*"**PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - CITAÇÃO - TEORIA DA APARÊNCIA.***

1. Nega-se seguimento a embargos de divergência quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dominante no Tribunal.

2. Aplicação do entendimento prevalente da Corte Especial no sentido de adotar-se a Teoria da Aparência, reputando-se válida a citação da pessoa jurídica quando esta é recebida por quem se apresenta como representante legal da empresa e recebe a citação sem ressalva quanto à inexistência de poderes de representação em juízo.

3. Agravo regimental improvido" (STJ - AERESP 205275/PR - Rel. Min. ELIANA CALMON - J. 18.06.2002).

Assim, tem-se que a pessoa indicada na carta recebeu o AR (fls. 202 deste agravo), a qual anotou seu nome e RG, por meio de carimbo, recebeu referida postagem em nome da empresa agravante, e assim se apresentou como funcionário da CPFL, mesmo sem constar do carimbo seu cargo. Logo, não há que se cogitar no não aperfeiçoamento da citação, reputando-se como válido o ato citatório por tal motivo, ainda que tenha alegado que não reconheceu a pessoa que assinou o AR como seu funcionário.

Como bem destacou a d. autoridade *a quo*, "*plenamente presumível que após a mudança permaneça por determinado período a entrega de correspondências no endereço anterior, ainda mais de uma empresa de elevado porte, porquanto as entregas exijam certo tempo para adequação em função da alteração da sede*".

Posto isto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos do Agravo de Instrumento nº 2269471-61.2018.8.26.0000, da Comarca Andradina, em que é agravante KATIA MENDES SILVA, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.754)**

O julgamento teve a participação do Exmos. Desembargadores PEDRO

KODAMA (Presidente sem voto), SERGIO GOMES e JOSÉ TARCISO BERALDO.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2019.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Cumprimento de sentença. Insurgência da Executada sob a alegação de que o veículo que foi bloqueado seria impenhorável, por se tratar de bem necessário ao exercício de sua atividade econômica. Não acolhimento. Hipótese que não se enquadra no artigo 833, V, do CPC. Veículo utilizado para facilitar a locomoção, mas que não constitui o único meio de transporte, nem impede o exercício profissional da Executada. Decisão mantida. Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, tirado contra a r. decisão copiada à pág. 81deste (pág. 115 dos autos originais), que indeferiu pedido de desbloqueio do veículo em questão, por ser tal bloqueio instrumento de coerção para que a Executada pague o valor devido.

Recorre a Executada para alegar, em síntese, que a r. decisão agravada merece reforma, para que seja acolhido seu pedido de desbloqueio para circulação e licenciamento do veículo em questão, pois tal bem é impenhorável, uma vez que utilizado como ferramenta de trabalho. Enuncia ser professora e necessita do veículo para se locomover entre as escolas em que leciona. Argumenta que a penhora realizada a impede de exercer seu trabalho, pois a impede de chegar a tempo nos locais em que trabalha, ante a distância entre tais escolas. Sustenta que não busca se eximir de suas obrigações, tanto que apresenta proposta ao Agravado para pagamento parcelado da dívida em questão. Subsidiariamente, pugna pela liberação do veículo para circulação e licenciamento, bem como para que seja nomeada depositária deste, até o pagamento final do acordo proposto.

Recurso tempestivo e preparado à pág. 85.

Originariamente distribuído para o e. Desembargador Hélio Nogueira, da 22ª Câmara de Direito Privado, por força do v. Acórdão de págs. 87/90, não foi o recurso lá conhecido, com declinação da competência recursal em razão da existência de prevenção desta 37ª Câmara de Direito Privado, o que gerou a redistribuição a este Relator.

Não foi concedido o efeito suspensivo pleiteado.

Acesso ao Sumário

Dispensado o cumprimento do art. 1.019, II, do CPC (pág. 93).

É o relatório.

O presente recurso não merece prosperar.

Pelo que se extrai do processo, o presente cumprimento de julgado tramita já há mais de dois anos e busca a satisfação de cerca de R$ 34.000,00 (pág. 65 dos autos originais). Ante o insucesso de bloqueio via Bacenjud, foram realizadas pesquisas via Infojud e o bloqueio via Renajud do veículo VW/Polo HL AD 2018/2019, placas GAU5516 (pág. 80 dos autos originais), em nome da Executada, ora Agravante, o que a motivou a ingressar com pedido de desbloqueio, sob o argumento de se tratar de bem impenhorável, por ser necessário para o exercício de sua atividade econômica. Argumentou a Agravante ser professora e necessita do veículo para sua locomoção entre as escolas em que leciona.

A r. decisão agravada indeferiu tal pedido sob o fundamento de que o bloqueio tal como realizado é meio de coerção para que a Executada pague o valor devido, no que lhe assiste razão.

Consoante o artigo 833, V, do Código de Processo Civil: "*São impenhoráveis: (....) V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;*".

Porém, pelo que se infere do processo, não assiste razão à Agravante no que diz respeito à impenhorabilidade do veículo em questão, pois em que pese a eventual facilitação para o exercício de sua atividade, o veículo não se trata de máquina ou ferramenta essencial ao desenvolvimento desta. Ressalte-se ser possível à Executada se locomover por outros meios de transporte existentes (como, por exemplo, o transporte coletivo, utilizado pela maioria dos trabalhadores, ou mesmo por taxi), de modo que o veículo particular, apesar de se mostrar um facilitador, não se mostra imprescindível ao exercício de sua profissão.

Observe-se ainda, que a Executada não realizou o pagamento da dívida executada no prazo legal, tampouco indicou bens à penhora, o que lhe competia, sob pena de serem penhorados os bens localizados em seu nome. Apesar disto, adquiriu veículo de considerável valor, em data recente, pois se trata de ano/modelo 2018/2019. A mera alegação de que pretende pagar a dívida parcelada não permite o desbloqueio pretendido, pois se verifica que o cumprimento do julgado já tramita há mais de dois anos sem qualquer demonstração de interesse da ora Agravante em quitar sua obrigação.

Ademais, ainda do que se extrai do processo, dos documentos obtidos via Infojud se verifica a existência de bens imóveis declarados ao Fisco por seu cônjuge, como também a existência de outro automóvel que não o ora

Acesso ao Sumário

bloqueado (págs. 100/105 dos autos originais), de modo que não merece mesmo acolhida a mera insurgência quanto ao bloqueio do veículo, pois tal medida tem exatamente o condão de coagir a Executada a quitar a dívida executada.

Diante do acima enunciado, conclui-se que a r. decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, razão pela qual nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2024218- 97.2019.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que são agravantes MANOEL VICENTE RAMOS e CLARA LUISA RODRIGUES RAMOS, é agravado CONDOMÍNIO EDIFÍCIO JOCELINO JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23782)**

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

São Paulo, 1º de março de 2019.

ANTONIO NASCIMENTO, Relator

Ementa: DESPESAS CONDOMINIAIS - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - BLOQUEIO DE CONTA - Ausência de prova de que na conta somente se movimentam valores relacionados à aposentadoria - Penhorabilidade mantida. RECURSO DESPROVIDO.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Manoel Vicente Ramos** e **Clara Luisa Ramos**, nos autos do **cumprimento de sentença**, impugnando a decisão de fls. 34 que indeferiu o desbloqueio da conta corrente da executada **Clara**.

Inconformados, sustentam os agravantes ser descabida a penhora de proventos de aposentadoria.

Os agravantes deram cumprimento às formalidades dos artigos 1.016 e

1.017, ambos do CPC. Desnecessária a requisição de informações ao MM. Juiz de Direito. De igual modo, revela-se irrelevante a intimação do agravado, pois não se vislumbra razão às pretensões dos recorrentes.

Formado o instrumento e preenchidos os requisitos legais, este agravo foi recebido e processado em seu efeito devolutivo.

É o relatório.

A respeito do bloqueio realizado nas contas correntes da coexecutada, os extratos demonstram que as contas que sofreram a constrição são aquelas onde a devedora recebe seu salário e proventos de aposentadoria e a partir dali paga suas contas (fls. 50/54).

Contudo, nas mesmas contas observa-se que há outros créditos, deduzindo-se que a conta corrente não é utilizada apenas para o recebimento do salário do devedor, mas para outras movimentações, cuja impenhorabilidade não foi demonstrada.

Não obstante, convém observar, que o legislador retirou do texto legal a palavra "absolutamente", que constava do art. 649 de CPC/73, de modo que não mais existe a natureza perene da impenhorabilidade.

Tratando-se, o salário, de benefício mensal, somente se mostra impenhorável a quantia necessária à subsistência do devedor naquele período, e o que sobejar poderá ser constrito, pois perde a natureza alimentar e, consequentemente, a prerrogativa da impenhorabilidade.

Nesse sentido, decisão do STJ ressaltou o seguinte:

> "**RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA ON LINE. SALÁRIO. POSSIBILIDADE. NÃO COMPROMETIMENTO DA SUBSISTÊNCIA DO EXECUTADO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.**
>
> **(...)**
>
> Entretanto, o caráter absoluto da impenhorabilidade não significa que essa proteção especial contra constrições judiciais abranja, ilimitadamente, toda e qualquer verba alimentar por um período indeterminado de tempo. Ao contrário, a Segunda Seção assentou que 'a remuneração a que se refere o inciso IV do art. 649 do CPC é a última percebida, no limite do teto constitucional de remuneração (CF, art. 37, XI e XII), perdendo esta natureza a sobra respectiva, após o recebimento do salário ou vencimento seguinte' (REsp n. 1.230.060/PR, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 13/8/2014, DJe 29/8/2014).
>
> Nessa linha de raciocínio, a Quarta Turma já entendeu que a impenhorabilidade não se estende à totalidade do crédito que, embora ostente caráter alimentar, alcança uma quantia de tal modo elevada

Acesso ao Sumário

"que permite antever-se que o próprio titular da verba pecuniária destinará parte dela para o atendimento de gastos supérfluos, e não, exclusivamente, para o suporte de necessidades fundamentais", podendo parte dessa soma ser objeto de penhora, "desde que o percentual afetado se mostre insuscetível de comprometer o sustento do favorecido e de sua família e que a afetação vise à satisfação de legítimo crédito de terceiro, representado por título executivo" (REsp n. 1.356.404/DF, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 4/6/2013, DJe 23/8/2013).

(...)

Assim, em razão de entender pelo cabimento do bloqueio de valores da conta-corrente, sob o fundamento de que os valores bloqueados não comprometem a subsistência da parte executada, o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento desta Corte, atraindo a incidência da Súmula 83/STJ.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso especial."[1]

Ressalte-se, também, que tampouco foi demonstrada inviabilidade de subsistência dos agravantes, de modo que nenhum reparo merece a decisão recorrida.

Postas estas premissas, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2274527-75.2018.8.26.0000, da Comarca de Taboão da Serra, em que é agravante ASSOCIAÇÃO DE INSTRUÇÃO POPULAR E BENEFICÊNCIA - ESCOLA DE ENFERMAGEM, é agravada IVONE APARECIDA GOMES FARIA.

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, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21601)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente), MARIO DE OLIVEIRA e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 7 de março de 2019.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Acesso ao Sumário

1 STJ - Decisão monocrática - REsp 1575919 - Rel. Min. **Marco Aurélio Bellize** - J. 25/04/2016.

Ementa: CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - AÇÃO DE COBRANÇA - Decisão que indeferiu o pedido de expedição de ofício à CNSeg, BRASILPrev, Previ e SUSEP, entendendo o magistrado que incumbe à parte exequente diligenciar junto aos órgãos responsáveis - Necessidade da intervenção do Poder Judiciário, em razão do sigilo das informações - Expedição de ofício autorizada apenas para localizar possível ativo - Pedido de bloqueio que será apreciado após a obtenção das pretendidas informações, posto que a penhorabilidade de eventual ativo em previdência privada deve analisada caso a caso - Decisão reformada, com observação - RECURSO PROVIDO, com observação.

VOTO

1.- Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão trasladada a fls. 18 que, em cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de expedição de ofício à CNSeg, BRASILPrev, Previ e SUSEP, entendendo o magistrado que é incumbência da parte exequente diligenciar junto a tais órgãos em busca de informações.

Pleiteia o agravante a reforma da decisão. Alega que não permaneceu inativo nos autos. Sustenta que valores depositados em planos de previdência privada não são alcançados pelo sistema Bacenjud e podem ter sido omitidos nas declarações de imposto de renda. Exara que os órgãos referidos são protegidos por sigilo, o que impede que diligencie diretamente em busca de patrimônio, necessitando de intervenção do Poder Judiciário. Por fim, sustenta serem penhoráveis os valores de previdência privada, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso processado somente no efeito devolutivo, sem contraminuta, considerando que a agravada é revel sem representação nos autos, encontram-se os autos em termos de julgamento.

É o relatório.

2.- Razão assiste à agravante, com ressalvas.

A decisão agravada indeferiu o pedido de expedição de ofício à CNSeg, BRASILPrev, Previ e SUSEP (fls. 18 deste agravo) nos seguintes termos:

"*[...]Indefiro. Cabe à parte exequente diligenciar nos órgãos informados no intuito de obter as informações pretendidas[...]*"

Respeitado o entendimento do magistrado *a quo*, não é possível presumir, em prejuízo da efetividade do processo e satisfação da execução, que os dados

Acesso ao Sumário

serão disponibilizados à parte exequente. Considerando o sigilo das informações pretendidas, necessária se faz a intervenção do Poder Judiciário.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. Expedição de ofício à CNSEG, a fim de se obter informações sobre a existência de fundos de previdência privada em nome do executado Medida que visa garantir a efetividade do processo. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO.[2]

Contudo, embora o pedido final nas razões de agravo verse apenas sobre a obtenção de informações, sem requerer o bloqueio de eventuais valores existentes, cumpre ressaltar que nem sempre ativos de previdência privada são penhoráveis.

Nos termos do art. 1º da Lei Complementar 109/2001, "o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar".

Tem entendido a jurisprudência, tanto do E. STJ quanto deste E. Tribunal, que a regra da impenhorabilidade do art. 649, IV, do CPC/1973, correspondente ao art. 833, IV, do CPC/2015[3], aplica-se somente à pensão recebida pelo executado, e não ao valor que é periodicamente depositado, a título de previdência privada, com o intuito de gerar pagamento de renda mensal no futuro.

Neste sentido:

Na realidade, enquanto não iniciada a fase de fruição da previdência privada, isto é, enquanto não resgatados os valores aplicados no Plano de previdência privada nem iniciada a percepção do benefício previdenciário, os valores acumulados para constituição de capital assemelham-se, em sua natureza jurídica, ao de qualquer outra aplicação financeira para efeito de penhorabilidade. Não há, portanto, qualquer embaraço à penhora dos valores acumulados a título de previdência privada.[4]

PENHORA. FUNDO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR. ANÁLISE CASUÍSTICA. POSSIBILIDADE. Irresignação contra decisão que penhorou valores aplicados em VGBL. Alegação de que verba é impenhorável. Constrição afrontaria art. 649, IV, CPC. Descabimento. Período de investimento. Valores que se assemelham a qualquer investimento financeiro. Penhorabilidade. Posicionamento do STJ.

2 Agravo de Instrumento n. 2105956-44.2018.8.26.0000, 17ª Câmara de Direito Privado, Rel. Afonso Bráz, j. em 23/07/2018.

3 Art. 833. São impenhoráveis: IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º.

4 STJ, REsp nº 1.121.426-SP, Rel. Sorteado Min. Sidnei Beneti, Rel. para Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 11.03.2014.

Acesso ao Sumário

Período de benefício. Impenhorabilidade a ser aferida casuisticamente. Apenas se demonstrada a natureza alimentar do benefício, constrição é ilegal. Precedente do STJ. Ausência de esclarecimento a respeito da fase do plano privado. Indiferença. Prova dos autos demonstra que executada detém alto padrão social. Mesmo que já tenha se iniciado período de benefício, valores não detém caráter alimentar. Litigância de má-fé da recorrente. Inocorrência. Não tipificadas as condutas ensejadoras do sancionamento. Exercício do direito de defesa. Conduta legítima. Decisão mantida. Recurso desprovido.[5]

Confira-se julgado desta C. 38ª Câmara de Direito Privado, em acórdão de lavra do Relator Designado Des. Fernando Sastre Redondo:

"*EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Notas promissórias. Penhora. Expedição de ofício à CNSeg e bloqueio de ativos em conta de previdência privada complementar e títulos de capitalização dos executados, se houver. Possibilidade. Não possuem caráter alimentar as verbas aplicadas em conta de investimento administrada por fundo de previdência e, igualmente, a de títulos de capitalização, que não são abrangidas pela impenhorabilidade de que trata o artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil. Decisão reformada. Recurso provido*."[6]

Assim, considerando que não se sabe se a previdência privada está em fase de fruição (resgate) ou de arrecadação (acumulação de capital), determinar desde já o bloqueio poderia causar grave dano à parte executada.

Diante disso, necessária intervenção do Poder Judiciário na expedição do oficio, pois, em razão de sigilo, tais informações não podem ser obtidas diretamente pelo credor. Contudo, a decisão acerca da constrição (requerida na petição que ensejou a decisão agravada) deverá ser analisada pelo juízo *a quo*, após o recebimento das informações, conforme o caso.

3.- Pelo exposto, **dá-se provimento** ao recurso, com a observação constante no parágrafo anterior.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2000271-14.2019.8.26.0000, da Comarca de Taboão da Serra, em que é agravante LUIZ FERNANDO ORLANDI JUNIOR, é agravado UNIVERSIDADE ANHEMBI MORUMBI (UAM).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram

5 TJSP, Agravo de Instrumento nº 2064769-95.2014.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, 3ª Câmara de Direito Privado, j. 03.06.2014.

6 5 Agravo de Instrumento nº 2046714-96.2014.8.26.0000, j. 20.08.2014.

Acesso ao Sumário

provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 31603)**

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

São Paulo, 8 de março de 2019.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANO MORAL. INDEFERIMENTO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA. ELEMENTOS DOS AUTOS DEMONSTRANDO NÃO TER A PARTE CONDIÇÕES DE SUPORTAR AS CUSTAS JUDICIAIS SEM PREJUÍZO DO SUSTENTO PRÓPRIO. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. Agravo de instrumento provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, que objetiva a reforma da r. decisão de fls. 57, proferida pelo MM. Juiz de Direito **Nelson Ricardo Casalleiro**, em ação de obrigação de fazer c/c dano moral, que indeferiu pedido de concessão da gratuidade da justiça, determinando que o ora agravante recolhesse as custas processuais, no prazo de 15 dias, sob pena de indeferimento da inicial.

Alega o agravante, em síntese, que a decisão agravada deve ser reformada, pois: 1) para a concessão da gratuidade da justiça não é necessário o caráter de miserabilidade, bastando simples afirmação da parte de que não se encontra em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo próprio e o de sua família; 2) a contratação de advogado não é impedimento para a concessão pleiteada, do contrário, há ofensa ao princípio da isonomia e da razoabilidade; 3) a prova documental juntada demonstra a sua necessidade do benefício da gratuidade da justiça.

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

O presente recurso foi distribuído para a 7ª Câmara de Direito Privado, contudo, houve declinação de competência (fls. 62/65), com acolhimento mediante compensação (fls. 66).

O recurso foi recebido com efeito suspensivo (fls. 70) e remetido ao Plenário Virtual.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Analisando os presentes autos de forma detida e a fim de não se negar vigência ao princípio do livre acesso à justiça bem como mácula ao direito de petição, o presente recurso comporta provimento.

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

Sendo assim, segundo o instrumento formado, verifica-se que não dá para se afirmar que o agravante detenha condições financeiras de arcar com as custas do processo, sem prejuízo de seu sustento ou do de sua família. Tenho reiteradamente decidido que, não havendo elementos seguros em contrário, a concessão do benefício requerido prescinde de prova efetiva da hipossuficiência, bastando simples afirmação do requerente, competindo à parte contrária eventual impugnação, comprovando que o requerente detém recursos suficientes para o custeio do processo.

E, no presente caso, merece credibilidade a alegação do agravante de insuficiência financeira, considerando que declarou estado de casado (fls. 15), recebendo salário mensal (fls. 46), pouco acima do critério adotado para as pessoas atendidas pela Defensoria Pública[7].

Portanto, no caso concreto, caberá à parte contrária, eventualmente, a prova da suficiência de recursos para o custeio do processo, pois a afirmação da hipossuficiência, sem elementos que infirmem de plano a pretensão, gera presunção relativa da incapacidade econômica da parte, somente elidida por efetiva comprovação em contrário.

Entendimento diverso, *data venia*, poderá significar cerceamento do direito de livre acesso à justiça bem como mácula ao direito de petição consagrados no art. 5º, XXXIV, "a", XXXV, da Constituição Federal.

Acesso ao Sumário

7 Deliberação CSDP nº 89, de 08 de agosto de 2008 (Consolidada), Artigo 2º. Presume-se necessitada a pessoa natural integrante de entidade familiar que atenda, cumulativamente, as seguintes condições: (...) I - aufira renda familiar mensal não superior a três salários mínimos federais;

Assim, respeitado o entendimento do r. Juízo "a quo", ficam concedidos os benefícios da gratuidade da justiça ao agravante, cabendo à parte contrária, eventualmente, a devida impugnação, comprovando que ele, agravante, detém recursos suficientes para o custeio do processo.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2029601-56.2019.8.26.0000, da Comarca de Santa Rita do Passa Quatro, em que é agravante CARLOS ALBERTO EMÍDIO, é agravado CARLOS ALBERTO CALTRAN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.595)**

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

São Paulo, 11 de março de 2019.

BONILHA FILHO, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento. Compra e venda. Cominatória. Cumprimento de sentença. Multa diária que atinge quantia desproporcional. Possibilidade de redução das 'astreintes' vencidas. Necessidade de limitação. O montante da multa imposta pelo descumprimento de decisão judicial não faz coisa julgada material. Modificação que poderá ocorrer a qualquer tempo, ainda que após o trânsito em julgado da sentença. Cominação em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Redução de R$ 598.849,50 para R$ 30.000,00. Recurso provido em parte.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo Instrumental interposto por Carlos Alberto Emídio contra decisão de fls. 26 (fls. 240 na origem), que, nos autos da ação cominatória, ajuizada por

Carlos Alberto Caltran, indeferiu pedido de limitação da multa diária ao valor da obrigação principal, na consideração de que na época oportuna o executado não ofereceu Embargos, após devidamente intimado, ocorrendo a inércia.

Na minuta recursal, pleiteia a reforma da r. decisão. Entende que o montante alcançado a título de multa diária (R$ 598.849,50) afronta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Defende a imposição de limite para a cobrança da multa, que deverá corresponder ao da obrigação principal (R$ 5.802,30), para que não incida no enriquecimento sem causa da parte agravada. Pleiteia a reforma da decisão, para que a multa diária seja limitada ao valor da obrigação principal ou em valor atribuído no presente recurso.

Recurso tempestivo, preparado (fls. 40/43) e processado com efeito suspensivo.

O agravado, 'sponte sua', ofereceu contraminuta (fls. 46/64).

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

É o relatório.

Inicialmente, cabe afastar a preliminar de não conhecimento do recurso, veiculada em contraminuta.

Isso, porque a decisão de deferimento da tutela antecipada não é peça obrigatória para a instrução do presente recurso, nos termos do artigo 1.017, inciso I, do CPC, mas, sim, facultativa, de sorte que a sua não juntada nada interfere no desfecho recursal, por ser irrelevante para o entendimento da controvérsia.

No cerne, trata-se de ação cominatória, em fase de cumprimento de sentença, para a execução da multa diária, aplicada à base de 50% do salário mínimo, por dia de descumprimento, para a satisfação, pelo agravante, da obrigação de quitar o financiamento junto à Instituição Financeira e promover a baixa do gravame recaído sobre o bem objeto da lide.

Destaca-se, por oportuno, que, em consulta ao andamento processual, junto ao 'site' do TJSP, verificou-se que a tutela antecipada foi deferida em decisão do dia 27/07/2012.

A liminar foi confirmada pela r. Sentença de procedência do pedido (fls. 30/32 do Instrumento), para determinar que o réu, ora agravante, realize a obrigação, efetuando a quitação das dívidas e a transferência do veículo, nos termos da tutela, com o trânsito em julgado certificado em 13/04/2015 (fls. 34).

Iniciado o cumprimento de sentença, para a cobrança da multa diária, certo é que a penalidade alcançou, em julho de 2018, o montante de R$ 598.849,50 (fls. 35/39).

Assim, em que pese o fato de o agravante não ter cumprido a obrigação, o

Acesso ao Sumário

recurso comporta acolhimento em parte, com a necessária limitação do montante das "astreintes".

Entende-se que é perfeitamente cabível a fixação de multa, para compelir o agravante ao cumprimento da determinação judicial, tendo em vista, especialmente, o desatendimento da ordem do Juízo, quando inicialmente imposta.

Vale destacar que as '*astreintes'* visam compelir a parte a cumprir a determinação judicial e podem ser fixadas até mesmo de ofício pelo Juiz, com respaldo no art. 297, § único, combinado com o art. 536, § 1º, e 537, do Código de Processo Civil.

Importante consignar que sua fixação, à base de 50% do salário mínimo por dia de atraso, não se revela por demais excessiva, tendo em vista a finalidade da multa e a resistência do agravante, cuidando-se aqui, ademais, de medida que pode ser facilmente cumprida pela parte.

A multa diária consiste em uma medida de coerção (legal), que objetiva o cumprimento espontâneo da obrigação, sendo que só é aplicável, quando do descumprimento da ordem judicial.

A fixação das '*astreintes'* deve considerar as peculiaridades da causa, em estrita observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que impulsionem o devedor ao cumprimento e que não importem em enriquecimento sem causa do credor.

A esse respeito, já se pronunciou o Colendo STJ: "*A finalidade de multa é compelir o devedor ao efetivo cumprimento da obrigação de fazer. Nesse sentido, a multa não pode se tornar mais desejável ao credor do que a satisfação da prestação principal, a ponto de ensejar o enriquecimento sem causa. O processo deve ser um instrumento ético para a efetivação da garantia constitucional de acesso à justiça, sendo vedado às partes utilizá-lo para obter pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante*" (REsp nº 1.060.293-RS, 3ª T., Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 04/03/2010).

Impõe-se observar que a multa foi arbitrada em quantia módica e adequada e, não fazendo coisa julgada, inconteste que pode ser revista a qualquer tempo e em qualquer fase processual, desde que se torne insuficiente ou excessiva, a ponto de justificar tal revisão (art. 537, §1º, inciso I do CPC).

Ressalte-se que é sedimentado o entendimento de que, sobre a matéria, não há formação de coisa julgada, podendo ser revista a fim de se adequar a sua função.

Conquanto o artigo 537, § 1º, do Código de Processo Civil disponha que o Magistrado pode, de ofício ou a requerimento da parte, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda, nos casos dispostos nos incisos I e II, certo é que, quando o montante se revelar excessivamente elevado, em completa

Acesso ao Sumário

dissonância com o objeto da ação, como 'in casu', em que a multa diária alcançou mais de meio milhão de Reais (R$ 598.849,50 - fls. 35/39), pode, e deve o Juiz, limitar o seu alcance, sob pena de enriquecimento sem causa do autor.

É que, "*para fins de verificação da infimidade ou da exorbitância da multa, há que levar em conta não apenas o seu valor diário, mas o total alcançado. O instituto das 'astreintes' deve ostentar caráter de coercitividade, sem, contudo, ensejar enriquecimento sem causa* (STJ-4ª T., Ag em REsp 158.307-AgRg. Min. Antônio Ferreira, j. 19.2.13, DJ 27.2.13)" (in Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca - 49ª ed. - São Paulo, Saraiva, 2018, nota '6' ao artigo 537 do CPC, pag. 592).

Na mesma direção, dispõe a doutrina: "*(...) Entendemos que a revisão do montante acumulado a título de multa coercitiva é possível, mas deve ser visto como algo excepcional. A regra é que o controle do valor e da periodicidade da multa seja exercido concomitantemente à sua incidência e tenha eficácia prospectiva (para o futuro) tal como diz expressamente o art. 537, § 1º, ao mencionar a possibilidade de alteração da multa vincenda.* ***Apenas excepcionalmente se pode admitir a revisão do montante acumulado (revisão retroativa)****, a ser feita na execução em que se pretende o seu pagamento. Isso é possível quando,* ***no caso concreto, se põem em choque as máximas da efetividade da tutela jurisdicional e a da vedação ao enriquecimento sem causa.***" (*in* Curso de direito processual civil: execução Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paulo Sarna Braga, Rafael Alexandria de Oliveira 7ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvim, 2017, pág. 617 - negritei).

Cabe considerar, ainda, que inexiste ofensa à coisa julgada, pela redução da multa. Nesse sentido:

> "*A multa poderá, mesmo* ***depois de transitada em julgado*** *a sentença, ser* ***modificada****, para mais ou para menos, conforme seja insuficiente ou excessiva. O dispositivo indica que o valor da 'astreinte' não faz coisa julgada material, pois pode ser revista mediante a verificação da insuficiência ou excessividade. O excesso a que chegou a multa aplicada justifica a* ***redução****" (STJ-3ª T., REsp 705;914, Min. Gomes de Barros, j. 15.12.05, DJU 6.3.06; a citação é do voto do relator). No mesmo sentido: STJ-5ª T., REsp 708.290, Min. Arnaldo Esteves, j. 26.6.07, DJU 6.8.07; STJRDDP 58/111 (4ª T., REsp 785.053), RT 905/267 (TJSP, AP 990.10.287520-2), JTJ 372/135 (AI 294283-51.2011.8.26.0000)*" (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca - 49ª ed. - São Paulo, Saraiva, 2018, nota '6' ao artigo 537 do CPC, pag. 592 - negrito no original).

Acesso ao Sumário

Na hipótese em apreço, ainda que se considere a absurda recalcitrância do devedor, ora agravante, que, deliberadamente, descumpriu a obrigação imposta em tutela (quitar o financiamento junto à Instituição Financeira e promover a baixa do gravame recaído sobre o bem objeto da lide), imperiosa se faz a limitação da multa, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, vedando-se o enriquecimento sem causa.

Nesse passo, plenamente aplicável o comando do artigo 537, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil, para a limitação da multa diária, vencida e acumulada, sem que isso consubstancie violação à coisa julgada, ao direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito.

Digno de nota que, 'in casu', se torna necessário analisar a natureza jurídica da multa cominatória, que, em nenhuma hipótese, pode ser desproporcional, nem mesmo promover o enriquecimento sem causa da parte beneficiada pela sua imposição, como amplamente demonstrado.

Nesse sentido, as razões deduzidas no recente precedente desta Câmara, de que foi Relator o Desembargador Renato Sartorelli, merecem destaque:

> "*O artigo 537, §1º, inciso I, do Código de Processo Civil estabelece que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.*
>
> *Vale dizer, a multa vincenda pode ser alterada durante processamento da fase de cumprimento de sentença, mas somente nas situações indicadas pelo artigo 537, § 1º, do CPC. É possível dizer, no caso, que a multa se apresenta excessiva, sobretudo em face da composição celebrada entre as partes, em juízo, no ano de 2012.*
>
> *(...)*
>
> *Em suma,* ***inexistindo limite máximo de valor para a astreinte e considerando sua natureza jurídica e a própria mens legis do instituto (art. 537, § 1º, inciso I, CPC), mostra-se viável ao magistrado, de ofício ou a requerimento das partes, alterar o montante a qualquer tempo, inclusive na fase de cumprimento de sentença****, notadamente se modificada a situação para a qual foi imposta,* ***não havendo que se falar em coisa julgada material***" (TJSP; Agravo de Instrumento 2234702-27.2018.8.26.0000; Relator (a): Renato Sartorelli; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jarinu - Vara Única; Data do Julgamento: 10/12/2018; Data de Registro: 10/12/2018 - negritei).

De idêntico teor, o entendimento do ilustre Desembargador Vianna Cotrim:

> "*Efetivamente, a aplicação das astreintes no período de recalcitrância ao cumprimento da ordem judicial em R$36.400,00*

Acesso ao Sumário

(trinta e seis mil e quatrocentos reais), montante que supera o valor total do contrato que o autor almeja rescindir (R$24.000,00), o que evidentemente desvirtua a finalidade coercitiva da ***sanção e enseja o enriquecimento indevido do credor da obrigação, podendo ser alterado mesmo após o trânsito em julgado da decisão que a cominou***" (TJSP; Agravo de Instrumento 2252976-73.2017.8.26.0000; Relator (a): Vianna Cotrim; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/04/2018; Data de Registro: 04/04/2018 - negritei)

A jurisprudência desta Corte coaduna-se com o entendimento acima, consoante os seguintes precedentes:

"OBRIGAÇÃO DE FAZER - Reparos em imóvel - Imposição de obrigação de fazer, sob pena de multa diária - Meio de assegurar o cumprimento da obrigação - Cumprimento de sentença - Multa coercitiva - Redução do valor máximo devido - Possibilidade de modificação do valor e periodicidade de multa vencida - Fixação para proporcionar efetividade da tutela concedida - Fixação do limite global - Aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Decisão mantida. Recurso não provido" (TJSP; Agravo de Instrumento 2227382-23.2018.8.26.0000; Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VI - Penha de França - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/11/2018; Data de Registro: 26/11/2018);

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - Decisão agravada que reduziu o valor da multa diária fixada em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade - ASTREÍNTES - DIMINUIÇÃO - POSSIBILIDADE - Perda da finalidade da multa que autoriza sua redução, sem desrespeito à preclusão - O objetivo das 'astreintes' não é obrigar a parte a pagar o valor da multa, mas obrigá-la a cumprir a obrigação na forma específica - Aplicação que pode ser revista pelo julgador, quando afigurar-se inócua como meio de coerção voltado a garantir a efetividade da ordem, não podendo constituir fator de enriquecimento sem causa. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO - Ante a parcial procedência da impugnação ao cumprimento de sentença, de rigor o reconhecimento da sucumbência recíproca, dividindo as partes o pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) - Precedentes do C. STJ - RECURSO IMPROVIDO, com observação" (TJSP; Agravo de Instrumento 2045960-

Acesso ao Sumário

18.2018.8.26.0000; Relator (a): Luis Fernando Nishi; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/06/2018; Data de Registro: 21/06/2018);

"PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - RESTABELECIMENTO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - PROCEDÊNCIA DA DEMANDA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - IMPUGNAÇÃO - EXCESSO DE EXECUÇÃO - REDUÇÃO DA MULTA DIÁRIA - CABIMENTO - Comprovação de que a agravante cumpriu a liminar, mas não de imediato, o que deflagra a aplicação de multa - Considerando que houve confirmação da tutela antecipada em sede de sentença, cabível a execução das 'astreintes' inicialmente impostas, no entanto, **o valor da multa pelo descumprimento de decisão judicial não faz coisa julgada material, vale dizer, pode ser modificada a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença que o fixou** - Precedentes - **Atual sistemática de ritos imposta pelo novo CPC, em seu § 1º, art. 537, que não excluiu a possibilidade de alteração das astreintes vencidas**, tendo, inclusive, facultado a sua exclusão, acaso se torne excessiva ou insuficiente - Assim, pela natureza da causa, a exigência de 'astreintes' em R$ 36.982,96 é, de fato, exorbitante e desproporcional, comportando redução - Minoração para R$ 10.000,00 - Recurso parcialmente provido para esse fim" (TJSP; Agravo de Instrumento 2177734-11.2017.8.26.0000; Relator (a): Carlos Nunes; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mogi das Cruzes - Vara da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 06/02/2018; Data de Registro: 07/02/2018 - grifei)

Portanto, de rigor a redução do montante das 'astreintes', mas, não, nos termos em que requerido pelo agravante, qual seja, atrelada ao valor da obrigação principal (R$ 5.802,30), porque isso seria premiar a sua desídia e o descaso para com o agravado, bem como para com o Poder Judiciário.

Assim, sopesando as circunstâncias do caso concreto, na consideração de que a natureza coercitiva da penalidade é a de tornar efetivo o cumprimento da obrigação e, não, a de indenizar a parte e, tendo em vista que a sentença transitou em julgado em 13/04/2015 (fls. 34), bem como a recalcitrância do agravante, que não cumpriu a obrigação imposta e, diante o valor alcançado a título de multa diária, de rigor a redução do montante de R$ 598.849,50 (quinhentos e noventa e oito mil, oitocentos e quarenta e nove reais e cinquenta centavos) para R$ 30.000,00 (trinta mil reais), valor que será corrigido monetariamente pelos índices da Tabela Prática deste E. Tribunal de Justiça, a partir da publicação deste Acórdão e acrescido de juros de mora, a contar do seu trânsito em julgado.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, nos termos acima enunciado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2271775-33.2018.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante PAULO SERGIO SCHOFIELD, são agravados ANCAR IVANHOE CAMPINAS S.A. e NAI CAMPINAS PARTICIPAÇÕES S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.305)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GOMES VARJÃO (Presidente), CRISTINA ZUCCHI e SOARES LEVADA.

São Paulo, 11 de março de 2019.

GOMES VARJÃO, Relator

Ementa: Ação de execução de título extrajudicial, fundado em locação de imóvel. Deferimento de penhora de saldos de planos de previdência privada. Possibilidade. Plano de previdência que constitui investimento e não encontra abrigo no instituto da impenhorabilidade. Decisão mantida. Recurso improvido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão que, em ação de execução de título extrajudicial, fundado em locação de imóvel, deferiu a penhora de saldos de planos de previdência privada em nome do executado e determinou a transferência do valor encontrado para conta vinculada ao Juízo (fls. 409).

Alega o agravante que o valor constante da previdência privada complementa a aposentadoria que recebe do INSS. Aduz que a junção da aposentadoria e valor que recebe da previdência privada perfaz um valor de R$ 4.875,32. Assinala que com este valor é que sustenta os pagamentos das despesas pessoais e domesticas sua e de sua família. Sustenta que suas despesas mensais com aluguel residência, consumo de água e eletricidade, plano de saúde e Refis alcança a soma de R$ 3.415,44. Assevera que as despesas ultrapassam o valor que recebe de aposentadoria do INSS que é de R$ 3.390,91. Por isso, requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e a reforma da r. decisão agravada.

Acesso ao Sumário

Recebido o recurso no efeito suspensivo (fls. 417), não houve apresentação de contraminuta (fls. 421).

É o relatório.

Cuida-se de ação de execução de título extrajudicial, fundado em locação de imóvel, superadas todas as tentativas de adimplemento do débito, adveio a decisão que deferiu a penhora de saldos de planos de previdência privada em nome do executado e determinou a transferência do valor encontrado para conta vinculada ao Juízo, ensejando a interposição do recurso em apreço.

O recurso não comporta provimento.

O saldo de depósito em plano de previdência privada não possui caráter alimentar, constituindo aplicação financeira de longo prazo, susceptível de penhora.

Trata-se de tipos de aplicações e investimentos, que, em que pese possam ter origem em verbas de natureza alimentar, provenientes de remuneração mensal percebida pelo seu titular, perdem essa característica se não utilizadas para manutenção do devedor e de sua família no período em que foram auferidos.

É apenas um investimento visando acúmulo de capital. Considerar tais valores como impenhoráveis, por visarem a uma aposentadoria ou complemento desta, seria cogitar que qualquer acúmulo de capital se tornaria inatingível, frustrando as chances de recuperação de créditos em face de referidos devedores.

Desta forma, o fundo de previdência privada possui o nítido caráter de investimento e não se encontra acobertado pela impenhorabilidade. Ademais, o agravante possui aposentaria que garante a sua subsistência, conforme declaração de imposto de renda de fls. 399/404.

Nesse sentido, jurisprudência dessa Corte:

"LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - Decisão de Primeiro Grau que indeferiu a expedição de ofícios para eventual penhora de previdências privadas e títulos de capitalização em nome da agravante - Fundo de previdência privada - Ausência de caráter alimentar - Natureza de aplicação financeira, com possibilidade de resgate dos valores investidos, a qualquer momento - Investimento visando acúmulo de capital - Inadmissibilidade de se reconhecer a impenhorabilidade do numerário, já que apenas visam, em tese, futura aposentadoria, estando ausente o caráter previdenciário - Recurso parcialmente provido, para o fim de deferir-se a expedição dos ofícios requeridos pelos exequentes, para que as instituições pertinentes informem a existência de plano de previdência privada ou título de capitalização em nome das agravadas" (Agravo de Instrumento 2241103-76.2017.8.26.0000; Rel.: CARLOS NUNES; 31ª Câmara de Direito Privado; j. 06/03/2018).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

É o meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2254148-16.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CONDOMÍNIO BOSQUE DO BUTANTÃ, é agravada FLÁVIA KELLEN LEITE SALVADOR.

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 26655)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente) e CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA.

São Paulo, 12 de março de 2019.

LUIS FERNANDO NISHI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - COBRANÇA DE CONDOMÍNIO - Decisão agravada que indeferiu o pedido de alteração do polo passivo da demanda para fazer constar o proprietário constante do registro imobiliário - Inviável a alteração na fase executiva, para incluir terceiro que não participou da fase de conhecimento, ainda que se trate de cobrança de cotas condominiais, vez que o mesmo não integra o título executivo judicial - Precedentes do STJ - Embora, em tese, seja possível que o condomínio venha a discutir eventual responsabilidade do novo proprietário do imóvel, amparado no caráter "propter rem" da obrigação, trata-se de questão de direito material, que deve ser objeto da ação judicial pertinente, reconhecendo tal obrigação - RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **CONDOMÍNIO**

BOSQUE DO BUTANTÃ contra a respeitável decisão trasladada a fls. 608/609 que, nos autos da ação de cobrança de cotas condominiais, em fase de cumprimento de sentença que move em face de **FLÁVIA KELLEN LEITE SALVADOR**, indeferiu o pedido de inclusão do proprietário registral do imóvel no polo passivo da demanda, em razão da ausência de legitimidade por não ter integrado a relação processual na fase de conhecimento.

Sustenta que não houve mudança na propriedade registral do imóvel por desídia da executada, que não levou a registro o contrato de compra e venda do bem, de forma que, nos termos do artigo 109, §3º, do CPC, há sucessão da relação processual, devendo a construtora responder pelos débitos em aberto, ainda mais dada a natureza "*propter rem*" da dívida.

Aduz, ainda, que foi proposta ação da executada em face da proprietária registral, requerendo a rescisão do contrato de compra e venda pela impossibilidade de adimplemento das parcelas. Em tal ação, julgada parcialmente procedente, foi decretada a rescisão contratual, de forma que a posse direta também retornou à proprietária registral, de forma que não há razão para sua não inclusão no polo passivo da execução, a possibilitar a constrição do bem.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo/ativo e, ao final, pelo provimento recursal, para que seja deferido o pedido de inclusão da proprietária registral no polo passivo da demanda.

Foi indeferido o efeito suspensivo/ativo pleiteado.

É o relatório, passo ao voto.

Não sendo obrigatória a requisição de informações, passe-se, de pronto, ao exame da controvérsia.

Embora, em tese, seja possível que o condomínio venha a discutir eventual responsabilidade do novo adquirente da unidade condominial, amparado no caráter *propter rem* da obrigação, trata-se de questão de direito material, que deve ser objeto da ação judicial pertinente, reconhecendo tal obrigação.

A natureza *propter rem* da dívida executada não autoriza a medida processual pretendida pelo condomínio, pois implicaria invadir patrimônio de terceiro, que não figurou no polo passivo da ação de conhecimento cuja sentença se pretende executar.

Com efeito, inviável a alteração do polo passivo da demanda, na fase executiva, para incluir terceiro que não participou da fase de conhecimento, ainda que se trate de cobrança de cotas condominiais, vez que o mesmo não integra o título executivo judicial.

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

"***AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS JULGADA PROCEDENTE. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REDIRECIONAMENTO CONTRA***

Acesso ao Sumário

QUEM NÃO FOI PARTE NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO E A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que não é possível a substituição da parte executada, na fase executiva, para incluir terceiro que não participou do processo de conhecimento e, por conseguinte, não integrou o título executivo judicial, ainda que seja para a cobrança de cotas condominiais. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento"[1].

"***PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. EXECUÇÃO. TÍTULO JUDICIAL. OBRIGAÇÃO CONDOMINIAL. PROPTER REM. PENHORA DO BEM. PROPRIETÁRIA. 1. É certo que, nos termos da jurisprudência da 2ª Seção, a responsabilidade pelo pagamento de cotas condominiais em atraso pode recair, em certos casos, sobre o novo adquirente do imóvel. 2. Tal responsabilidade, contudo, é de ser aferida em ação de conhecimento. Na presente hipótese, não se trata mais de ação de cobrança, mas da execução de título judicial formado em ação daquela natureza, em cujo polo passivo estava presente, tão somente, a agravante, que era a proprietária do imóvel na época em que houve o inadimplemento. 3. É necessária a vinculação entre o polo passivo da ação de conhecimento, onde formado o título judicial, e o polo passivo da ação de execução, nas hipóteses de cobrança de cotas condominiais. 4. Agravo regimental a que se nega provimento***"[2].

Na mesma direção, julgado desta **C. 32ª Câmara de Direito Privado**:

"***Agravo de instrumento. Cobrança de despesas condominiais. Penhora dos direitos da executada sobre o imóvel. Exequente que pretende ampliar o objeto da constrição para que atinja o próprio bem. Inadmissibilidade. Bem cuja propriedade não pertence à executada, posto que foi alienado fiduciariamente à instituição financeira que não figurou no polo passivo da ação de conhecimento. Precedentes jurisprudenciais. Pedido de ampliação indeferido. Recurso improvido***"[3] 3.

De rigor, portanto, a manutenção da decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, e pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso.**

Acesso ao Sumário

1 AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.559.138 /SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 10/11/2016.

2 AgRg no Ag n.1.375.488/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 1/3/2016.

3 Agravo de Instrumento nº 2229205-03.2016.8.26.0000, Rel. Des. Ruy Coppola, j. em 01/12/2016.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2225513-25.2018.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ROILDES RIBEIRO BENEVIDES e RURAL RIO PRODUTOS AGRÍCOLAS EIRELI (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), é agravado BANCO INDUSTRIAL DO BRASIL 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 29.651)**

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

São Paulo, 8 de março de 2019.

GIL COELHO, Relator

Ementa: Agravo interno - Execução - Alegação de matéria já apreciada em anteriores agravos de instrumento - Rediscussão - Descabimento - Negado conhecimento ao agravo de instrumento - Proposta de não provimento a este recurso.

VOTO

Insurge-se a agravante contra a decisão de não conhecimento de seu agravo de instrumento, alegando que o objeto do agravo era a reforma da decisão que determinou o prosseguimento da execução em face de Roildes, com conversão da indisponibilidade de valores em penhora de R$55.313,12; que na decisão monocrática constou que a matéria já teria sido analisada em recursos anteriores, mas em nenhum dos casos havia decisão proferida na sua Recuperação Judicial, sendo equívoco que o r. Juízo de origem não havia manifestado acerca da força vinculante do PRJ; que os agravantes informaram a homologação do plano, com acórdão que manteve, a todos os credores, a aplicação das premissas que consistem na supressão da garantia fidejussória nos instrumentos em execução, como a extinção das obrigações, de sorte a refletir na exigibilidade do título, questão prejudicial à sua continuidade; que abordaram a força vinculante do PRJ; que levaram a conhecimento a impugnação de crédito, discussão acerca da

Acesso ao Sumário

submissão do crédito ainda não transitada em julgado; que houve provocação sobre a força vinculante do plano; que a decisão se baseou em julgado quando o plano ainda não havia sido homologado pelo Tribunal de Justiça de Goiás; que o levantamento dos valores além de colocar em risco o patrimônio dos agravantes colide com o art. 172 da Lei 11.101/05, já que o plano prevê pagamento em favor da agravada e prevê a supressão das garantias em face dos sócios e coobrigados; que, mantida a decisão monocrática, a execução desafiará comando da decisão colegiada do Juízo Universal da Recuperação Judicial; e que requer o efeito suspensivo e o afastamento da decisão agravada, para extinguir a execução em razão da homologação do plano de recuperação judicial ou a suspensão até o julgamento definitivo da impugnação de crédito.

Eis o relatório.

A decisão agravada é a seguinte:

"*Insurgem-se os agravantes contra a r. decisão copiada a fls. 535 (dos autos principais), de determinação de prosseguimento da execução em face de Roildes, convertida a indisponibilidade dos valores em penhora. Alegaram os agravantes sobre a necessidade de extinção da execução ou suspensão em relação a Roildes Ribeiro Benevides. Alegaram, mais, que a manutenção da execução inviabiliza a reestruturação das atividades da empresa em recuperação judicial, pois certamente o sócio se voltará ao caixa da empresa, fonte de seu sustento, para responder pelos débitos que assumiram com a empresa recuperanda, situação que indubitavelmente prejudica a atividade empresarial e os demais credores, sobretudo os trabalhistas e pequenos fornecedores. Alegaram, mais, que a intenção das disposições do plano constante nas suas premissas, mormente a premissa 05 é unicamente a de impedir que os credores possam continuar exigindo a satisfação de seus créditos, que já contam com previsão de pagamento no plano de recuperação, uma vez que tal atitude acabaria por comprometer o referido plano e o sucesso da própria reorganização das atividades da empresa. Postularam pelo efeito suspensivo e pelo provimento ao recurso. Contrarrazões do réu a fls. 35/42 e manifestação dos agravantes a fls. 44/45. Eis o relatório. Banco Industrial do Brasil S/A promoveu ação de execução baseada em Cédula de Crédito Bancário (fls. 1/7 dos autos principais) em face de Rio Produtos Agrícolas Eireli e Roildes Ribeiro Benevides, vindo aos autos notícia de deferimento da recuperação judicial da empresa devedora (fls. 64/65). Os executados apresentaram embargos à execução (Proc nº 1064430-76.2016.8.26.0100), os quais foram recebidos com efeito suspensivo (decisão de 27/06/2016 - fls. 59 dos autos nº1064430-76.2016.8.26.0100), deliberação da qual foi interposto agravo de instrumento nº 2146190-39.2016.8.26.0000, ao qual foi dado provimento, para o prosseguimento da execução em face do avalista (fls. 366/370 dos autos da execução - Voto 25.510). Em 07/04/2017 (fls. 277/279 dos autos da execução) foi julgada extinta a execução em relação à*

Acesso ao Sumário

co-executada Rural Rio Produtos Agrícolas Eireli, nos termos do art. 924, III do CPC, prosseguindo-se o feito em relação ao co-executado Roildes Ribeiro Benevides, decisão da qual foram opostos embargos de declaração pelo Banco Industrial do Brasil S/A (em 24/04/2017 - fls. 293/298 dos autos da execução) e pelos executados (em 26/04/2017 - fls. 300/320 da execução), seguindo a r. decisão de 29/06/2017 - fls. 340/341 dos autos da execução) do seguinte teor: 'Conheço dos embargos de declaração opostos por ambas as partes e, no mérito, os acolho para o fim de anular a sentença de fls. 277/279. Em relação à coexecutada Rural Rio Produtos de Agrícolas Eireli, em recuperação judicial, há questão prejudicial externa no que se refere à sujeição ou não do crédito objeto desta execução à recuperação judicial. Assim, determino a suspensão desta execução em face de Rural Rio Produtos de Agrícolas Eireli até que seja julgada a impugnação de crédito oposta pelo credor junto ao juízo da recuperação, nos termos do art. 313, V, 'a' do CPC. No que tange ao coexecutado Roildes Ribeiro Benevides, avalista no título ora executado, além da questão prejudicial retromecionada (da suposta extraconcursalidade do crédito perseguido nestes autos), também reconheço a prejudicialidade externa quanto à validade da homologação do plano de recuperação judicial, o qual estendeu os efeitos da recuperação ao avalista. Assim, determino a suspensão desta execução em face de Roildes Ribeiro Benevides até que seja julgada a impugnação de crédito oposta pelo credor junto ao juízo da recuperação ou até que seja julgado o agravo de instrumento contra a decisão homologatória do plano de recuperação judicial, nos termos do art. 313, V, 'a' do CPC. Anoto que as partes deverão comunicar este juízo sobre o julgamento das questões prejudiciais pelo juízo da recuperação tão logo ocorram. Sem prejuízo, mantenho a indisponibilidade de valores do Roildes Ribeiro Benevides por meio do BACENJUD, tendo em vista que, quando da decisão, a execução não estava suspensa em face do coexecutado avalista. Nesse sentido, sendo parcialmente positivo o bloqueio on line (fls. 284/287), intime-se, na pessoa dos advogados da(o)(s) ré(u)(s)/executado(s), advertindo-o do prazo de 05 dias para eventual arguição sobre impenhorabilidade ou excesso de indisponibilidade, na forma do art. 854, §§ 2º e 3º, do CPC', deliberação da qual foi interposto pelo Banco Industrial do Brasil S/A agravo de instrumento (nº 2142402-80.2017.8.26.0000 - Voto - nº 27.210 - fls. 352/356 dos autos da execução), ao qual foi dado provimento, em parte, para ao prosseguimento do feito em relação ao devedor solidário. Pela petição de 31/07/2018 (fls. 532/534 dos autos da execução), o exequente postulou pelo prosseguimento do feito com a expedição de mandado de levantamento judicial dos valores bloqueados em conta do coexecutado Roildes, bem como fosse realizado novo bloqueio de contas em nome de ambos os executados, até o limite do débito em aberto, seguindo a r. decisão de 10/08/2018 (fls. 535 dos autos da execução), da qual ora se recorre, do seguinte teor: 'Vistos. De início, não há razão para se aguardar o trânsito em julgado da decisão do juízo da recuperação judicial, se não houve prova da atribuição de efeito suspensivo a eventual recurso. Ainda,

Acesso ao Sumário

a execução deve prosseguir em face de Roildes, conforme decidiu o E. TJSP (v. Acórdão às fls. 493/502). Assim, dando prosseguimento a esta execução, converto a indisponibilidade de valores em penhora. Transfira-se o montante bloqueado para uma conta vinculada ao Juízo, nos termos do art. 854, § 5º, do CPC. Dispensada a lavratura de termo de penhora, nos termos do artigo supra. Intime-se, (o)(s) ré(u)(s)/executado(s) na pessoa de seu advogado ou da sociedade de advogados, na forma do art. 841, § 1º, do CPC. Conste da intimação que o(a)(s) executado(s)(s) pode requerer a substituição do bem penhorado, no prazo de 10 dias, contado da intimação da penhora, desde que comprove que essa substituição lhe será menos onerosa e que não trará prejuízo ao(s) exequente(s), bem como o atendimento às disposições do art. 847, §1º, do CPC. Ademais, ressalte-se que, tratando-se de execução de título judicial/cumprimento de sentença, o prazo para eventual discussão acerca da validade e adequação da penhora será de 15 dias, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato, nos termos do art. 525, § 11º, do CPC; se de execução de título extrajudicial, que o prazo para eventual discussão acerca da incorreção da penhora ou da avaliação será de 15 dias, contado da ciência do ato, por simples petição, nos termos do art. 917, § 1º, do CPC. Intime-se.' Este agravo é manifestamente inadmissível. A insurgência versa sobre o prosseguimento da execução em face do co-executado, matéria esta que já foi objeto de apreciação em dois agravos de instrumento (nºs 2146190-39.2016.8.26.0000 e 2142402-80.2017.8.26.0000). Logo, as razões deste recurso apenas reiteram questão já submetida a pretéritas decisões judiciais, inclusive em grau recursal, não podendo o referido tema, consequentemente, ser rediscutido nesta oportunidade. Ante o exposto, não conheço deste agravo, nos termos do artigo 932, III, do CPC."

O fundamento posto no agravo de instrumento nº 2142402-80.2017 é o seguinte:

"Apenas no que tange ao avalista, deve ser modificada a r. decisão agravada. No tocante à agravada Rural Rio, como está pendente de apreciação a impugnação de crédito nos autos da recuperação, de mister a manutenção da r. decisão agravada. Com efeito, à luz do que dispõe o § 1º do art. 49 da Lei 11.101/2005 ('os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso'), a recuperação judicial da empresa executada não dá ensejo à suspensão da execução contra o coobrigado. Nesse sentido, ensina FABIO ULHOA COELHO que 'os credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial conservam intactos seus direitos contra coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Desse modo, o portador de nota promissória firmada pelo empresário em recuperação pode executar o avalista desse título de crédito, como se não houvesse o benefício. Cabe ao avalista suportar, nessa situação, o sacrifício direto representado pela recuperação judicial do avalizado'. (Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, 2ª edição, Saraiva, 2005, p. 170). A respeito, julgado desta 11ª Câmara, relatado pelo iminente

Acesso ao Sumário

Desembargador GILBERTO DOS SANTOS, do seguinte teor: '*EXECUÇÃO. Cédula de crédito bancário. Ação proposta contra avalistas de empresa em situação de recuperação judicial aprovada. Admissibilidade. Autonomia da relação cambial. Inteligência, ademais, do § 1º, do art. 49, da Lei 11.101/2005. Novação das dívidas restritas à empresa recuperanda (que não se confunde com a figura dos sócios) e seus credores. Recurso improvido.' 'Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso'. (Apelação com revisão nº 7.239.624-6, DJ 15.05.2008). Ante o exposto, meu voto é pelo provimento, em parte, ao recurso, para o prosseguimento do feito em relação ao devedor solidário.*"

No acórdão relativo ao agravo de instrumento nº 2146190-39.2016 constou expressamente a compreensão da matéria pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos, no julgamento de 26.11.2014 do REsp 1333349/SP, relatado pelo eminente Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 2ª Seção, no seguinte sentido: *1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: "A* ***recuperação judicial*** *do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005."*

Lamentável, portanto, a interposição deste agravo de instrumento, que proponho à E. Turma Julgadora que negue provimento.

Ante o exposto, meu voto é pelo não provimento a este agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 2183712-32.2018.8.26.0000/50001, da Comarca de Mococa, em que é agravante JOSÉ ROBERTO MANOEL, é agravado COOPERATIVA DE PRODUTOS METALÚRGICOS DE MOCOCA - COPROMEM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual do Grupo Reservado de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 12189)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente) e ARALDO TELLES.

São Paulo, 28 de março de 2019.

MAURÍCIO PESSOA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Agravo interno - Ação rescisória - Concessão de gratuidade processual à agravada (autora) e deferimento de tutela de urgência para suspender-se parcialmente o prosseguimento do cumprimento de sentença na origem, dele excluindo-se, até final julgamento da ação rescisória, a execução do valor das quotas subscritas e não integralizadas com os respectivos acréscimos e correções - Razões recursais que não autorizam o juízo de retratação - Decisão mantida - Não condenação nas penas do artigo 1.021, § 4º do Código de Processo Civil - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão monocrática de fls. 124/128, a qual, nos autos da ação rescisória, deferiu a gratuidade processual à agravada e deferiu a tutela de urgência para suspender-se parcialmente o prosseguimento do cumprimento de sentença na origem, dele excluindo-se, até final julgamento da ação rescisória, a execução do valor das quotas subscritas e não integralizadas com os respectivos acréscimos e correções.

O agravante sustenta, em síntese, que o documento carreado pela agravada para requerer a concessão da gratuidade processual é apenas um balancete incompleto que supostamente retrata o movimento financeiro de julho de 2018; que ele não pode ser admitido como prova de alegada carência econômica; que as demonstrações financeiras dos exercícios findos em 31 de dezembro de 2017 e de 2016 e o relatório dos auditores independentes revelam que ela tinha caixa para suportar as despesas do processo, razão pela qual não faz *jus* à concessão da benesse; que deve ser definido qual o objeto da ação rescisória, ou seja, se se pretende rescindir sentença de primeiro grau ou acórdão que decretou a deserção de recurso de apelação, fatos estes que serão tratados em contestação, mas que, por ora, não estão preenchidos os requisitos para a concessão da tutela de urgência.

A agravada se manifestou (fls. 51/54).

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Prejudicada a retração.

O Relator deferiu a gratuidade processual à agravada - autora da ação rescisória - e deferiu a tutela de urgência para suspender-se parcialmente o prosseguimento do cumprimento de sentença na origem, dele excluindo-se, até final julgamento da ação rescisória, a execução do valor das quotas subscritas e

Acesso ao Sumário

não integralizadas com os respectivos acréscimos e correções.

Eis o inteiro teor da decisão recorrida (fls. 124/128):

"*1. Primeiramente, retifique-se a distribuição desta ação rescisória para que dela conste como órgão julgador a 2ª Câmara de Direito Empresarial - da qual este Relator é integrante - e não o Grupo Reservado de Direito Empresarial.*

É que se trata de ação rescisória de sentença e não de acórdão, daí porque o órgão colegiado competente para o processamento e julgamento dela é a Câmara (RITJSP, art. 35).

2. Comunique-se o D. Juízo de origem (2ª Vara da Comarca de Mococa) a distribuição desta ação rescisória (RITJSP, art. 235, I).

3. Defere-se a gratuidade processual à autora.

De fato, a autora faz jus à gratuidade processual, haja vista ter demonstrado não reunir condições de arcar com as custas e despesas processuais.

Prova disso é que por não ter reunido condições de pagar o preparo recursal na ação de origem desta ação rescisória, o recurso então interposto foi julgado deserto e, por conseguinte, não conhecido. Prova disso é que em outras ações lhe fora deferido o benefício (p. ex., apelações nºs 0002510-85.2014.8.26.0360 e 00002430-24.2014.8.26.0360). Prova disso, finalmente, é que este Relator já reconheceu a precariedade da situação econômico-financeira da autora quando do julgamento do agravo interno nº 0002431-09.2014.8.26.0360/50001.

É o suficiente para, aqui, conceder-se a gratuidade processual à autora, anotando-se.

4. Em sede de cognição sumária, estão presentes os pressupostos referentes à tutela de urgência.

A fundamentação é relevante em relação ao suposto descabimento da condenação da autora a restituir ao réu o valor das quotas subscritas. Há, também, o periculum in mora, já que eventual desfalque patrimonial em relação a essa parte controversa assume conotação de irreversibilidade em desfavor da autora.

Eis porque, defere-se a tutela de urgência para suspender-se parcialmente o prosseguimento do cumprimento de sentença na origem, dele excluindo-se, até final julgamento desta ação rescisória, a execução do valor das quotas subscritas e não integralizadas com os respectivos acréscimos e correções.

5. Junte a autora, em 05 dias, cópia integral da sentença rescindenda. É que da que instrui a petição inicial falta a página 231.

6. Cite-se o réu para, no prazo legal, contestar.

Intime-se e comunique-se."

Referida decisão fora objeto de embargos de declaração opostos pelo réu,

Acesso ao Sumário

ora agravante, rejeitados por decisão monocrática, nos seguintes termos:

"*Sem razão o embargante.*

Consoante posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça, o pedido deve ser apreciado pelo julgador com base numa interpretação lógico-sistemática da petição inicial, considerando o conjunto de argumentações realizadas em seu corpo (fatos e os fundamentos jurídicos do pedido) (CPC, art. 319).

É o que se verifica, por exemplo, dos seguintes julgados, a saber:

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA PETIÇÃO INICIAL. VENDA CASADA. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não há falar em contradição no acórdão recorrido, pois, de acordo com a fundamentação adotada, embora não estivesse expresso no contrato-padrão uma cláusula exonerando o banco do dever de indenizar em caso da não contratação do seguro, essa era a praxe do mercado financeiro, o que não se pode admitir, uma vez que, em regra, as instituições financeiras são responsáveis por reparar os danos sofridos pelo consumidor que tem o cartão de crédito furtado ou roubado e que vem a ser utilizado indevidamente por terceiros.

2. Não ocorre julgamento extra petita quando o provimento jurisdicional firmado deriva da compreensão lógico-sistemática do pedido, entendido como aquilo que se pretende com a instauração da demanda. Caso em que o Tribunal estadual asseverou que a petição inicial revelou a discussão a respeito de duas questões, dentre elas, a exoneração do dever de indenizar.

3. Descabe modificar a conclusão do Tribunal de origem, que foi unânime em considerar comprovada a venda casada, ante os óbices dos enunciados n. 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.' (AgRg no REsp 1432595 / MG Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, 3ª T., J. 02/02/2016)

'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. ART. 535 DO CPC NÃO VIOLADO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO PEDIDO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte tem jurisprudência firmada no sentido de que o mero descontentamento da parte recorrente com o resultado do julgado não caracteriza afronta ao art. 535 do CPC.

2. 'O pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na

Acesso ao Sumário

petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica 'dos pedidos'.' (REsp 120.299/ES, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 25.6.1998, DJ 21.9.1998, p. 173)

3. A pretensão de redistribuição dos ônus sucumbenciais fica obstada pela incidência da Súmula 7 desta Corte

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 729099 / RJ, Relª. Minª Maria Isabel Gallotti, 4ª T. J. 01/09/2015)

In casu, a petição inicial, após abordar os fatos que envolveram a relação jurídica entre as partes litigantes, apresenta os fundamentos de direito que visam rescindir a r. sentença (fls. 9, item II).

No capítulo dos pedidos, por sua vez, a petição inicial assim se expressou:

'(...)

iv) que a r. sentença proferida no julgamento da ação de restituição de quotas integralizadas c.c. indenização por danos morais (processo n. 0002414-70.2014.8.26.0360), ajuizada pelo ora requerido, seja rescindida e anulada integralmente em virtude dos vícios de procedimento apontados;

v) que, não se reconhecendo a nulidade absoluta da r. sentença, que seja rescindida a parte que consubstancia julgamento ultra petita nos termos demonstrados acima;

vi) que seja rescindida a r. sentença por violação das normas de cooperativismo, proferindo-se novo julgamento para o fim de limitar a condenação às quotas integralizadas, afastando como critério de cálculo o valor do patrimônio líquido da sociedade cooperativa.' (fls. 18/19)

A circunstância de o eminente Relator a quem fora distribuída em primeiro lugar esta ação rescisória não ter assim entendido a controvérsia, não vincula este Relator a quem ela fora redistribuída e a quem incumbe a verificação dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, das condições da ação e etc.

Subsistente, portanto, o processamento desta ação rescisória nos termos da decisão de fls. 124/128 na parte que determinou a adequação do órgão julgador.

No que se refere à decisão do eminente Desembargador César Ciampolini relativamente ao indeferimento da gratuidade processual na ação em que proferida a sentença rescindenda, ela não vincula este Relator nesta ação rescisória.

São momentos e palcos distintos.

Há mais!

Em relação ao deferimento da gratuidade aqui, consta que o embargante recorreu, sendo que o recurso (agravo interno) está em processamento e é o quanto nele for decidido que resolverá a questão.

Acesso ao Sumário

Vê-se, pois, que os embargos de declaração não preenchem os pressupostos de admissibilidade expressos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, razão pela qual eles são rejeitados."

As razões expostas pelo agravante não prosperam.

Os documentos juntados pelo agravante para demonstrar a potencialidade econômica da agravada e revelá-la apta para o custeamento do processo - com o recolhimento das custas iniciais e o depósito de 5% sobre o valor da causa - isso não fazem.

Colhe-se das demonstrações financeiras dos exercícios findos em 31 de dezembro de 2017 e de 2016 e do Relatório dos Auditores Independentes (fls. 15/43) que:

"*Houve em 2017 uma reação satisfatória no faturamento da Cooperativa com aumento por volta de 30 milhões de reais. Os investimentos foram prejudicados, devido às condições de recursos financeiros, onde foi priorizado a compra de matéria prima, no atendimento aos clientes. A Cooperativa apresenta capital circulante líquido negativo de R$ 11.546.180 em 31 de dezembro de 2017, e apurou perdas de R$ 9.898.218 no exercício de 2017, acumulando perdas na ordem de R$ 23.601.274, ainda apresenta patrimônio líquido negativo no montante de R$ 9.163.395. Durante o exercício de 2017, o faturamento apresentou aumento, porém sem entrada de capital de giro, o caixa da Cooperativa ficou amplamente comprometido, afetando os pagamentos de tributos e encargos sociais, o que obrigou ao pedido de parcelamento dessas obrigações. As metas traçadas para o presente exercício não surtiram os efeitos esperados, assim, a Administração da Cooperativa espera para 2018 um crescimento bem acentuado, com expectativa de faturamento em torno de 120 milhões de reais. A agenda proposta pela equipe econômica, ainda que por enquanto apenas no papel, é muito positiva. Há o objetivo central de promover o ajuste fiscal, mas também estão sendo estudadas reformas que impactam a produtividade, como melhora do ambiente de negócios, abertura econômica e outras reformas estruturais. A Administração da Cooperativa está empenhada em manter a continuidade operacional da Cooperativa, que depende do atingimento dessas metas, para a retomada do equilíbrio financeiro.*" (fls. 25)

Como se vê, a agravada no exercício de 2017 apresentou perdas financeiras da ordem de R$ 23.601.274, apresentando patrimônio líquido negativo de R$ 9.163.395.

Quanto ao exercício de 2018, nada de concreto o agravante trouxe para o processado que infirme o documento de fls. 109, demonstrador que é do passivo da agravada de mais de R$ 63 milhões.

Assim, por ora, mantém-se a gratuidade processual à agravada.

No mais, considerando-se os pressupostos autorizadores da tutela

Acesso ao Sumário

de urgência, ante a fundamentação relevante pela agravada em relação ao suposto descabimento de sua condenação a restituir ao agravante o valor das quotas subscritas e considerando-se o *periculum in mora*, já que eventual desfalque patrimonial em relação a essa parte controversa assume conotação de irreversibilidade em desfavor da agravada, foi deferida a tutela que se mantém, à vista da insuficiência de elementos capazes de desconstitui-la neste momento e nesta fase processual.

Não é o caso, de se condenar nas penas do artigo 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2006443-69.2019.8.26.0000/50000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, são agravados MARCIA REGINA BARBAROTO e RONALDO DA CUNHA LEMOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Agravo de instrumento provido, prejudicado o agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.270)**

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

São Paulo, 7 de março de 2019.

PEDRO BACCARAT, Relator

Ementa: Agravo interno interposto contra decisão que indeferiu o efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Recurso prejudicado.

Agravo de Instrumento. Decisão que estendeu os efeitos da tutela para determinar que o banco Réu proceda à retificação dos dados junto ao cadastro do condomínio a fim de possibilitar aos condôminos Autores o pagamento das despesas condominiais, no prazo de dez dias, sob pena de multa diária. Não se pode exigir que o devedor das contribuições obrigue o credor a dirigir a cobrança contra outro. Consolidação da propriedade que subsiste em nome

Acesso ao Sumário

do banco, a quem adequadamente está sendo dirigida a cobrança. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra decisão que, em ação anulatória de leilão e consolidação de propriedade de imóvel alienado fiduciariamente, deferiu o pedido de extensão dos efeitos da tutela para determinar que o banco Réu proceda à retificação dos dados junto ao cadastro do condomínio a fim de possibilitar aos condôminos Autores o pagamento das despesas condominiais, no prazo de dez dias, sob pena de multa diária fixada em R$3.000,00, limitada a trinta dias. A magistrada, Doutora Daniela Martins Filippini, entendeu que a consolidação da propriedade do bem está suspensa e, portanto, não há falar em modificação do responsável pelo pagamento das despesas condominiais até o deslinde da ação.

O Agravante insiste na impossibilidade de cumprimento da obrigação.

Recurso regularmente processado.

É o relatório.

Noticiado o inadimplemento de obrigações garantidas por alienação fiduciária de imóvel, o Agravante promoveu notificação dos devedores e, porque não houve a purgação da mora, se deu a consolidação da propriedade em seu nome, tudo consoante a averbação nº 8 na matrícula nº 83.911 do 1º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica de Jundiaí.

Inconformados com a execução extrajudicial, os Agravados promoveram esta ação anulatória da consolidação reclamando também a suspensão do leilão. A tutela antecipada fora concedida de forma limitada, sobrestando a realização do leilão e excluindo os nomes dos Agravados dos cadastros de proteção ao crédito. O exame da nulidade da consolidação ficou relegado para o mérito da ação.

A magistrada, reputando suspensa a consolidação, entendeu que subsiste a responsabilidade dos Agravados pelo pagamento das contribuições condominiais. Para lhes assegurar a possibilidade de cumprir com esta obrigação, impôs ao banco Réu a retificação dos dados junto ao cadastro do condomínio a fim de possibilitar o redirecionamento da cobrança das contribuições para os Agravados. A insurgência do banco veio fundada na impossibilidade de redirecionar a cobrança feita pelo condomínio, mas também de reclamar a alteração do cadastro do condomínio e, assim, para alterar o polo passivo da obrigação de pagar as despesas condominiais.

Impõe-se a cassação da decisão da MM. Juíza de primeiro grau.

Acesso ao Sumário

Com efeito, enquanto subsistir a consolidação da propriedade em favor do banco, esta que, ressalte-se, não foi cancelada por decisão judicial definitiva, ou provisória, subsiste a obrigação do banco de recolher as contribuições e, mais do que isso, de assegurar o adimplemento desta obrigação evitando que se avolume o débito por força de encargos moratórios e multa.

Acresce que o titular da obrigação de cobrar as contribuições condominiais é, à evidência, o condomínio, e não o banco. Não se pode exigir que o devedor das contribuições obrigue o credor a dirigir a cobrança contra outro, antes cabe ao credor exigir o pagamento de quem entende ser responsável pela obrigação.

Se os Agravados pretendem superar eventual resistência do condomínio à satisfação da obrigação, haverão de superar essa resistência por meio de ação própria dirigida contra o credor, mas enquanto não alterada a titularidade da unidade condominial, a cobrança parece estar sendo adequadamente dirigida contra o banco.

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo de instrumento, restando prejudicado o agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2121694-72.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes JULIANO PEREZ SIMÕES, PAULINHOS GRILL GOURMET RESTAURANTE EIRELI - EPP, PAULO SÉRGIO SIMÕES e MARIA FRANCISCA PEREZ SIMÕES, é agravado BANCO DO BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38864)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente) e ISRAEL GÓES DOS ANJOS.

São Paulo, 18 de março de 2019.

JOSÉ TARCISO BERALDO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: RECURSO - Agravo de instrumento - Insurgência contra decisão que rejeitou impugnação à penhora de veículo adaptado a pessoa com deficiência - Alegação de que se trata de bem de família - Não acolhimento - Ausência de demonstração de

necessidade concreta do uso do automóvel para realização as correspondentes atividades sociais e profissionais - Automóvel de luxo equipado com acessórios não essenciais, o que afasta a alegada imprescindibilidade - Decisão que negou provimento a agravo de instrumento mantida - Agravo interno improvido.

VOTO

Agravo interno interposto contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento tirado de r. decisão que, em autos de execução por título extrajudicial, rejeitou impugnação à penhora de veículo.

Insiste a agravante em que "necessita sim do veículo para dar continuidade ao seu tratamento de saúde, pois realiza acompanhamento médico regular desde 05/07/2012"; em que "a impenhorabilidade sobre os veículos utilizados por pessoas portadoras de deficiências física é uma construção jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça e visa dar efetividade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana"; em que "o fundamento utilizado pelo Excelentíssimo Desembargador Relator de que o veículo utilizado pela Agravante é de luxo, pois equipado com acessórios conforme Nota Fiscal de fls. 321, com a devida vênia, nem de longe configura motivação idônea para a negativa de provimento ao agravo".

Ausente resposta do agravado.

É o relatório.

O inconformismo não vinga.

Com efeito, em que pese a insurgência da agravante, além do fato de veículos adaptados a pessoas com mobilidade reduzida não estarem no rol do artigo 833 do Código de Processo Civil, não demonstrou ela a "necessidade concreta" do uso do bem para realização as correspondentes atividades sociais e profissionais, tampouco para o alegado tratamento de saúde.

Além disso, trata-se de automóvel de luxo e equipado com acessórios que não são essenciais, demonstrando que o bem é utilizado com fins de comodidade, não sendo, portanto, imprescindível ao nível de possibilitar extensão da proteção legal conferida ao bem de família.

Mantem-se, pois, a decisão regimentalmente agravada, aqui integrada e adotada pela C. Turma Julgadora, uma vez se tendo reportado ao disposto no art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal, do seguinte teor:

"**Trata-se de agravo de instrumento tirado contra r. decisão - proferida pela MM. Juíza de Direito Dra. Andrea de Abreu e Braga - que, em autos de execução por título extrajudicial, rejeitou impugnação à penhora de**

Acesso ao Sumário

veículo.

Sustenta a agravante que o veículo é impenhorável por se destinar ao uso por deficiente físico, tanto assim que foi adaptado e comprado com isenção de tributos, que 'é portadora de doença física severa e adquiriu o veículo em questão para se locomover e realizar o seu tratamento de saúde', que deve ser prestigiado o princípio da dignidade humana, aplicando-se a proteção dada ao bem de família.

O inconformismo pode e deve ser apreciado e resolvido de pronto.

Não vinga, todavia.

Primeiro, porque, como bem observou o MM. Juízo de Primeiro Grau, o veículo adaptado a pessoa com mobilidade reduzida não enquadra entre os bens impenhorável, conforme se tira da leitura do art. 833 do Cód. de Proc. Civil.

Segundo, e principalmente, porque, para se cogitar de eventual extensão da proteção legal conferida ao bem de família ao veículo da agravante, seria imprescindível que ela demonstrasse sua necessidade concreta para realização de atividades sociais e profissionais, conforme o disposto no inciso II do art. 373 do Cód. de Proc. Civil.

Disso, todavia, não cuidou, registrado que sequer se animou a especificar quais seriam tais atividades e onde se realizariam.

Dos documentos apresentados vê-se que a agravante aparentemente é portadora da deficiência ('monoparesia de membro inferior esquerdo por sequela de condropatia avançada de joelho esquerdo') há muitos anos - o laudo médico faz referência a um diagnóstico em 08.07.2009 - e somente adquiriu o veículo em 27.03.2017 (fls. 320/321), isto é, há elementos que indicam que o veículo não é imprescindível, mas apenas oferece comodidade.

Além disso, trata-se de veículo de luxo, equipado com acessórios que não são essenciais - Jeep Compass Trailhawk Diesel 2017 com bancos revestidos de couro preto, conforme cópia de nota fiscal a fls. 321.

Assim, não há falar em impenhorabilidade do veículo.

Fica, pois, mantida a r. decisão agravada.

Ante o exposto, e com base no art. 932 do Cód. de Proc. Civil, desde logo SE NEGA PROVIMENTO a este agravo de instrumento, que é manifestamente improcedente."

Feitas tais considerações, nega-se provimento ao agravo interno.

Acesso ao Sumário

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 2256545-48.2018.8.26.0000/50001, da Comarca de São Caetano do Sul, em que são agravantes JAIME CORREIA RODRIGUES LISBOA e SUELY APARECIDA IAROSSI LISBOA, são agravados BANCO SANTANDER BRASIL S/A e TECNOLOGIA BANCÁRIA 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: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.837)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente sem voto), ITAMAR GAINO, ROBERTO MAC CRACKEN, EDGARD ROSA, VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, MAIA DA ROCHA e ALBERTO GOSSON.

São Paulo, 14 de março de 2019.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - ERRO DE FATO E VIOLAÇÃO MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA - 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 22ª Câmara de Direito Privado na Apelação nº 4001692-66.2013.8.26.0565, que negara provimento ao recurso, mantendo em toda sua extensão a sentença que julgara improcedente ação de indenização por dano material e moral.

Rebelam-se também os agravantes contra a decisão do relator que rejeitou os embargos de declaração.

É o Relatório.

Primeiramente, decidira o relator:

"Violar manifestamente norma jurídica, como enuncia o art. 966,

Acesso ao Sumário

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 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 as transações bancárias que foram questionadas pelos autores houve intensa controvérsia e pronunciamento judicial na sentença e no acórdão, que consideraram não preenchidos os requisitos para inversão do ônus da prova e não provado o fato constitutivo do direito, a impedir 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).

Com efeito, afastamento das premissas sobre que assentou o acórdão, inclusive no que fundamentadamente se rejeitaram embargos de declaração, demandaria evidente reexame da prova sobre questão de fato, 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).

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, II, do CPC (fls. 43/44)

Acesso ao Sumário

será restituído aos autores".

Interpostos embargos de declaração, decidiu o relator:

"No caso, a decisão do relator enfrentou, fundamentadamente, e um a um, todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão que adotou, a partir dos fundamentos utilizados na pretensão de rescisão do acórdão, não havendo omissão a ser suprida nos termos do art. 1.022, parágrafo único, do CPC/2015.

Na realidade, os embargos de declaração visam, em essência, ao reexame da matéria decidida, pois o que na realidade os motiva é a insatisfação dos embargantes com o resultado.

Porém, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente que:

'Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC/2015, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre no caso em apreço. Não há vício de fundamentação quando o aresto recorrido decide integralmente a controvérsia, de maneira sólida e fundamentada. A pretensão exclusiva de rediscutir a causa, a fim de modificar a decisão embargada, não se coaduna com a via dos aclaratórios" (EDcl nos EDcl no AgRg nos EREsp 1.324.260/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 29.04.16). No mesmo sentido: EDcl no RCD no AgRg no AREsp 749.045/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 06.05.16; EDcl no AgRg no AREsp 791.758/DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargador convocada do TRF 3ª Região), DJe 04.05.16; EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 792.262/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 13.04.16).

Ante o exposto, rejeito os embargos'".

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 ou para sua realização tardia, salvo quando a lei expressamente o autoriza.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1016368-

Acesso ao Sumário

64.2017.8.26.0554, da Comarca de Santo André, em que é apelante SUL AMÉRICA SEGURO SAÚDE S.A., é apelado VALTER ANDREOLI (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram parcial provimento ao recurso, por maioria de votos, vencidos a Relatora sorteada e o 5º Juiz. M.V.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 43.535)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI, vencedor, ANA MARIA BALDY, vencida, PAULO ALCIDES (Presidente), RODOLFO PELLIZARI e JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA.

São Paulo, 6 de março de 2019.

VITO GUGLIELMI, Relator Designado

Ementa: PLANO DE SAÚDE. PEDIDO DE COBERTURA DE EXAME DE ANGIOTOMOGRAFIA E MEDICAMENTO QUIMIOTERÁPICO ORAL INDICADOS AO AUTOR. RÉ QUE NÃO DEMONSTROU A EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA EXPRESSA DE EXCLUSÃO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO TJSP, ADEMAIS, QUE VEM SE ORIENTANDO PELO RECONHECIMENTO DA ABUSIVIDADE DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. PRECEDENTES DO STJ E SÚMULA Nº. 102 DO TJ/SP. DANOS MORAIS DECORRENTES DO COMPORTAMENTO DA RÉ. INADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL ADVINDO DE MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANOS MORAIS, ADEMAIS, QUE NECESSITAM SER COMPROVADOS E NÃO APENAS PRESUMIDOS, COMO NA HIPÓTESE EM APREÇO. AUSÊNCIA DE FERIMENTO A DIREITOS DA PERSONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. VOTOS VENCIDOS.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de recurso, tempestivo e bem processado, interposto contra sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais ajuizada por Valter Andreoli em face de Sul América Companhia de Seguro Saúde.

O autor ingressou com a presente ação sob o argumento de que é beneficiário do plano de saúde oferecido pela ré e está acometido de adenocarcinoma de pulmão, mas a requerida lhe negou autorização para realização de exame e de tratamento quimioterápico domiciliar prescrito por seu médico, o que lhe causou danos de ordem moral.

O Juízo entendeu abusiva a negativa de cobertura da ré, uma vez que o exame pleiteado pelo autor fora indicado por profissional médico, e o medicamento pleiteado consiste em tratamento quimioterápico coberto pelo contrato, só que realizado pela via oral. Condenou a ré ao custeio do tratamento solicitado, bem como a indenização por dano moral no valor de dez mil reais.

Inconformada, apela a demandada buscando a inversão do julgado (fls. 223/240). Afirma que o contrato foi firmado anteriormente à Lei nº 9.656/98 e não foi adaptado ao diploma legal. Argumenta que o exame de angiotomografia coronariana não se encontra previsto na cobertura assegurada pelo contrato. Acrescenta que há expressa exclusão de cobertura de medicamento de uso domiciliar. Diz que a imposição de obrigação de cobertura importa em violação ao equilíbrio contratual. Argumenta que as condições contratuais guardam relação com o valor do prêmio pago pelo beneficiário. Aduz que a reparação dos danos morais é indevida, porquanto não houve prática de ato ilícito pela requerida. Alega que o requerente não comprovou a ocorrência dos danos morais. Assevera que o descumprimento contratual não enseja a reparação de dano moral. Conclui pela reforma.

O recurso foi processado e contrariado a fls. 246/277.

É o relatório.

2. Cuida-se de demanda ajuizada por beneficiário de seguro de saúde em decorrência da negativa de cobertura realizada pela ré. Julgada procedente a demanda, sobreveio o presente recurso, o qual, ressalvado o posicionamento dos Excelentíssimos Senhores Desembargadores Relatora sorteada e 5º Juiz, merece parcial acolhida.

A matéria debatida nos autos não é nova e comporta vários entendimentos. Existem decisões em todos os sentidos, dependendo, é certo, da postura que o julgador adota em relação à manifestação de vontade nos contratos. De toda sorte, e como sempre tenho me posicionado sobre o tema, é preciso que se prestigie a autonomia da manifestação de vontade das partes no contrato, pena de, com base no Código de Defesa do Consumidor, criar-se um verdadeiro

Acesso ao Sumário

direito não escrito e não pactuado, ao sabor das interpretações subjetivas das partes e do próprio Poder Judiciário.

O que não se pode deixar de reconhecer é que os planos de saúde, sejam os de prestação de serviço, sejam os de seguro médico, são atividades econômicas exercidas por empresas, e que, portanto, buscam, como resultado dessa atividade, um lucro.

Posta assim a questão, e certo que o contrato é tipicamente de seguro, não se veda o estabelecimento de cláusulas limitativas de responsabilidade. Até porque o prêmio pago guarda nítido cálculo atuarial em relação ao risco assumido.

O que não se deve permitir, *o que é bem diferente*, com base no Código do Consumidor, é apenas a presença de cláusulas dúbias, omissas ou abusivas.

Limitar a responsabilidade em função do prêmio é o procedimento normal em qualquer contrato de seguro. Não impressionam, com todo o respeito que nos merecem, os argumentos de que se justapõem direitos diversos (patrimônio e vida) e, portanto, toda solução deve ser dirigida à parte, ao menos em princípio, hipossuficiente no contrato.

Planos de saúde existem vários e com as mais diversas coberturas. E, obviamente, cada qual tem seu preço.

Na medida em que, sob o apanágio do Código do Consumidor, se igualam, por força de decisões, os riscos assumidos, duas situações surgem, necessariamente. A primeira, direcionada à seguradora, a inviabilizar a atividade econômica. A segunda, direcionada a todos os consumidores, agravados no prêmio, pela verdadeira "socialização" dos eventuais prejuízos. Permite-se antever, sem dificuldade, que será mais cômodo optar pelos planos de menor prêmio e depois buscar o afastamento de todas as limitações.

Ainda que moral ou eticamente sejam defensáveis alguns posicionamentos, com eles o direito, no mais das vezes, não se compadece. Na medida em que se despreza a autonomia da manifestação de vontade, cria-se a insegurança jurídica, desrespeita-se o ato jurídico perfeito e acabado (C.R., artigo 5o, inciso XXXVI). E nada, no estado de direito, é mais grave.

O Poder Judiciário não pode criar obrigações contratuais inexistentes. Pode - *e deve* - coibir o abuso do direito. Não o uso regular, dentro dos princípios constitucionais. Isso só se defere à própria lei.

Nunca é demais ressaltar que a prestação ilimitada de *assistência à saúde* é dever do Estado, por expressa disposição constitucional (artigo 196 desse mesmo diploma), e não dos particulares, no exercício da livre atividade econômica.

Portanto, e se o Estado não cumpre - como deve e deveria - esse dever, certamente não é transferindo aos particulares esse ônus que as dificuldades

Acesso ao Sumário

serão superadas.

Demais disso, diga-se que o caráter de ordem pública da Lei nº 9.656/98 a faz, como pacificamente reconhece a jurisprudência já há bom tempo, aplicável de forma imediata a todos os contratos, inclusive àqueles já em curso, sendo, pois, incidentes à hipótese em apreço os comandos derivados do referido diploma legal.

Nesse sentido se encontra o entendimento desta Corte. Confira:

Súmula 100: 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.

No caso concreto, a apelante deixou de comprovar a existência da cláusula contratual limitativa.

Com efeito, o exame requerido pela autora (angiotomografia coronariana), assim como o medicamento TARCEVA, não se encontram entre as hipóteses de exclusão de cobertura previstas no instrumento contratual (cláusula 9, item "o", fl. 162).

Ainda que assim não fosse, a despeito do entendimento até então adotado por este Relator - de que disposição contratual restritiva seria lícita e, como já previamente conhecida, não teria ferido o princípio da boa-fé contratual -, é certo que não se desconhece que a jurisprudência vem se orientando no sentido de considerar abusiva a cláusula que prevê a exclusão de cobertura em qualquer hipótese análoga a dos autos (cf. AgRg no AResp n. 259570-MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 11.12.12, AgRg no AResp n. 143474-PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.10.12, AgRg no Resp n. 1201998-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14.08.12, AgRg no Ag n. 1341183-PB, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 10.04.12, dentre outros).

Não bastasse, o Colendo Órgão Especial desta Corte aprovou recentemente súmulas que versam sobre questões relacionadas ao plano de saúde e firmou entendimento no sentido de 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"*** (Súmula 102).

Logo, a fim de evitar prolongamento da lide com a interposição de novos recursos, e levando em conta o interesse das partes, além do dever dos Tribunais em manter estável, íntegra e coerente a jurisprudência uniformizada (consoante se verifica dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil), curva-se este Relator ao entendimento majoritário para manter a procedência do pedido cominatório.

A outro giro, merece reparo a sentença no tocante à condenação da ré à compensação pelos danos morais alegados pelo requerente.

Acesso ao Sumário

Isso porque, é firme na jurisprudência o entendimento de que o inadimplemento contratual - seja advindo da indevida negativa de cobertura, seja decorrente de eventual cancelamento arbitrário do contrato - não dá azo à indenização por danos morais, mas apenas pelos eventuais prejuízos materiais, desde que devidamente comprovados. Assim:

> "***O inadimplemento contratual implica a obrigação de indenizar os danos patrimoniais; não, danos morais, cujo reconhecimento implica mais do que os deveres de um negócio frustrado***" (STJ - REsp. nº. 201.414/PA - Terceira Turma - Rel. Min. Ari Pargendler - j. 20.06.2000).

Como venho sempre salientando em hipóteses análogas, reconhecer-se, de maneira ampla, a possibilidade direta de indenização por danos morais a partir de qualquer suscetibilidade cotidiana é criar verdadeira fonte de enriquecimento sem causa. Para o descumprimento contratual existe a reparação do dano material emergente e, bem, dos eventuais lucros cessantes. Basta que se os provem os interessados.

Extrair, por outro lado, os danos morais de quaisquer descumprimentos contratuais é forma de se furtar a essa prova, de maior dificuldade, reconheça-se. O dano moral não é sucedâneo do dano material, e nem deve ser assim interpretado. Ademais, é preciso que o dano seja provado - e jamais presumido, como no caso dos autos.

Assim, é o caso de acolhimento parcial do recurso para julgar a ação parcialmente procedente, afastando-se a condenação da requerida ao pagamento de indenização pelos danos morais suscitados pelo autor.

Com o resultado, recíproca é a sucumbência, devendo cada parte arcar com metade das custas e despesas processuais, e com a integralidade dos honorários advocatícios da parte adversa, nos termos do artigo 85, § 14, do Código de Processo Civil. Para tanto, fica fixada a honorária no montante equivalente a 10% do valor atualizado da causa, em consonância com os critérios do § 2º, do referido comando legal.

3. Nestes termos, por maioria de votos, dá-se parcial provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 04088)

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais que Valter Andreoli move em face de Sul América Companhia de Seguro Saúde. Aduz o autor que é beneficiário do plano de saúde ofertado pela ré desde 1991. Afirma que em 2017 foi diagnosticado com 'Infiltração por Adenocarcinoma

de Pulmão'. Em maio/2017 lhe foi solicitada a realização do exame PET CT de corpo inteiro, com urgência. Todavia, a ré negou a referida cobertura, sob o argumento de que o contrato entabulado não a prevê, o que obrigou o autor a propor uma ação judicial que foi julgada procedente. No entanto, afirma que foram constatadas limitações cardiológicas que deveriam ser investigadas, antes do início da quimioterapia, por meio do exame 'Angiotomografia Coronária', que também teve a cobertura negada pela ré. Afirma que lhe foi prescrito o tratamento quimioterápico por via oral, através do medicamento 'Tacerva', comprimidos 100mg, que também teve seu fornecimento negado pela ré. Diante da urgência e delicadeza de seu estado de saúde, propôs esta nova ação, visando o custeio do exame, o fornecimento do medicamento e a condenação da ré a indenizá-lo pelos danos morais sofridos.

Foi deferida a antecipação de tutela, determinando que a ré custeie o exame e forneça o medicamento mencionado na inicial (fls. 118/119).

Contestação fls. 130/145.

Foi informada a troca da medicação a ser fornecida pela ré (fls. 176/179), sendo determinada tal modificação (fls. 209).

Réplica fls. 184/205.

Adveio a r. sentença que julgou procedente a demanda, condenando a ré a garantir e custear a 'Angiotomografia Coronariana' e o tratamento com o medicamento mencionado, bem como a pagar ao autor indenização por dano moral no valor de R$ 10.000,00. Por fim, condenou a ré a arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor da condenação.

Inconformada, apela a ré, objetivando, em síntese o reexame e a reversão do julgado, com fundamento na expressa exclusão de cobertura contratual do exame em comento; da ausência de obrigatoriedade da ré em fornecer medicamento de uso domiciliar, como o prescrito ao autor/apelado, havendo até mesmo exclusão deste fornecimento pela ANS e na ausência de caracterização de danos morais no presente caso, subsidiariamente, pleiteia a redução do valor da indenização fixada.

O recurso foi regularmente processado e respondido (fls. 246/277).

É o relatório.

Com efeito, verifica-se na espécie que o autor é beneficiário do plano de saúde administrado pela apelante/requerida, sendo incontroversa a existência de relação jurídica entre as partes.

O contrato em questão se submete às regras do Código de Defesa do Consumidor, consoante o disposto na Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça: "*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*" e a Súmula nº 100 deste E. TJSP, segundo a qual "*o contrato de plano/*

Acesso ao Sumário

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".

Ressalte-se que é irrelevante que o contrato seja anterior e não adaptado à Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde), uma vez que se trata de ajuste de trato sucessivo, de modo que a ele devem ser aplicadas não apenas as disposições da Lei 9.656/98, como também o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03).

De acordo com a legislação consumerista, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47[1]), caracterizando-se abusivas aquelas que o coloquem em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade (art. 51, IV[2]).

Nesse sentido, com relação ao exame prescrito, certo é que a apelante pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas pelo contrato, mas não o exame para melhor diagnóstico e indicação do tratamento a ser utilizado para a busca da respectiva cura, ou no mínimo o bem estar do paciente durante o tratamento.

O contrato deve se ajustar aos avanços da medicina, **cabendo ao profissional da área a indicação do exame médico adequado ao seu paciente, não se admitindo interferência do convênio para este fim, sob pena de violar o próprio objeto contratado, qual seja, a proteção da vida e da saúde do segurado**.

No caso dos autos, há expressa indicação médica do procedimento/exame do autor (fls. 90), bem como foi confessada a negativa de cobertura do custeio pela ré de procedimento necessário para resguardar a integridade física e psicológica do paciente.

Desse modo, ainda que a negativa de cobertura tenha se baseado em item de exclusão contratual, tal cláusula deve ser considerada abusiva, não podendo prevalecer a restrição ora imposta, sendo também irrelevante o fato do procedimento não constar na lista de coberturas obrigatórias das Agencia Nacional de Saúde Suplementar - ANS, visto que se trata de rol meramente exemplificativo, não esgotando as possibilidades de tratamento disponibilizadas aos pacientes, sendo abusiva a negativa de cobertura sob esse fundamento.

Conforme ensinamento de HAMID CHARAF BDINE JÚNIOR:

"É rigorosamente irrelevante que a ANS não tenha ainda catalogado o medicamento ou o tratamento ministrado ao paciente pelo médico que o assiste. Entre a aceitação da comunidade científica e os demorados

Acesso ao Sumário

1 *Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.*

2 *Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;*

trâmites administrativos de classificação, não pode o paciente permanecer a descoberto, colocando em risco bens existenciais. Evidente que não pode um catálogo de natureza administrativa contemplar todos os avanços da ciência, muito menos esgotar todas as moléstias e seus meios curativos usados pela comunidade médica com base científica" (Responsabilidade Civil na Área da Saúde, Regina Beatriz T. da Silva (coord.), Saraiva, 2007, p. 307/308).

No mesmo sentido o entendimento pacificado por este E. Tribunal de Justiça, consoante o disposto nas Súmulas 96 e 102/TJSP:

Súmula 96: "Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento."

Súmula 102: "Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS".

A propósito já decidiu esta corte:

PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. I. Inépcia do recurso da ré. Não configuração. Razões do recurso que atacam os fundamentos da r. sentença. Cumprimento da exigência do artigo 1.010, inciso II, do Código de Processo Civil. Apelo conhecido. II. Negativa de cobertura a exame cardíaco, indicado ao autor, consistente em angiotomografia das artérias coronárias. Caráter abusivo reconhecido. Existência de prescrição médica. Procedimento, ademais, que se mostrou necessário ao esclarecimento do quadro clínico do segurado. Irrelevância de o tratamento estar previsto no rol de procedimentos obrigatórios da ANS ou das diretrizes de utilização. Aplicação das Súmulas nº 96 e 102 desta Colenda Corte, bem como do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes desta Corte. III. Dano moral. Configuração. Indevida recusa de cobertura que impôs ao paciente desassossego anormal, com o agravamento de seu quadro psicológico, sobretudo ante a dolorosa situação de saúde caracterizada. Dano que é considerado in re ipsa. Precedentes. Arbitramento da indenização em R$ 10.000,00 (dez mil reais). Atendimento aos parâmetros do artigo 944 do Código Civil. Apartados os pedidos de exasperação e redução do montante. SENTENÇA PRESERVADA. APELOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

(TJSP; Apelação 1006987-12.2017.8.26.0011; Relator (a): Donegá Morandini; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/02/2018; Data de Registro: 15/02/2018)

Plano de saúde. Ação de condenação em obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais. Autor internado em entidade hospitalar da rede credenciada, a necessitar da realização de exame médico, conforme prescrição médica. Negativa de cobertura de exame

Acesso ao Sumário

de angiotomografia das artérias coronárias, sob a alegação de existência de limitação contratual. Afastamento da alegação de prescrição ânua (art. 206, § 1º, II, "b", do Código Civil). Aplicação de prazo prescricional decenal geral, ou, quando não, trienal, à vista do decidido pelo STJ em sede repetitiva (REsp 1.360.969; tese 610). Incidência do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde). Arts. 47 e 51, IV, do CDC. Abusividade. Exame médico associado a enfermidade coberta pelo contrato. Cobertura devida. Súmula nº 96 e precedentes deste Tribunal. Dever de reembolso integral das despesas médicas do beneficiário por parte da seguradora. Sentença de parcial procedência confirmada (art. 252 do RITJSP). Apelação desprovida.

(TJSP; Apelação 1011415-61.2017.8.26.0100; Relator (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 25ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/12/2017; Data de Registro: 11/01/2018)

Portanto, entendo abusiva a recusa realizada pela apelante, de sorte que deverá arcar com todas as despesas relativas ao exame de 'Angiotomografia Coronária' necessário ao autor.

O mesmo ocorre com relação ao fornecimento do medicamento 'Gefitinibe' (Iressa), que foi prescrito de forma expressa e fundamentada pelo médico especialista que acompanha o apelado (fls. 182/183), sendo o tratamento necessário para resguardar a integridade física e psicológica do paciente, se mostrando abusiva a recusa da apelante.

Em caso análogo esta Corte já decidiu:

PLANO DE SAÚDE - Autor portador de neoplasia maligna de rinofaringe - Prescrição médica para tratamento com medicamento denominado IRESSA (Gefitinib) para uso em domicílio - Negativa da seguradora ao argumento de tratar-se de medicamento de uso oral e domiciliar - Inadmissibilidade - Pretensão à cobertura somente em caso de internação - Abusividade - Relatório médico específico e esclarecedor a justificar a adoção daquela medicação específica - Descabe a escolha pela operadora do tipo de medicamento a ser empregado no tratamento e na recuperação do paciente, mas apenas ao médico especialista que o assiste, pouco importando se em uso domiciliar, hospitalar ou ambulatorial - Negativa injustificada - Sentença de procedência mantida - Recurso improvido.

(TJSP; Apelação 0200066-07.2011.8.26.0100; Relator (a): Luiz Ambra; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 23ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/01/2013; Data de Registro: 18/01/2013)

Acesso ao Sumário

Em suma, entendo realmente abusiva a recusa da apelante, tanto em custear o referido exame e em fornecer o medicamento prescrito, de sorte que deveria arcar com todas as despesas relativas ao exame e ao tratamento com a

utilização do medicamento prescrito ao apelado.

A respeito dos danos morais, a situação dos autos, vislumbro uma inegável situação de menosprezo ao direito consumerista.

Ainda, embora esta C. Câmara tenha firmado entendimento de que mero descumprimento contratual não enseja ilicitude a justificar a indenização pecuniária, no caso em tela verifica-se que o descumprimento contratual, além de agravar o sofrimento e angústia da paciente, se deu em direta afronta a entendimento já sumulado por esta Corte (Súmulas 96 e 102), também justificadora da sanção pecuniária imposta, daí a manutenção da r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, mesmo porque o *quantum* indenizatório foi fixado em patamar razoável (R$ 10.000,00), atendendo a situação enfrentada pelo autor.

Nesse sentido:

PLANO DE SAÚDE - Contrato firmado antes da vigência da Lei nº 9.656/98, com prazo determinado - Incidência da nova sistemática, por força de sua renovação anual e automática, inexistindo comprovação de que tenha sido oportunizada à aderente a adaptação prevista no art. 35, § 1º, da nova Lei - Ausência de violação ao ato jurídico perfeito e à irretroatividade das leis - Súmula 100 da Corte - Medicamento "Zytiga"; (abiraterona) - Recusa no fornecimento de medicamento quimioterápico via oral - Alegação de cláusula contratual de exclusão de medicamento ministrados fora do regime de internação hospitalar ou atendimento ambulatorial de emergência/urgência - Inadmissibilidade - Prova satisfatória de que o medicamento se mostra necessário ao próprio tratamento oncológico da paciente, conforme relatório médico - Comprovação da necessidade - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Exegese dos artigos 47 e 51, § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor - Precedentes da Câmara - Súmula 95 do TJSP - Danos morais - Cobertura já prevista em Súmula da Corte - Má-fé quantum; indenizatório majorado para R$ 10.000,00 (dez mil reais) - Sentença reformada apenas nisso - Apelo da ré desprovido e dos autores parcialmente providos. (1029489-37.2015.8.26.0100, Relator(a): Percival Nogueira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/11/2016; Data de registro: 29/11/2016).

PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - Manifesto confronto com a Súmula de nº 94 da Corte - Art. 932, IV do CPC - Recurso da ré desprovido. PLANO DE SAÚDE - DANOS MORAIS - Cobertura já prevista em Súmula da Corte - Má-fé evidenciada - Sentença de improcedência reformada - Apelo da autora provido. (1001997-12.2016.8.26.0011, Relator(a): Percival Nogueira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 02/02/2017; Data de registro: 02/02/2017).

PLANO DE SAÚDE - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

Acesso ao Sumário

DA ADMINISTRADORA - Há responsabilidade solidária na cadeia de fornecimento, e, portanto, legitimidade tanto da operadora quanto da administradora para responde por eventual defeito na prestação de serviço que possa comprometer a finalidade do contrato de saúde - Preliminar rejeitada. PLANO DE SAÚDE - Recusa em autorizar os exames de exoma tumoral, banco e DNA germinativo e banco de DNA tumoral - Alegada falta de previsão no rol de procedimentos obrigatórios da ANS que não exime a cobertura - Relatório médico atestando a necessidade do exame para o tratamento do problema que goza de cobertura contratual - Incidência das Súmulas nºs 96 e 102 desta E. Corte - Danos morais - Cobertura já prevista em Súmula da Corte - Má-fé evidenciada - Redução do quantum; fixado a título de danos morais para R$ 20.000,00 - Sentença reformada só nesse ponto - Apelos parcialmente providos. (1002140- 59.2015.8.26.0100, Relator(a): Percival Nogueira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 02/02/2017; Data de registro: 02/02/2017).

Dessa forma, deveria ser mantida a r. sentença impugnada.

Para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Do exposto, pelo meu voto, **NEGARIA PROVIMENTO AO RECURSO** e, em face do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, ficariam os honorários advocatícios majorados para 11% do valor atualizado da condenação, observados os critérios do § 2º do sobredito artigo, mormente o trabalho realizado pelo profissional e o tempo decorrido desde o ajuizamento.

ANA MARIA BALDY, Desembargadora, Relatora sorteada vencida

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003560-49.2016.8.26.0655, da Comarca de Várzea Paulista, em que é apelante/apelada C.J.P. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante J.E.F.

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 da autora e negaram provimento ao recurso do requerido V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.229)**

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

São Paulo, 12 de março de 2019.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS, Relator

Ementa: Ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens - Sentença de parcial procedência, reconhecendo à autora a partilha de, apenas, 37% dos bens amealhados com o levantamento do FGTS do varão, fruto de 20 anos de labor, considerando que o levantamento do fundo ocorreu no terceiro ano de união dos conviventes.

Apelação da autora pugnando pela partilha dos bens adquiridos no curso da união estável na proporção de 50% para cada parte e não como consignado na sentença.

Sentença reformada nesse ponto - Comunicabilidade dos bens angariados no curso da união estável em 50% para cada litigante, pouco importando se a aquisição se dera com o levantamento do FGTS do varão, ocorrido durante o relacionamento - Proporção prevista na sentença que afronta o regime da comunhão parcial de bens e a jurisprudência majoritária, pouco importando o labor do apelado pelo período de 17 anos antes de iniciar união estável com a apelante, olvidando-se que o relacionamento ainda perdurou por mais seis anos - Inteligência do artigo 1658 do CC - Precedentes do STJ - Recurso provido.

Recurso do requerido, que não deseja partilhar nenhum bem com a virago, porque adquiridos com o produto de seu trabalho, qual seja, o levantamento do FGTS, pugnando pela imposição da sucumbência total à virago, inclusive o pagamento da perícia na fase de cumprimento da sentença.

Inconformismo do varão que não pode ser acolhido sob pena de enriquecimento indevido - Jurisprudência majoritária que admite a partilha dos bens adquiridos no curso da união estável, mesmo com o produto do

Acesso ao Sumário

FGTS levantando no período - Apelada, ademais, que sempre laborou - Sucumbência imposta na sentença mantida - Questão atinente aos honorários do perito, que sequer pode ser conhecido neste momento recursal, sob pena de supressão de instância - Majoração dos honorários recursais de R$1000,00 para R$1100,00, ressalvada a gratuidade - Recurso improvido, na parte em que conhecido.

VOTO

Cuida-se de r. sentença de fls. 247/269, de relatório adotado, que julgou parcialmente procedente pedido para "reconhecer e fixar a partilha em prol da autora, nos seguintes termos: a) fração de 18,5% sobre o valor das benfeitorias realizadas na residência do requerido situado na cidade de Várzea Paulista/SP, sendo que tal valor será apurado em fase de liquidação de sentença; b) fração de 18,5% sobre o valor do terreno e da casa construída na cidade de Iguape/SP, sendo que tal valor também será apurado em fase de liquidação de sentença; c) fração de 1% sobre o valor do veículo GM CHEVROLET CLASSIC, ano 2010, cor prata, placas (...) - Várzea Paulista/SP, sendo que o valor será apurado, conforme TABELA FIPE, quando da liquidação da sentença." (grifo no original)

Apela a virago alegando, em suma, ter convivido com o apelado pelo período de nove anos, entre setembro de 2007 até 25 de novembro de 2016, certo que ambos buscavam a sua dissolução discordando, tão somente, dos bens adquiridos no curso do relacionamento, observando que sempre laborou como manicure e sua renda era destinada à família, informando que chegou a manter o lar sozinha quando do desemprego do apelado e mesmo após a recolocação, porque chegou a auferir, tão somente, R$300,00, pois sofria descontos de pensão alimentícia, discordando, portanto da partilha como definida na r. sentença.

Entende que, na união estável devem ser aplicadas as mesmas regras do regime da comunhão parcial de bens, bastando, para tanto, o reconhecimento de sua existência e o seu período para definir quais bens integrarão a partilha, de sorte que, na sua ótica, deverão ser partilhados na proporção de 50% para cada, nos termos do artigo 1658 do CC.

No regime da comunhão parcial, prossegue a apelante, os valores atinentes ao FGTS e verbas rescisórias merecem partilha, não obstante tenha o juízo entendido que apenas os depósitos do FGTS ocorridos no curso da união estável, sacados e convertidos "em reserva patrimonial durante a união", integram o patrimônio comum (grifo no original).

Nesse raciocínio, continua a apelante, foram levados em consideração somente três anos (ano de 2007 quando o casal se uniu até 2010, o ano da

Acesso ao Sumário

demissão), desconsiderando que o relacionamento perdurou por mais seis anos após a demissão, "onde o patrimônio foi construído e mantido por ambas as partes igualitariamente", colocando o apelado em "situação de superioridade", por ele ter trabalhado na empresa durante 20 anos, e nos 17 primeiros não conhecia a apelante, sendo correta, por conseguinte, a meação de 50%, olvidando-se que o depoimento das partes e testemunhas confirmaram que a construção do imóvel em que residiam teve início, tão somente, em 2012, ainda que o alvará tenha sido concedido em 24 de outubro de 2007, tempo "suficiente para a economia do casal para construção".

Se isso não bastasse, segundo a apelante, a construção da casa na cidade de Iguape se prolongou até o ano de 2016 e, de acordo com o depoimento do varão, alegou que despendeu R$50.000,00 na construção, mas "a conta não fecha", porquanto sacou, por ocasião da demissão, R$86.602,42, sendo nítido, assim, que foi a ora apelante quem contribuiu para tanto.

Quanto ao automóvel, o juízo entendeu, na ótica da apelante, que sua aquisição ocorreu com a alienação de outro anteriormente adquirido pelo varão antes da união, não obstante não tenha o apelado provada aludida transação.

Pede o provimento do recurso, para que seja reconhecida a partilha "de bens sob a meação de 50%" para cada parte (fls. 278/289).

Contrarrazões a fls. 293/299, pugnando pelo improvimento do recurso.

O varão, igualmente, recorre, defendendo, em suma, que não há bens para serem partilhados, porque advindos do FGTS, nos termos do artigo 1.659 do CC, observando que a construção ocorreu no esquema de "mutirão" entre o ora apelante, seus familiares e amigos, adquirindo, ademais, os materiais de construção com o produto do FGTS e a outra parte, como telhas e janelas, foram compradas por seu irmão.

Deseja o apelante a improcedência da demanda, impondo-se a sucumbência total para a apelada, asseverando que, se mantida a r. sentença no que tange à partilha, que não seja imposta a sucumbência recíproca, sendo notória que ela decaiu da maior parte dos pedidos.

Por fim, na fase de cumprimento de sentença para apuração do valor da partilha, ressalta ser imprescindível a realização da partilha, devendo a apelada arcar com tal custo.

Pede o provimento do recurso, julgando-se improcedente a demanda ou, subsidiariamente, quanto à sucumbência, que não seja reciproca, mas carreada à apelada, impondo-lhe o custeio da perícia, considerando-se prequestionadas todas as matérias ventiladas no presente recurso (fls. 300/309).

Contrarrazões a fls. 312/325, pugnando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Presentes os pressupostos de admissibilidade, os recursos podem ser conhecidos.

Por proêmio, cumpre destacar que as partes, em audiência de conciliação, firmaram acordo no sentido de reconhecer e dissolver a união estável no período de setembro de 2007 até 25 de novembro de 2016, restando controvertida a partilha de benfeitorias realizadas no imóvel situado em Várzea Paulista, do automóvel e um imóvel construído na cidade de Iguape/SP.

No caso, a questão controvertida não se refere à partilha do FGTS em si, mas dos bens adquiridos no curso da união estável em decorrência do levantamento desse Fundo, após 20 anos de trabalho (de 1990 até 2010).

O juízo adotou a tese de que, diante desse quadro, a companheira teria direito, tão somente, à sua participação, ou seja, segundo a Magistrada da causa, do total auferido pelo varão (R$86.602,42), ele já teria direito aos R$54.555,44, "pois refere-se ao FGTS constituído antes do início da união estável" e, como toda a quantia foi investida na aquisição de um terreno, reforma e ampliação de outro já pertencente ao companheiro e um automóvel, concluiu que apenas 37% desses bens seriam comunicados à virago.

Porém, pese embora esse r. entendimento, a jurisprudência majoritária, inclusive do STJ, não adota referido posicionamento.

Nesse sentido: "*Com efeito, o Tribunal de origem entendeu que o imóvel foi adquirido com verba da qual a recorrente não participou, fazendo jus apenas ao valor correspondente à sua participação na aquisição do bem, pois a outra parte foi adquirida com recursos do FGTS do ex-companheiro, não sendo, portanto, partilhável, tendo em vista o caráter personalíssimo do recurso. Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, os proventos do trabalho recebidos, por um ou outro companheiro, na vigência da união estável, compõem o patrimônio comum do casal a ser partilhado no momento da dissolução da relação, tendo em vista a formação de sociedade de fato, configurada pelo esforço comum dos cônjuges. Nesse sentido, deve ser reconhecido o direito à meação do imóvel adquirido com recursos do FGTS durante a constância do casamento...No caso, não é a comunicabilidade do FGTS em si objeto de discussão, mas, sim, o valor, que uma vez levantado, possibilitou a aquisição, em conjunto, pelo então casal de parte de um imóvel. Nesse contexto, tendo em vista o regime da comunhão parcial de bens que rege a partilha sob análise, a parcela do FGTS levantada deverá ser dividida igualmente, já que o valor incorporado integra o patrimônio do casal, presumindo-se o esforço comum, à luz da jurisprudência desta Corte mencionada na decisão agravada (e-STJ fls. 393-396).... Em sentido análogo do reconhecimento de que os valores de FGTS utilizados para aquisição de imóvel devem ser partilhados, eis os seguintes precedentes: REsp 1.266.527/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta*

Acesso ao Sumário

Turma, julgado em 3/9/2013, DJe 29/4/2014; REsp 758.548/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/10/2006, DJ 13/11/2006, e REsp 781.384/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 16/6/2009, DJe 4/8/2009). Acrescente-se, ainda, abalizada doutrina quanto ao tema: '(...) Situação bastante recorrente diz com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. Quando do divórcio ou fim da união estável, surge o questionamento sobre se tais valores constituem fruto civil: proventos do trabalho pessoal que são excluídos da comunhão (CC 1.659, VI). A discussão é do âmbito do direito do trabalho e se refere à natureza desta verba: se dispõe de natureza indenizatória ou remuneratória. A distinção diz com o fato de a verba persistir depositada quando do fim da vida em comum ou se foi levantada para a aquisição de algum bem. Enquanto depositada, é incomunicável, sendo considerada fruto do trabalho. Tendo a verba sido utilizada para a compra de imóvel, não há que se falar em sub-rogação, e o bem é dividido (...)'. (Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 10ª Edição, Revista dos Tribunais, págs. 345-346). Assim, não prosperam as alegações postas no agravo, incapazes de alterar os fundamentos da decisão impugnada. Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno" (AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.575.242 - MG (2013/0133841-3) RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, v.u., julgado em 06 de março de 2018).

Ora, como frisado, não obstante abalizados entendimentos em sentido contrário, a partilha como efetivada na r. sentença, afronta o próprio regime da comunhão parcial de bens, além das jurisprudências majoritárias acerca do tema.

Noutro dizer, o "*acervo comum - adquirido pelo casal após a realização do casamento - pertencerá a ambos, na proporção de metade ideal para cada um, e será compreendido por todo o patrimônio adquirido após a data da realização do matrimônio (excetuando-se as ressalvas legais), valendo essa celebração como marco inicial da existência da massa de bens que se tornará comunicável*" (Milton Paulo de Carvalho Santos, comentando o artigo 1658 do CC, "in" Código Civil Comentado, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 11ª edição, Manole).

Certo, por outro lado, que são excluídos da comunhão os "proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge" (artigo 1.659, VI, do CC). Todavia, aludida "*exclusão da lei deve ser entendida para o caso de separação do casal: a remuneração de cada qual não integrará a partilha. Contudo, durante a vigência do casamento, uma vez percebido o provento, este passa a integrar o patrimônio do casal, seja em espécie, seja por meio de aquisição de outros bens*" (mesmo autor, em comentário ao referido dispositivo legal).

Por tal motivo, o FGTS, ainda que constituído na maior parte antes da união estável, foi levantado em seu curso, de sorte que, todos os bens adquiridos

Acesso ao Sumário

com dita quantia serão partilhados na proporção de 50% para cada cônjuge, independentemente, até mesmo, da prova do esforço comum, matéria já superada há anos com a evolução do direito quanto ao patrimônio constituído no curso da união estável.

Até mesmo o veículo será partilhado na proporção de 50% para cada litigante, porque não obstante tenha a autora confirmado, em depoimento pessoal, que o companheiro já tinha um automóvel Gol, que foi alienado, e depois comprou um Corsa, não soube informar se o produto da venda de um foi utilizado para a compra do outro, nem mesmo o que ele fez com o "dinheiro da venda do GOL", não tendo, por outro lado, o varão, se desincumbido de provar a alegada sub-rogação, não servindo o documento de fls. 138 para tanto.

Destarte, o inconformismo da autora é acolhido, para que todos os bens e benfeitorias angariados no curso da união estável sejam partilhados na proporção de 50% para cada parte.

Diante dessa conclusão, o recurso do requerido não procede, já que não deseja comunicar nenhum dos bens para a companheira, olvidando-se que, mesmo sendo despicienda a prova do esforço comum, a apelada, no caso, sempre laborou como manicure, certo que a união ainda se manteve por mais seis anos após o levantamento do FGTS.

Por outro lado, uma das testemunhas da autora afirmou que ela, literalmente, "colocava a mão na massa" para colaborar na construção do imóvel situado em Ilha Comprida, sendo que voltava ao trabalho "se dizendo cansada porque ajudava na construção e queimada do sol", sendo que essa obra "demorou uns três anos", pois escasso o recurso financeiro, até porque, "ele também pagava pensão e fazia faculdade, e então a autora ajudou muito ele, principalmente quando ele ficou desempregado", observando-se que a "testemunha" do varão, aduzindo que ela não comparecia na obra, afirmou ser seu amigo.

Sob todos os ângulos, em suma, a tese do apelante não pode ser adotada, sob pena, até mesmo, de enriquecimento ilícito.

Ressalta-se que prematura a análise da matéria envolvendo perícia na fase de cumprimento de sentença. Referida questão não pode ser adiantada nesta Instância, sendo futura e incerta, não se sabendo se o juízo, na ocasião, autorizará tal prova, e sua análise importará em supressão de instância, certo, por outro lado, que a remuneração do perito é daquele que houver requerido, sendo rateada quando determinada de ofício ou quando solicitada por ambas as partes (artigo 95 do NCPC).

Por fim, no que toca à sucumbência, fica mantida nos termos consignados pelo juízo, diante da parcial procedência (o pedido inicial da autora não foi totalmente acolhido, comprometendo-se a virago a deixar o imóvel do requerido), majorando-se, todavia, os honorários recursais quanto ao varão, não sendo a

Acesso ao Sumário

sua irresignação acolhida, não importando referida imposição em julgamento "ultra" ou "extra petita", porque previsto no artigo 85, § 11º, do CPC.

Assim o fazendo, majoram-se os honorários recursais de R$1000,00 para R$1100,00, ressalvada a gratuidade.

Do exposto, dá-se provimento ao apelo interposto pela autora, negando-se provimento ao recurso manejado pelo requerido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007749-50.2015.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes GLOBO COMERCIAL IMOBILIÁRIO LTDA. e SP 14 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., é apelado MARCELO DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Reconhecida a prescrição trienal, deram parcial provimento, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31632/TJ)**

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

São Paulo, 1º de março de 2019.

ALVARO PASSOS, Relator

Ementa: PRESCRIÇÃO - Contrato - Compromisso de compra e venda - Pagamento de despesas de corretagem, em setembro de 2011, tendo sido, a ação, proposta em março de 2015 - Pretensão que prescreve em 03 (três) anos, incidindo a regra contida no art. 206, § 3º, IV, do CC/2002 - Tese fixada ao serem julgados os REsp nºs 1.599.511/SP, 1.551.956/SP, 1.551.951/SP e 1.551.968/SP - Prescrição trienal reconhecida - Recurso parcialmente provido.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Contrato com cláusula de alienação fiduciária - Inadimplência das vendedoras que entregam o imóvel após a data aprazada contratualmente - Prevalência do Código de Defesa do Consumidor sobre a Lei nº

9.514/97 - Necessidade - Devolução das quantias pagas, com retenção de percentual - Descabimento - Restituição que deve de ser integral e feita de uma só vez - Inteligência da Súmula nº 543 do C. STJ - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de recurso interposto contra a sentença de fls. 328/336, cujo relatório se adota e contra a qual foram opostos embargos de declaração, rejeitados, que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos em ação de rescisão contratual c.c. restituição de valores e indenização por danos morais, para declarar rescindido o contrato e condenar as rés, solidariamente, a restituírem os valores de R$ 6.170,00 (seis mil, cento e setenta reais), referente á comissão de corretagem, e R$ 30.616,09 (trinta mil, seiscentos e dezesseis reais e nove centavos), tudo devidamente corrigido, distribuindo os ônus sucumbenciais, ante a reciprocidade, observada a gratuidade da justiça deferida ao autor.

Globo Comercial Imobiliário Ltda. e SP 14 Empreendimentos Imobiliários Ltda. alegam, em síntese, que o instrumento não pode ser rescindido, como requerido pelo demandante, diante da vigência da Lei nº 9.514/97; que, pendente o contrato de financiamento, não pode ser afastada a validade da cláusula 17.2 do documento firmado entre as partes; que, acaso mantido o desfazimento do negócio, a devolução não pode ser feita de forma integral, cabendo retenção de parte do valor pago que, segundo entendimento do STJ, é de 25% (vinte e cinco por cento). Insurge-se, ainda, quanto ao termo inicial da incidência dos juros e correção monetária, a fim de evitar enriquecimento ilícito do comprador, e quanto à devolução da quantia paga pela comissão de corretagem, afirmando ter ocorrido a prescrição trienal.

Com contrarrazões, vieram, os autos, para reexame.

É o relatório.

Por primeiro, diante do entendimento consolidado pelo STJ nos REsp. 1.599.511/SP, 1.551.956/SP, 1.551.951/SP e 1.551.968/SP e, em razão da apreciação, pelas Câmaras desta C. Corte (Apelação n°0002911-52.2013.8.26.0576. 3ª Câmara de Direito Privado. Relator(a): Alexandre Marcondes. Julgado em 28/10/2016; Apelação n° 1013569-12.2014.8.26.0309. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator(a): Fernanda Gomes Camacho. Julgado em 26/10/2016; Apelação n°1020131-75.2015.8.26.0576, Relator(a): Luiz Antonio Costa, 7ª Câmara de Direito Privado, julgado em 27/10/2016), passo ao julgamento dos recursos, observando-se o quanto decidido pela Corte Superior.

Acesso ao Sumário

E, de início, analisa-se a prejudicial de mérito.

O prazo prescricional para a devolução de valores referentes a despesas de corretagem restou estabelecido em três anos, nos termos do art. 206, § 3º, IV, do CC/2002, quando do julgamento do REsp nº 1.551.956-SP, em que fixada a tese para os fins do art. 1.040 do NCPC: *1.1. Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3º, IV, CC)*.

No caso dos autos, tendo em vista o pedido de restituição desses valores, houve pagamento de tais quantias em setembro de 2011 (fls. 77), enquanto o ajuizamento da ação ocorreu em março de 2015, portanto, fora do prazo estabelecido.

Assim têm-se entendido:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Compra e venda de imóvel - Atraso na entrega do bem - Prescrição da pretensão ao reembolso da comissão de corretagem - Recurso Especial Repetitivo nº 1.551.956-SP - Prescrição trienal (art. 206, § 3º, IV, do Código Civil) - Validade da cláusula de tolerância - Lucros cessantes devidos e que independem de comprovação - Indenização fixada adequadamente em 0,5% ao mês sobre o valor atualizado do contrato, durante o período de atraso - Patamar proporcional e em conformidade com o entendimento deste Tribunal - Impossibilidade de aplicação da multa moratória prevista em favor da vendedora também em favor do comprador (Súmula 159 deste E. TJSP) - Dano moral não configurado - Recurso improvido. TJSP. Apelação nº1011116-27.2015.8.26.0562. 7ª Câmara de Direito Privado. Relator(a): Luiz Antonio Costa. Julgado em 28/01/2016.

Sendo assim, em relação aos valores pagos a título de comissão de corretagem, o feito deve de ser extinto, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, II, do novo CPC.

No mérito, anota-se que, incidentes as normas do Código de Defesa do Consumidor, a questão será analisada à luz desse Diploma Legal.

E, no caso, tem-se a aplicação da Legislação Consumerista sobre a Lei de Alienação Fiduciária, já que não se cuida de inadimplência do comprador, mas das vendedoras, ora apelantes, que não entregaram o bem na data aprazada.

Sobre o tema:

VENDA E COMPRA DE IMÓVEL. Ação de rescisão contratual, c.c. restituição de valores e indenização. Sentença que extinguiu o processo, sem resolução do mérito. Descontentamento dos autores. Interesse de agir se faz presente. Possibilidade de resilição do contrato mesmos nas situações em que este é submetido ao regime previsto na Lei 9514/97, desde que não tenha ocorrido a consolidação da propriedade fiduciária. Ausência de inadimplência dos requerentes, cabível o desfazimento

Acesso ao Sumário

do negócio. Caracterizado o descumprimento do contrato por parte da vendedora, que não efetuou a entrega do lote com a finalização das obras de infraestrutura na data prevista. Devolução da integralidade das quantias despendidas pelos adquirentes. Correção monetária a partir dos desembolsos, e juros de mora a contar da citação. Aplicação das Súmulas nºs. 1 2 e 3 deste E. Tribunal. Danos morais não configurados. Situação que se restringiu ao mero descumprimento contratual, não ficando evidenciada a alegada afronta ao patrimônio imaterial dos autores. Procedência parcial dos pedidos. Sucumbência atribuída às rés. Sentença reformada. RECURSO PROVIDO EM PARTE (TJSP; Apelação 1007878-23.2015.8.26.0037; Relator (a): Paulo Alcides; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araraquara - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/11/2018; Data de Registro: 30/11/2018).

COMPRA E VENDA - Rescisão e Devolução de Parcelas Pagas - Inadimplência das vendedoras - Procedimento específico da alienação fiduciária aplica-se apenas a inadimplência do comprador fiduciante (Lei nº 9.514/1997, art. 26) - Possível resolução do contrato por inadimplência de vendedor - Ressarcimento integral - Inteligência da Súmula 543 do E. STJ - Devolução dos valores pagos a título de IPTU e taxas associativas tendo em vista que os compradores não chegaram a entrar na posse do imóvel - Correção da data dos desembolsos e juros de mora a contar da citação - Sentença mantida - Recurso improvido (TJSP; Apelação 1010952- 93.2017.8.26.0529; Relator (a): Luiz Antonio Costa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santana de Parnaíba - Vara Única; Data do Julgamento: 15/10/2018; Data de Registro: 15/10/2018).

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. LOTEAMENTO. Insurgência da vendedora ré contra sentença procedência. Manutenção. Atraso das obras. Prazo contratual que se expirou quase um ano antes do ajuizamento da presente ação. Não há notícia, ademais, que a obra tenha sido finalizada. Chuvas por quatro meses que não caracteriza força maior. Súmula 161 do TJSP. Atraso que somente termina com a disponibilização do lote. Súmula 160 do TJSP. Rescisão. Direito da compradora à rescisão contratual e à devolução de todos os valores pagos (art. 35, III do CDC). Inaplicabilidade da Lei 9.514/97 no caso, tendo em vista tratar-se de hipótese de rescisão por inadimplência da credora fiduciária. Incidência dos juros moratórios a partir da citação, em razão da culpa exclusiva da ré. Recurso não provido (TJSP; Apelação 1001886-20.2017.8.26.0358; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mirassol - 2ª Vara; Data do Julgamento: 25/09/2018; Data de Registro: 25/09/2018).

Acesso ao Sumário

Diante da mora incontroversa das apelantes, o adquirente está autorizado a pedir a rescisão do instrumento, com a devolução do montante que pagou, sem qualquer retenção e a ser feita em única parcela.

Neste sentido, é entendimento já consolidado na jurisprudência, inclusive com reiterados precedentes desta Colenda Câmara, que, havendo rescisão contratual, notadamente por inadimplência da vendedora que deixa de entregar o imóvel no prazo prometido, a devolução das prestações deve se dar desde logo, ocorrendo em única parcela, acrescida de correção monetária, a partir do efetivo desembolso, e juros, a contar da data da citação, dada a ausência de culpa do apelado pelo desfazimento do negócio.

Inclusive, o C. Superior Tribunal de Justiça, pacificando a questão, já decidiu que:

> *Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a* ***imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/ construtor****, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento (Súmula nº 543)* (destaquei).

Sobre o tema:

APELAÇÃO. Compromisso de compra e venda. Ação de rescisão contratual c.c. restituição de quantias pagas e indenização por danos materiais. Inadimplência da requerida. Rescisão do contrato por culpa da promitente vendedora. Restituição integral dos valores pagos pelo adquirente, incluindo taxa de despachante. (Súmula 543 do STJ). Valores a serem devolvidos equivalentes às parcelas pagas e à taxa de despachante, com correção monetária de cada desembolso e juros de mora de 1% ao mês da citação, conforme a petição inicial. Danos morais. Inovação recursal. Não conhecimento do recurso nesta parte. Sucumbência integral das rés. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido, na parte conhecida (TJSP; Apelação 0037354-26.2012.8.26.0071; Relator (a): Cristina Medina Mogioni; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bauru - 6ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 10/10/2018; Data de Registro: 10/10/2018).

APELAÇÕES AÇÃO DE RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. Sentença de parcial procedência. Inconformismo das corrés. Descabimento. Contrato de compra e venda de imóvel com alienação fiduciária em garantia. Atraso na entrega das obras. Os arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97 somente são aplicáveis nas hipóteses de inadimplência dos compradores, que não é o caso dos autos. Precedentes do TJSP. Possibilidade de rescisão do contrato por culpa das vendedoras. Retorno das partes ao "status quo ante". Restituição integral dos valores pagos, em uma única parcela, vedada a retenção de qualquer valor pelas vendedoras. Súmulas 543 do STJ e 3 do TJSP. Recurso da patrona dos autores versando exclusivamente sobre verba honorária. Cabimento Justiça gratuita deferida. Desnecessidade de recolhimento do preparo. Sucumbimento mínimo do pedido dos autores. Fixação de honorários

Acesso ao Sumário

sucumbenciais em 10% sobre o valor da condenação a serem pagos pelas corrés à patrona dos autores. Fixação de honorários sucumbenciais recursais em 10% sobre o valor da condenação. Recurso das corrés desprovido e provido o recurso da patrona dos autores (TJSP; Apelação 1019246- 95.2014.8.26.0576; Relator (a): Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/05/2018; Data de Registro: 10/05/2018).

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL - Rescisão e restituição de valores - Demora na execução das obras de infraestrutura do loteamento - Prescrição reconhecida - Não ocorrência - Rescisão contratual pelo inadimplemento da obrigação - Direito Pessoal - Art. 205 do Código Civil - Vencimento da última parcela em abril de 2006 - Ação distribuída em dezembro de 2015 - Prescrição afastada - Possibilidade de julgamento imediato - Desnecessidade de produção de outras provas, além daquelas trazidas na inicial e na contestação - Artigo 1.013, parágrafo 3º, inciso I do CPC vigente - Inadimplência confessa da vendedora pela paralisação das obras - Mora caracterizada - Falta da ré a autorizar a rescisão - Direito dos compradores à restituição integral das parcelas pagas a título do preço, de forma imediata e em única parcela, com efetiva correção a partir de cada desembolso e incidentes juros de mora a partir da citação - Súmula 543 do C. STJ - Cobrança de comissão de corretagem - Matéria posta em análise de recurso repetitivo - Julgamento proferido pelo STJ a adotar a prescrição trienal para a pretensão de restituição de referidos valores - Prescrição reconhecida - Sentença, em parte, reformada - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJSP; Apelação 1021947-20.2015.8.26.0309; Relator (a): Elcio Trujillo; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Jundiaí - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/10/2017; Data de Registro: 05/10/2017).

Pelo resultado a que aqui se chega, com o acolhimento parcial da pretensão das apelantes, fica mantida a sucumbência recíproca, como determinada na origem, majorados os honorários advocatícios recursais para 15% do valor atualizado da condenação, nos termos dos arts. 85, §§ 2º e 11, e 86, ambos do novo CPC, observada a condição de beneficiário da justiça gratuita do apelado.

Por derradeiro, a fim de evitar a oposição de embargos de declaração, única e exclusivamente voltados ao prequestionamento, e tendo em vista a manifestação da apelante a fls. 426, tenho por expressamente prequestionada, nesta instância, toda a matéria, consignando que não houve ofensa a qualquer dispositivo a ela relacionado.

Pelo exposto, **dou parcial provimento** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1004149-62.2018.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, são apelados ANA CRISTINA CHIMENTI ALVES e JULIO DAS NEVES ALVES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.902)**

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

São Paulo, 1º de março de 2019.

CHRISTINE SANTINI, Relatora

Ementa: Apelação Cível. Plano de saúde coletivo - Sentença de parcial procedência - Apelação da ré - Reajuste de mensalidade por mudança de faixa etária aos 59 anos - Reajuste em princípio válido, ressalvada análise de abusividade - Análise da adequação do contrato à Resolução nº 63/2003 da ANS - Previsão de dez faixas de reajuste - Valor da última prestação que não supera seis vezes o valor da primeira - Reajuste acumulado entre a sétima e a décima faixas que supera o acumulado entre primeira e a sétima faixas - Excesso no percentual aplicado (89,07%) - Afastamento do reajuste, que supera a diferença permitida - Redução do reajuste aos 59 anos para 89,023229% - Reajuste por sinistralidade - Inexistência de abusividade na cláusula contratual que permite tal reajuste em contratos coletivos - Ausência, entretanto, de demonstração dos fatores que levaram ao reajuste por aumento de sinistralidade indicado na inicial - Ônus da prova imputável a ré - Reconhecimento de sua abusividade na hipótese - Substituição pelos índices de reajustes anuais aprovado pela ANS para planos individuais e familiares - Devolução dos valores pagos a maior que se impõe, sob pena de enriquecimento ilícito da ré - Sentença reformada em parte. Dá-se

Acesso ao Sumário

provimento em parte ao recurso

VOTO

1. Trata-se de ação de conhecimento pelo procedimento comum ajuizada por Ana Cristina Chimenti Alves e Julio das Neves Alves em face de Sul América Companhia de Seguro Saúde S.A. e Qualicorp Administradora de Benefícios S.A., visando à revisão do contrato entabulado entre as partes, para o fim de fixar os reajustes anuais com base nos índices anuais autorizados pela ANS, bem como limitar o reajuste por faixa etária ao disciplinado na Resolução Normativa 63/2003 da NA, e, ainda, a condenar a ré a restituir os valores pagos a maior em razão dos reajustes abusivos, limitado ao período de três anos anteriores ao ajuizamento da ação.

A ação foi julgada parcialmente procedente, nos termos da R. Sentença de fls. 344/350, para o fim de declarar "*parcialmente nula a cláusula de reajuste por faixa etária (fls. 45 e cláusula 12.3, fls. 77) ante o descumprimento da Resolução Normativa nº 63/03 da ANS e DETERMINO a redução do reajuste da última faixa etária (59 anos) para 36,14%. TORNO DEFINITIVA, assim, a liminar de fls. 149/151. DECLARO válida a cláusula de reajuste por sinistralidade e a cláusula de reajuste financeiro (cláusula 12.1 e 12.2, fls. 77). Ante a prescrição decenal (STJ, RESP 995.995/DF), limito a discussão nesta ação dos reajustes de 2008 a 2017. DECLARO, porém, parcialmente inexigíveis os reajustes de 2008 a 2017 tendo em vista a falta de comprovação, pela ré, dos seus cálculos atuariais e sinistralidade considerada nos cálculos. Ante a ausência de tais provas, DETERMINO que entre 2008 e 2017 prevaleçam apenas os percentuais de reajuste que foram fixados pela ANS para os contratos individuais. Ante a prescrição trienal (Tema 610 do STJ, RESP nº 1.360.969/RS e nº 1.361.182/RS) a repetição de valores pagos a maior somente alcança os pagamentos efetuados a partir de 2.5.2015 (três anos antes do ajuizamento desta ação em 2.5.2018. CONDENO a ré a restituir aos autores os valores pagos a maior desde 2.5.2015, corrigidos monetariamente pela Tabela Prática do TJSP desde cada pagamento e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação (maio/2018, fls. 191/192)*". Face à sucumbência mínima dos autores, as rés foram condenadas ao pagamento integral das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da causa.

Embargos de declaração foram rejeitados pela R. Decisão de fl. 355.

Inconformada, apela a ré Sul América Companhia de Seguro Saúde postulando, em síntese, a reforma da sentença, sob o fundamento da legalidade do reajuste por mudança de faixa etária aos 59 anos e por sinistralidade, pois possuem cobertura contratual. Defende, ainda, que, caso reconhecida a abusividade do aumento praticado, que seja realizada prova atuarial para

Acesso ao Sumário

estabelecer o percentual devido (fls. 356/391).

Processado regularmente o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 403/415).

Não houve oposição das partes ao julgamento virtual.

É o relatório.

2. Anote-se, de início, que os autos permaneceram em gabinete pelo prazo de 05 (cinco) dias úteis, sem oposição das partes à realização de julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial deste Tribunal, disponibilizada no DJe aos 09 de agosto de 2017 e em vigor desde a data da publicação.

Por conseguinte, cumpre esclarecer que não se cogita a ocorrência do fenômeno da "supressio" ao caso em análise.

Na lição clássica de Menezes de Cordeiro, "*diz-se supressio a situação do direito que não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não mais possa sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé*" *(Da Boa-Fé no Direito Civil, Almedina, 1984, v. 2, p. 297)*.

A relativa inércia dos autores, na hipótese, não se mostrou suficiente para despertar na ré a razoável expectativa de que ela não viria a exercer o seu direito de restituição do valor pago a mais, inexistindo comportamento desleal a frustrar o princípio da boa-fé objetiva que justificaria o alegado perecimento do direito.

A preliminar fica, pois, rejeitadas. Quanto ao mérito, o recurso merece provimento em parte.

Na inicial, narra a autora que em 01.03.2014 contratou, por intermédio da Associação dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo - AFPESP -, plano de saúde coletivo empresarial, modalidade especial normal, comercializado pela Sul América Companhia de Seguro de Saúde S.A, administrado pela ré Qualicorp Administradora de Benefícios S.A. Informa que, ao completar 59 anos de idade, a ré aplicou, unilateralmente, reajuste ilegal e abusivos do plano de 89,07% sobre o valor do prêmio mensal, e, ainda, aplicou reajustes por sinistralidade superiores aos índices autorizados anualmente pela ANS, o que fez com que o valor do plano da autora e seu dependente aumentasse para R$ 6.535,98.

Discute-se nos autos a legalidade dos reajustes por sinistralidade e por mudança de faixa etária aplicado na mensalidade da autora após completar 59 anos, no percentual de 89,07%.

Cumpre salientar que se aplicam aos contratos de plano de saúde e seguro saúde as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

O reajuste antes dos sessenta anos de idade, em tese cabível porque não aplicável o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), deve ser pautado pela

Acesso ao Sumário

razoabilidade, não podendo ser arbitrado de forma abusiva e unilateral, sem qualquer respaldo em demonstração de aumento efetivo de custo, a obstar a própria manutenção do contrato.

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

> *"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO.*
>
> *1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).*
>
> *2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.*
>
> *3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.*
>
> *4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado).*
>
> *5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio*

Acesso ao Sumário

perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção).

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

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

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

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

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

8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por

Acesso ao Sumário

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

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

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

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

12. Recurso especial não provido".

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

Da mesma forma, este Egrégio Tribunal de Justiça, fundado no entendimento do Superior Tribunal de Justiça proferido no julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia 1.568.244 - RJ, em recente julgamento do IRDR nº 0043940-25.2017.8.26.0000, entendeu pela possibilidade do reajuste da mensalidade do plano de saúde coletivos (empresarial ou por adesão) fundado na mudança de faixa etária, cuja tese é de seguinte teor:

"*É válido, em tese, o reajuste por mudança de faixa etária aos 59*

Acesso ao Sumário

(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 n. 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 n. 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."

No caso, os reajustes das mensalidades segue a disciplina da cláusula 09 (fl. 45) que prevê, como reajuste por faixa etária para plano especial normal, os seguintes percentuais:

Faixa etária	Especial Normal
Até 18 anos	0%
De 19 a 23 anos	65,81%
De 24 a 28 anos	1,00%
De 29 a 33 anos	2,18%
De 34 a 38 anos	2,03%
De 39 a 43 anos	1,03%
De 44 a 48 anos	38,85%
De 49 a 53 anos	27,16%
De 54 a 58 anos	1,89%
59 anos ou mais	89,07%

O cálculo para se aferir a observância dos limites estabelecidos na Resolução nº 63/2003 e eventual abusividade dos reajustes deve ser feito considerando-se o valor acumulado entre a sétima e décima faixas e entre a primeira e sétima faixas.

A título de exemplo, considerando-se uma mensalidade no valor de R$ 100,00, teríamos como devidos os seguintes acréscimos: R$ 165,81 (19 anos); R$ 167,4681 (24 anos); R$ 171,11890458 (29 anos); R$ 174,59261834 (34 anos); R$ 176,39092230 (39 anos); R$ 244,91879561 (44 anos); R$ 311,43874 (49 anos); R$ 317,324932 (54 anos); R$ 599,966248 (59 anos).

Verifica-se neste exemplo que a variação entre a última faixa (R$ 599,966248) e a primeira faixa (R$ 100,00) não superou seis vezes (500%).

Por outro lado, a variação entre os dois blocos não está de acordo com o previsto na Resolução.

Isto porque, para calcular o acumulado no primeiro bloco (faixa 1 a 7), devemos dividir R$ 244,9187 (valor da prestação na sétima faixa) por R$ 100 (valor inicial), o que perfaz 2,449187.

O resultado final corresponde a um aumento de 144,9187% (2,449187-1 x 100 = 144,9187%) em relação ao valor original. Ou, dito de outra forma, o valor de partida seria 100% e o percentual de aumento é 144,9187% deste valor.

Da mesma forma, para calcular o acumulado no segundo bloco (7 a 10 faixa), teríamos que dividir R$ 599,966248 por R$ 244,9187, o que perfaz

Acesso ao Sumário

2,44965471 ou 144,965471% (2,44965471 -1 x 100 = 144,965471%).

Verifica-se, portanto, que a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas (144,965471%) é superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas (144,9187%), o que contraria o disposto na Resolução Normativa nº 63/2003 da ANS.

Note-se que o cálculo elaborado em sentença não observa os termos da Resolução, pois não basta somar os percentuais previstos na Tabela, é preciso aferir quanto a prestação variou entre a primeira e a sétima faixas e, depois, entre a sétima e a última.

Observados os índices lançados, verifica-se que a variação cumulada entre a sétima e a décima faixa é superior à variação entre a primeira e a sétima faixas, fato que demonstra a concentração dos aumentos nas faixas finais, o que fere o próprio intuito da legislação e visa a provocar a saída da pessoa com idade mais avançada do plano.

Desse modo, imperioso o reconhecimento da abusividade e, consequentemente, da nulidade das cláusulas contratuais que serviram de fundamento para os reajustes impostos unilateralmente pela ré, nos termos do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Considerados os percentuais da variação entre faixas acima indicadas, apura-se que o excesso equivale a 0,046771% (144,965471%% - 144,9187%%). Subtraído tal excesso do reajuste aos 59 anos impugnado (89,07% - 0,046771%), obtém-se o percentual de 89,023229%. Dessa forma, deve haver redução do percentual de reajuste aos 59 de idade para 89,023229%.

Por fim, resta analisar, como previsto no Recurso Repetitivo, se tal reajuste não "*seria desarrazoado ou aleatório, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano*".

Acesso ao Sumário

No caso em tela, tal percentual, embora à primeira vista aparente ser elevado, não se mostra desarrazoado ou aleatório, pois houve diluição dos aumentos, que foram bastante reduzidos nas faixas etárias anteriores. Além disso, trata-se do último aumento, aos 59 anos, não havendo previsão de qualquer outro reajuste por faixa etária após tal idade, o que justifica a imposição do percentual.

Em relação ao reajuste por sinistralidade, a matéria não se mostra de fácil solução.

Discute-se, também, o aumento da mensalidade em razão do aumento de sinistralidade, o qual interfere, por óbvio, no próprio equilíbrio financeiro do contrato e alcança todos os integrantes do plano coletivamente, indistintamente.

Efetivamente, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) não

regula os planos coletivos da mesma maneira que controla os planos individuais e familiares. Nesses, há fixação de reajuste máximo do valor das mensalidades. Nos planos coletivos, diversamente, a ANS não intervém, em face da possibilidade de negociação direta entre a operadora e a associação ou empresa, parte que não é considerada vulnerável no contrato.

Dessa forma, em tese, nos contratos coletivos é perfeitamente possível a inclusão de regra que preveja o reajustamento anual por aumento da sinistralidade, não se podendo obrigar a ANS a intervir na negociação para seu reajuste, até porque, para tanto, necessariamente deveria a agência integrar o polo passivo da demanda, para que pudesse sofrer os efeitos de coisa julgada.

Em suma, não há norma legal que obrigue a ANS a intervir na negociação do reajuste anual por aumento da sinistralidade em planos coletivos de saúde, bem como se considera legal a previsão de reajustamento com base em tal fator.

Sendo cabível a revisão técnica sem a interferência da autarquia federal e reputando o autor serem excessivos os reajustes anuais por aumento da sinistralidade, cabe ao Poder Judiciário definir se foram ou não tais reajustes efetivamente abusivos.

Esta Colenda Câmara pacificou o entendimento de que é admissível o reajuste das mensalidades em função do aumento da sinistralidade, sendo, contudo, ônus da operadora de plano de saúde comprovar o aumento dos custos, não bastando sua mera afirmação nesse sentido. Deste modo, é inadmissível a fixação de índices de reajuste ao arbítrio da operadora, de forma aleatória, em percentuais muito superiores aos aprovados pela ANS para os contratos individuais e familiares e à inflação oficial do período.

No caso, a falta de demonstração dos fatores que levaram ao reajuste aplicado, impedindo aferir se tais índices excederam o razoável para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, implica no reconhecimento de sua abusividade. Note-se que esta providência constitui encargo da ré, pois além de possuir os dados dos beneficiários, não pode imputar ao autor, especialmente na presente relação de consumo, o ônus da prova. E dessa prova não desincumbiu a ré, vez que informou, quando intimada, que não havia mais provas a produzir (fls. 342/343).

Nesse sentido, já decidiu esta Colenda Primeira Câmara de Direito Privado:

> *"PLANO DE SAÚDE - Plano coletivo - Reajuste por sinistralidade - Descabimento - Não comprovação do suposto desequilíbrio contratual a autorizar a majoração da mensalidade - Onerosidade excessiva - Ação procedente - Recurso desprovido."*
>
> *(Apelação Cível nº 0017015-75.2011.8.26.0590, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, v.u., j. 17.11.2015)*

Acesso ao Sumário

"PLANO DE SAÚDE COLETIVO - Reajuste por sinistralidade - Inexistência de contestação sobre a efetiva utilização, ou não, do plano pelos empregados da autora - Possibilidade de reajuste por sinistralidade que, se devidamente comprovado, nada tem de abusivo, mas, ao contrário, tem o escopo de manter o equilíbrio de contrato de trato sucessivo - Reajuste que visa manter o sinalagma contratual, na exata medida da oneração da carteira pelo próprios usuários - Existência de reajuste que deve ficar vinculada à comprovação da utilização, e sua efetiva demonstração - Ré que não demonstrou a superação dos valores pagos pela utilização do plano e os prêmios recebidos - Abusividade da cláusula, em razão de sua vagueza - Cláusula contratual que prevê o reajuste por sinistralidade, porém não estabelece parâmetros mínimos e nem fixa critérios para cálculo do premio - Ação procedente - Recurso improvido."

(Apelação Cível nº 1117464-97.2015.8.26.0100 Rel. Des. Francisco Loureiro, v.u., j. 01.06.2016)

"Seguro saúde coletivo. Reajuste da mensalidade por variação dos custos. Dever de transparência e informação. Cláusula obscura no tocante ao aumento implementado. Pretendido reajuste em razão da variação dos custos deveria ser convenientemente explicada justificada. Abusividade reconhecida. Sentença mantida. Recurso desprovido."

(Apelação Cível nº 1016739-03.2014.8.26.0564, Rel. Des. Claudio Godoy, v.u., j. 06.10.2015)

Observo, por derradeiro, que, não obstante tratar-se de contrato coletivo, é imperiosa a limitação dos reajustes da mensalidade do plano de saúde aos índices aprovados pela ANS para planos individuais e familiares, solução que impede reajustes arbitrários e abusivos por parte da operadora de plano de saúde.

Neste sentido, confira-se:

*"PLANO DE SAÚDE - Contrato coletivo - Beneficiário dependente idoso - Reajuste de mensalidade por faixa etária - Vedação expressa no Estatuto do Idoso, aplicável ao caso, conforme súmula nº 91 aprovada pelo Órgão Especial deste Tribunal - Nulidade declarada - **Reajuste por aumento de sinistralidade - Abusividade reconhecida - Violação dos deveres de transparência e informação - Limitação dos reajustes aos índices autorizados pela ANS aos planos individuais e familiares - Cabimento - Precedentes** - Devolução em dobro dos valores pagos a maior - Descabimento - Inaplicabilidade do art. 42, parágrafo único, do CDC - Danos morais - Inocorrência - Ação parcialmente procedente - Recurso parcialmente provido."*

(Apelação Cível nº 0045179-71.2010.8.26.0562, Rel. Des. Rui Cascaldi,

Acesso ao Sumário

v.u., j. 21.10.2014)

Logo, a R. Sentença deve ser parcialmente reformada para determinar a redução do reajuste por faixa etária aos 59 anos para 89,023229%, sem prejuízo dos reajustes dos reajustes anuais pelos índices da ANS.

Por fim, destaco que eventuais valores pagos a maior deverão ser devolvidos de maneira simples, acrescidos de correção monetária desde as datas dos respectivos desembolsos, com juros de mora de 1% ao mês desde a data da citação, respeitada a prescrição trienal.

Por ter havido alteração mínima do julgado, apenas no que toca ao percentual do reajuste aplicado aos 59 anos de idade, fica mantida a sucumbência na forma da R. Sentença apelada.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1043602-41.2017.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante R.B.S.P. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado L.S.P. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.891)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO DE GODOY (Presidente) e AUGUSTO REZENDE.

São Paulo, 7 de março de 2019.

CLAUDIO GODOY, Relator

Ementa: Alimentos. Revisão. Pai que teve outro filho após a fixação dos alimentos. Causa que não é automática de redução da pensão, impondo-se comprovação da alteração da capacidade econômica do devedor. Sentença que já reduziu os alimentos a 20% dos rendimentos líquidos do autor, ausente irresignação do credor. Fixação acertada. Genitor que tem imóvel próprio, cujos alugueis, posto que direcionados à sua atual esposa, ainda assim são revertidos para as despesas do lar comum. Empréstimo contraído, firmado com sua própria

Acesso ao Sumário

esposa, que já era sabido quando da anterior fixação dos alimentos. Necessidades do menor que são presumidas. Ausente desproporcionalidade para com a verba fixada na hipótese de desemprego. Minoração pretendida incabível, sob pena de se aviltarem as necessidades básicas do menor. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (fls. 194/197) que julgou parcialmente procedente ação revisional de alimentos, fixando-os no importe de 20% dos rendimentos líquidos do genitor, quando empregado, e de 50% do salário mínimo, para o caso de desemprego. Sustenta o autor, em sua irresignação, que o próprio MM. Juízo *a quo* reconheceu que o menor não tem necessidades especiais, além daquelas presumidas para sua faixa etária. Argumenta que, de fato, contraiu empréstimo com sua atual esposa, para quitar a meação devida à genitora do menor, mas isso antes de contrair o novo matrimonio. Afirma, assim, que é mera presunção o fundamento tomado na sentença, de que os valores pagos à atual esposa, para adimplir o empréstimo contraído, são usados em benefício da família. Aduz que a obrigação alimentar para com o réu é unicamente sua, não devendo recair sobre sua nova esposa. Alega que os alugueis recebidos pela esposa não são suficientes para cobrir a parcela do empréstimo do qual é devedor. Narra que vendeu o veículo cujo financiamento foi tomado pela sentença como demonstrativo de sua capacidade econômica. Remete ao parecer do Ministério Público na origem, que opinou pela minoração dos alimentos. Assevera que os alimentos fixados para o caso de desemprego são desproporcionais aos fixados sobre seus rendimentos líquidos. Explica que exerce profissão de nível médio, já de difícil colocação no mercado de trabalho por conta da idade, e sem outras qualificações. Refere que sua obrigação alimentar pode inclusive prejudicar o sustento do novo filho. Aponta que a genitora do réu é servidora pública, tendo estabilidade para garantir o sustento do menor, caso fique desempregado. Requer, assim, sejam minorados os alimentos para 15% de seus rendimentos líquidos, se empregado, ou 25% do salário mínimo, na hipótese de desemprego.

Recurso regularmente processado e respondido (fls. 218/222).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento (fls. 228/230).

É o relatório.

O recurso não merece guarida.

Sabido que a revisão dos alimentos pressupõe alteração da equação econômica básica que dá sustento a seu arbitramento, tal como previsto no

Acesso ao Sumário

artigo 1.699 do CC. Ou seja, à revisão impende a demonstração da modificação da situação econômica do devedor ou das necessidades do credor.

No caso, a pensão devida pelo genitor à filha menor foi fixada em ação revisional de alimentos, por acordo homologado em 29/10/2015, no equivalente a 24% dos rendimentos líquidos, em caso de trabalho com vínculo empregatício, ou 50% do salário mínimo, na hipótese de desemprego (fls. 99/103). O MM. Juízo, tomadas as circunstâncias do caso, deliberou a minoração dos alimentos a 20% dos rendimentos líquidos do genitor, se empregado, mantendo-se o valor previamente fixado para a hipótese de desemprego.

E, não havida irresignação do réu quanto aos alimentos fixados, descabe, como pretende o genitor, nova minoração.

É certo que o apelante afirma ter constituído nova família, casando-se em 04/12/2015 (fls. 31), e havido outro filho menor, nascido em 18/07/2017 (fls. 17).

Pois, a propósito, de pronto afaste-se a consideração de que a constituição de nova família autorize, por si só, o pleito de revisão. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, havida nova família não há, só por isso, redução da pensão, impondo-se a prova de que a capacidade do devedor restou alterada (**STJ, Resp. n. 475.167/RJ, j. 23.11.2004**).

Mas, seja como for, o MM. Juízo *a quo* já tomou o nascimento do novo filho como causa à minoração dos alimentos, não havendo razão bastante para que os alimentos atinjam o patamar, ainda menor, pretendido pelo genitor.

Com efeito, o demandante, eletricista, apresenta rendimentos brutos entre três mil e duzentos e quatro mil reais. O valor líquido, inclusive - note-se - já descontada a pensão devida ao menor, oscila entre setecentos e mil e trezentos reais (fls. 48/63). Não se narrou específica despesa, de grande monta, envolvendo a mulher ou o filho, também de tenra idade e afinal em sua companhia, por isso com despesas diretamente enfrentadas.

É bem verdade que o demandante, ao que consta, arca com aluguel de imóvel, no valor de setecentos reais (fls. 87/89) De igual forma, consta que o carro, cujo financiamento foi analisado na sentença como indicativo de sua capacidade econômica, tenha sido alienado (fls. 215/216). Sucede que o autor tem imóvel próprio, agora alugado, e cujos frutos, ainda que indiretamente, usufrui.

Ao que se vê, o demandante pactuou com a genitora do menor, quando do divórcio, que ficaria com o imóvel, comprometendo-se ao pagamento da meação respectiva, no valor de R$ 120.000,00 (fls. 18/23). Para tal, o autor contraiu empréstimo de R$ 100.000,00, junto à terceira Tatiana, que, pouco depois, viria a ser sua nova esposa (fls. 39/42).

Certo também que o autor se comprometeu a pagar, pelo empréstimo,

Acesso ao Sumário

parcelas de R$ 2.189,44. Mas, ante o seu inadimplemento, a esposa Tatiana passou a exercer a posse do bem, o que se ajustou em instrumento firmado por ambas as partes (fls. 172/173). Pouco depois, a mesma Tatiana alugou o imóvel a terceiro, pelo valor de R$ 1.300,00 (fls. 174/176).

Assim, dados os contornos tomados pelos negócios havidos, sempre entre o autor e a sua futura esposa, conclui-se que, de fato, os frutos oriundos da locação do imóvel sempre se mantiveram no mesmo núcleo familiar, sendo revertidos, de uma forma ou de outra, às despesas do lar comum, inclusive, ao sustento da filha menor. E o que, veja-se, não parece ser afetado pelo regime de bens adotado entre o autor e sua atual esposa.

De mais a mais, e a impossibilitar a revisão dos alimentos, veja-se que o referido empréstimo, contraído em 15/12/2014, já era de conhecimento do devedor quando firmado o acordo de alimentos que se pretende rever nesta ação (homologação em 29/10/2015). É dizer, tem- se fato então já conhecido, que não autoriza a revisão dos alimentos nesta sede. De resto, como bem ressaltou a D. Procuradoria: "*Por fim, de se ressaltar que o alegado empréstimo constitui ônus contemplado por ocasião da celebração do 'termo de acordo de divórcio consensual direto' (06/12/14, cf. fls. 18/23) e formalizado logo em seguida (15/12/14, cf. fls. 39/45), em momento anterior, portanto, ao da primeira redução da pensão alimentícia fixada em favor do menor (14/10/15, cf. fls. 99/103), não se tratando de fato superveniente.*"

Destarte, o empréstimo tomado pelo autor com aquela que viria a ser sua futura esposa e o inadimplemento de suas parcelas não são causa bastante a indicar a diminuição da capacidade econômica do devedor. Ao revés, o recebimento de alugueis, posto que pela esposa, mas de imóvel que é de propriedade do varão, indica a existência de outra fonte de renda da família.

Depois, no que toca à situação atual da genitora, que se pretende relacionar ao dever de sustento do autor para com a prole, calha a observação que, com base na jurisprudência que cita, faz Yussef Said Cahali: "*os deveres dos progenitores para com seus filhos são independentes e autônomos entre si, de sorte que a situação econômico- financeira de um ou os seus ganhos em nada importam ou nada influenciam a obrigação do outro, a não ser no caso extremo de o genitor guardião do alimentando possuir tamanho cabedal que seus rendimentos tornem totalmente desnecessária a contribuição do outro progenitor.*" (***Dos Alimentos.* RT. 6ª ed. p. 358**)

Nesse contexto, os rendimentos da genitora, funcionária pública, da ordem de mil e duzentos reais líquidos (fls. 122), não são suficientes a possibilitar que ela, isoladamente, sustente o filho menor, sem o auxílio do pai.

No que toca às necessidades do menor, que são mesmo presumidas, não se pode olvidar a necessidade de atendimento pelo réu por neurologista,

Acesso ao Sumário

decorrente de episódio de convulsão, confirmado pela testemunha ouvida. Ademais, as despesas com óculos indicam tratamento contínuo do qual necessita o demandado (fls. 129/130).

Destarte, consideradas todas as circunstâncias do caso, acertada a fixação da pensão em 20% dos rendimentos líquidos do genitor, de resto como é a orientação da Câmara para quando os alimentos se fixam para um só filho.

Por fim, não se verifica a alegada desproporção entre os alimentos fixados sobre os rendimentos líquidos do genitor (que, segundo ele, resultam em aproximadamente setecentos reais), se comparados à hipótese de desemprego (aproximados quinhentos reais). Afinal, os próprios valores apontados pelo genitor indicam que, na hipótese de desemprego, os alimentos sofrerão leve decréscimo, justamente em atenção à situação econômica mais difícil, mesmo circunstancial.

Mas não cabe olvidar que, posto na eventualidade de desemprego, o demandante também tem a fonte de renda alternativa, isto é, os alugueis do imóvel, ainda que direcionados a sua atual esposa.

De outro lado, a fixação pretendida pelo genitor, de apenas 25% do salário mínimo, mostra-se realmente muito baixa, e sob o risco de se aviltarem as necessidades do menor.

Destarte, mantém-se os alimentos na hipótese de desemprego no equivalente a meio salário mínimo. Isto, pois, repita-se, não se concebe possa o credor ver sua necessidade satisfeita com importe menor.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, majorados os honorários devidos aos patronos do réu a R$ 1.300,00 (art. 85, par. 11º, do CPC), observada a gratuidade concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017353-27.2017.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que são apelantes LILIAN ARIEDE PETINUCI e JAMES JOINER SUCCI QUINTELLA, é apelado JUÍZO DA COMARCA.

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 21984)**

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

Acesso ao Sumário

e THEODURETO CAMARGO.

São Paulo, 1º de março de 2019.

PEDRO DE ALCÂNTARA DA SILVA LEME FILHO, Relator

Ementa: Apelação. Ação de retificação de certidão de casamento realizada no exterior. Sentença de improcedência. Inconformismo da parte autora. Descabimento. Alteração do regime de bens originalmente escolhido não pode ser feita sobre o traslado, devendo incidir sobre o próprio assento, o que somente pode ser feito pela autoridade que tenha competência sobre o assento e não pela via retificadora do simples traslado. Recurso desprovido.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 197/199, cujo relatório se adota, que julgou improcedente a ação de retificação de certidão de casamento realizado no exterior.

Os autores apelam e pugnam pela reforma da sentença, pelas razões apresentadas às fls. 205/208.

Recurso tempestivo e isento de preparo por serem os apelantes beneficiários da justiça gratuita.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 222/225 manifestando-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Os autores ajuizaram a presente ação de retificação de registro de casamento realizado no exterior, pretendendo a inclusão do regime de comunhão parcial de bens no referido registro.

Sustentam que se casaram nos Estados Unidos em 27/08/2005, mas no referido país não há previsão de regime de bens a ser adotado no ato do casamento.

Aduzem ter realizado transcrição de acordo com a certidão de registro de casamento expedida pelo *Condado de Palm Beach*, Flórida, em 29/09/2005, certidão esta devidamente legalizada em 09/10/2008 pelo Consulado Brasileiro em Miami, bem como registrada no 2º Ofício de Registro de Títulos e Documentos de Bauru/SP (nº 171.911) em 08/10/2012.

Pretendendo adquirir um imóvel financiado no Brasil, encontraram um entrave na formalização do contrato, em razão de não constar na certidão de casamento o regime de bens adotado, fato ensejador da presente demanda, que

Acesso ao Sumário

visa a retificação da certidão de casamento estrangeira para inclusão do regime de comunhão parcial de bens, nos termos da legislação civil brasileira.

Após manifestação do d. Representante do Ministério Público (fls. 188/191), foi prolatada a sentença de improcedência da ação pela sentença de fls. 197/199 e, inconformados, apelam os autores pretendendo a reforma do *decisum* (fls. 205/208).

Em que pese os argumentos dos autores, o recurso não comporta provimento.

Comungo integralmente do entendimento da d. Procuradoria de Justiça, exarado no parecer de fls. 222/225, cujos fundamentos a seguir transcritos ficam adotados como razão de decidir:

"*A insurgência deduzida pelos Recorrentes não convence. Nas razões de apelação, os Apelantes engendram interpretações de conveniência acerca da possibilidade de inserção do regime de bens somente no traslado do assento de casamento no Brasil, sem a retificação do assento no exterior (origem), todavia o insigne Sentenciante analisou percuciente e profundamente todos os pontos controvertidos, dando à causa o adequado tratamento. Portanto, a r. sentença não comporta qualquer reparo.*

No caso dos autos, conforme destacado pelo ilustre representante do 'Parquet, Dr. Henrique Ribeiro Varonez, 'o item 15.3.2. do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça esclarece que, 'entende-se por traslado a reprodução integral, no referido livro, dos termos em que se lançou o assento original'. O traslado do assento de casamento, portanto, deve reproduzir integralmente o contido no documento estrangeiro' (188/191).

Nesse mesmo sentido, prelecionou a r. sentença: 'ainda que seja juridicamente possível alterar o regime de bens originalmente escolhido, a questão é que essa alteração não pode ser feita sobre o traslado, mas sim, deve incidir sobre o próprio assento'. Prossegue o douto Sentenciante, esclarecendo que 'isso só pode ser feito pela autoridade que tenha competência sobre o assento e não pela via retificadora do simples traslado' (fls. 198).

Convém destacar, que no judicioso parecer do Representante do Ministério Público de Primeira Instância todos os vértices da demanda foram bem analisados (notadamente, a necessidade do traslado reproduzir integralmente o documento estrangeiro, 'não podendo o oficial de registro inserir dados, modificá-los ou suprimi-los' e a incompetência do juiz brasileiro para alterar o assento de casamento realizado no exterior). Portanto, cumpre endossar 'in totum' o pronunciamento lançado a fls. 188/191 (evitando que se procure dizer o mesmo por outras palavras) e opinar pela ratificação da r. sentença monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos."

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1007507-84.2017.8.26.0006, da Comarca de São Paulo, em que é apelante V.F. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados P.F.S., R.F.S. e S.P.F.S.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19/38199)**

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

São Paulo, 11 de março de 2019.

LUIZ ANTONIO COSTA, Relator

Ementa: Apelação - Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável - Sentença de improcedência - Apelante que manteve relacionamento com o falecido durante período em que se encontrava casado - Relação concubinária, paralela a casamento válido, não pode ser reconhecida como união estável, salvo se configurada separação de fato ou judicial entre os cônjuges - Não comprovação de que estivesse o falecido separado de fato de sua esposa na época - Evidências de manutenção do vínculo matrimonial - Impossibilidade de se conferir o status de união estável à relação entre falecido e Apelante em razão da concomitância a casamento válido entre aquele e a Apelada - Precedentes do C. STJ - Sentença mantida - Recurso improvido.

VOTO

Recurso de Apelação interposto contra decisão que julgou improcedente Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável *post mortem*.

Apela a Autora, alegando, em síntese, que o falecido não tinha mais o compromisso marital com a Apelada S. e possuía com ela relação de união estável com a apelante, haja vista a existência de convivência pública, contínua e duradoura entre ambos, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O recurso foi respondido.

Comprovada a tempestividade e a litigância sob o abrigo da assistência

judiciária gratuita, recebo o recurso em seus regulares efeitos.

É o Relatório.

A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento ou, ao menos, que esteja o companheiro separado de fato, para que assim se atribua efeitos análogos aos do casamento, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre as pessoas impedidas de casar.

Em havendo simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses do cônjuge, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pelo concubino, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa deste à partilha dos bens deixados pelo falecido.

Dessa forma, impossível que se confira o *status* de união estável a uma relação tida como concubinária, já que concomitante a casamento válido.

Esse é o entendimento do C. STJ sobre o tema (grifei):

"*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PEDIDO CONDENATÓRIO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DAS AUTORAS.*

1. Não constatada a alegada violação ao artigo 535 do CPC/73, porquanto todas as questões submetidas a julgamento foram apreciadas pelo órgão julgador, com fundamentação clara, coerente e suficiente.

2. Não obstante a fundamentação constitucional do acórdão para afastar o reconhecimento da união estável, não houve a devida impugnação da matéria por meio de recurso extraordinário, o que atrai à espécie o óbice da Súmula 126 desta Corte.

3. A avaliação quanto à necessidade e à suficiência ou não das provas e a fundamentação da decisão demandam, em regra, incursão no acervo fático-probatório dos autos e encontram óbice na Súmula 7/STJ.

4. Na hipótese, o Tribunal local seguiu ***orientação desta Corte no sentido de que a existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, quando há separação de fato ou judicial entre os casados****. Incidência da Súmula 83/STJ.*

5. Alterar as conclusões firmadas pelo acórdão recorrido, no sentido de se entender pela existência da união estável, demanda o reexame de fatos e provas, prática vedada pela Súmula 7/STJ.

6. Agravo interno desprovido."

(AgInt no AREsp 898.706/SC, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 15/10/2018)

Acesso ao Sumário

"*CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO E PARTILHA. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 283 DO STF. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ É PACÍFICA NO SENTIDO DE QUE, APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº 9.278/1996, NA UNIÃO ESTÁVEL, VIGENTE O REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL, HÁ PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE QUE OS BENS ADQUIRIDOS ONEROSAMENTE NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO SÃO RESULTADO DO ESFORÇO COMUM DOS CONVIVENTES. O STJ JÁ DECIDIU QUE A EXISTÊNCIA DE CASAMENTO VÁLIDO NÃO CONSTITUÍ ÓBICE AO RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL QUANDO HAJA SEPARAÇÃO DE FATOS DOS CÔNJUGES. PRECEDENTES. NÃO É CABÍVEL RECURSO ESPECIAL COM BASE EM VIOLAÇÃO DE SÚMULA. PRECEDENTES. NOVO CPC. INAPLICABILIDADE. DECISÃO MANTIDA.*

(...)

3. ***O STJ também tem orientação de que a existência de casamento válido não constitui impedimento ao reconhecimento da união estável quando haja separação de fato dos cônjuges, hipótese, no caso, configurada****.*

4. Prevalece nessa Corte o entendimento de que o apelo nobre não constitui via adequada para a análise de eventual ofensa a enunciado sumular, por não estar este compreendido na expressão 'lei federal', constante da alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

5. Inaplicabilidade do NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado nº 1 aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9.3.2016: 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.

6. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1475560/MA, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 01/06/2016)

"*RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL SIMULTÂNEA AO CASAMENTO.* ***Ser casado constitui fato impeditivo para o reconhecimento de uma união estável. Tal óbice só pode ser afastado caso haja separação de fato ou de direito. Ainda que seja provada a existência de relação não eventual, com vínculo afetivo e duradouro, e com o intuito de constituir laços familiares, essa situação não é protegida pelo ordenamento jurídico se concomitante a ela existir um casamento não desfeito****. Na hipótese, havia dúvidas quanto à separação*

Acesso ao Sumário

fática do varão e sua esposa. Assim, entendeu-se inconveniente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, inviolabilidade da vida privada, da intimidade e da dignidade da pessoa humana, abrir as portas para questionamento acerca da quebra da affectio familiae*, com vistas ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento válido. Diante disso, decidiu-se que* ***havendo uma relação concubinária, não eventual, simultânea ao casamento, presume-se que o matrimônio não foi dissolvido e prevalece os interesses da mulher casada****, não reconhecendo a união estável. Precedentes citados do STF: RE 397.762-BA, Dje 11/9/2008; do STJ: Resp 1.107.195-PR, Dje 27/5/2010, e Resp 931.155-RS, DJ 20/8/2007*." (REsp 1.096.539/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/3/2012)

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. CONCUBINATO E UNIÃO ESTÁVEL. CARACTERIZAÇÃO. DIFERENÇA DE INSTITUTOS E EFEITOS JURÍDICOS. PARTILHA DE BENS. ESFORÇO COMUM. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.

1. Não há falar em comprovação do dissídio pretoriano, na forma exigida pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, quando ausente a similitude fática entre os acórdãos confrontados.

2. ***Esta Corte Superior consagrou o entendimento de que a relação concubinária, paralela a casamento válido, não pode ser reconhecida como união estável, salvo se configurada separação de fato ou judicial entre os cônjuges.***

3. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência firmada na vertente de ser descabido o compartilhamento da pensão por morte entre a viúva e a concubina, uma vez que a pensão previdenciária somente é devida quando configurada a relação matrimonial ou a união estável, sendo inadmissível quando se tratar de concubinato.

4. Se o Tribunal de origem, com base no acervo fático e probatório dos autos, consignou que a concubina não logrou comprovar sua efetiva colaboração para a construção do patrimônio do de cujus, pelo que, ainda que se considerasse eventual sociedade de fato, não haveria bem a partilhar, chegar a conclusão diversa - no sentido da ocorrência de esforço comum -, demandaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado na via especial, a teor da Súmula 07 do STJ.

5. Aferir se os bens doados à concubina estavam abrangidos ou não pela

Acesso ao Sumário

comunhão universal é procedimento que encontra óbice na Súmula 07 do STJ, por demandar reexame dos elementos de fato e de prova dos autos.

6. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no Ag 683.975/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 02/09/2009)

"*Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido.*

- A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro(a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar.

- Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino.

- Não há, portanto, como ser conferido status de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido.

Recurso especial provido." (REsp 931.155/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ 20.08.2007).

"*CIVIL - FAMÍLIA - RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE MULHER E HOMEM CASADO, MAS NÃO SEPARADO DE FATO - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO ARTIGO 226, § 3º, DA MAGNA CARTA - MATÉRIA AFETA AO STF - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO ÀS LEIS 8.971/94 E 9.278/96 - SÚMULA 284/STF - INFRINGÊNCIA À DISPOSITIVOS DA LEI 10.406/02 - FATOS OCORRIDOS NA VIGÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ANTERIOR - INCIDÊNCIA DESTA - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - COMPROVAÇÃO.*

(...)

4. ***A teor da jurisprudência desta Corte, a existência de impedimento para se casar por parte de um dos companheiros, como, por exemplo, na hipótese de a pessoa ser casada, mas não separada de fato ou judicialmente, obsta a constituição de união estável.***

5. Recurso conhecido parcialmente e, nessa parte, provido para, cassando o acórdão proferido pelo Tribunal a quo, afastar o reconhecimento da união estável, no caso." (REsp 684.407/RS, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 27.06.2005).

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, é indiscutível que o falecido casou-se com S.P. em 30/12/1978, permanecendo com tal estado civil até a data do seu falecimento.

Alega, entretanto, a Apelante que manteve união estável com o falecido desde novembro de 2006 até a data de sua morte.

Para a caracterização da união estável, conforme pleiteado na demanda, mister se faria a comprovação da alegada separação de fato entre o *de cujus* e S.P., o que, a meu ver, não ocorreu.

Existem inúmeras evidências do vínculo matrimonial mantido: correspondências, multas de trânsito, contas de luz, água, celular, internet em nome do finado endereçadas para a residência da esposa S. em datas contemporâneas ao falecimento; fotografias dos cônjuges em eventos familiares e outras ocasiões; carro do *de cujus* guardado na garagem da casa do casal; depoimentos testemunhais confirmando inexistência de separação de fato.

Diante de tal acervo probatório robusto, os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela Apelante se tornam duvidosos e, consequentemente, incapazes de comprovar a alegada união estável.

Vê-se, assim, que, ainda que, em verdade, existisse relação amorosa entre o *de cujus* e a Apelante, deve ser ela considerada concubinária, sendo, portanto, de rigor a manutenção da r. sentença.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1003642-27.2015.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ANA MARIA RIBEIRO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado AMICO SAÚDE LTDA.

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 25.190)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente sem voto), JOSÉ APARÍCIO COELHO PRADO NETO e COSTA NETTO.

São Paulo, 14 de março de 2019.

GALDINO TOLEDO JÚNIOR, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação proposta em face de operadora de plano de saúde,

Acesso ao Sumário

fundada em aventado erro médico - Paciente que sofreu deslocamento do rádio do cotovelo direito provocado por queda, sendo submetida a procedimento cirúrgico - Necessidade de segunda cirurgia para retirada de secreção de pus no cotovelo por infecção - Raspagem de osso que resultou em perda de movimentos da mão direita, não melhorada por sessões de fisioterapia prescritas - Aventado deslocamento do osso rádio do cotovelo que não teria ligação com os movimentos da mão, daí sustentar ocorrência de falha procedimental - Pleito de indenização por danos morais e materiais daí advindos - Responsabilidade objetiva da operadora de saúde que não pode ser reconhecida sem a caracterização da culpa de seus prepostos credenciados (art. 14, §4º, do CDC) - Conjunto probatório que não pontou essa existência - Perícias realizadas por especialistas do IMESC, testificando a adequação dos procedimentos dispensados à paciente e a ocorrência de infecção pós-operatória e o déficit da mão direita são complicações possíveis e previstas na literatura médica para este tipo de procedimento cirúrgico - Entendimento este corroborado por avaliação de perita infectologista concluindo que o quadro apresentado pela paciente configura infecção do sítio cirúrgico, que não necessariamente resulta de falha de técnica cirúrgica, ou que o ambulatório hospitalar não apresentava condições adequadas de higienização já que as medidas preventivas atuais não conseguem evitar todas as infecções relacionadas à assistência à saúde - Constatação de déficit funcional mínimo da mão direita - Circunstância, no caso específico, que não implicam imperícia, imprudência e negligência do corpo clínico credenciado da demandada - Apelo desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Ao relatório constante de fls. 264/270 acrescento que a sentença julgou improcedente ação indenizatória promovida por Ana Maria Ribeiro, lastreada em aventado erro médico por culpa de atuação irregular de médicos credenciados da operadora Amico Saúde Ltda. (razão social de Hospital da Luz). Sucumbente, foi a demandante condenada nas custas e despesas processuais, e em honorários

advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa, observada quanto a sua exigibilidade a gratuidade deferida.

Volta-se esta contra esta decisão, insistindo, resumidamente, em suas razões recursais de fls. 272/279, na culpa da envolvida pelo mal suportado, por falha procedimental em operação cirúrgica realizada pelos profissionais desta para resolução de uma lesão no cotovelo que sofreu após uma queda. Isto porque, a prova pericial comprovou que a limitação dos movimentos da mão e dedos da autora decorreram de falha na prestação de serviço médico, daí insistir na indenização perseguida, até mesmo por força da responsabilidade objetiva da empresa ré, na forma orientada pelo artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Recurso regularmente processado, com oferecimento de contrarrazões às fls. 282/290.

2. Não comporta modificação a sentença.

Dispõe o artigo 14, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor que "*a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*". Em outras palavras, a responsabilidade do médico por aventado evento danoso é dependente da demonstração de culpa e do nexo causal entre sua ação e o prejuízo reclamado.

Ademais, não se pode perder de vista, que a relação entre médico e paciente é contratual e encerra obrigação de meio, e não de resultado, comprometendo-se o profissional somente a proporcionar o melhor tratamento ao paciente e fazer uso dos meios adequados e técnicas aceitas.

Nesse sentido leciona Rui Stocco em "*Tratado de Responsabilidade Civil*", p. 556, 7ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, "*Ora, na obrigação de meio o que se exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Esse tipo de obrigação é o que aparece em todos os contratos de prestação de serviços, como o de advogados, médicos, publicitários, etc. Dessa forma, a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la*".

Consoante leciona Sergio Cavalieri Filho cabe ao Judiciário "*... o exame da conduta profissional, para verificar, à vista das provas, se houve ou não falha humana consequente de erro profissional crasso*" (Programa de Responsabilidade Civil - pg. 372 - 5ª ed.).

Na hipótese vertente, o ponto nodal da controvérsia reside em saber se houve conduta negligente, imperita ou imprudente do corpo médico credenciado da operadora de saúde demandada, fato que importaria em erro médico, pois,

Acesso ao Sumário

para essa constatação é necessário que a prova seja verossímil, não valendo para esse fim a mera conjectura.

Nesse passo, como na hipótese dos autos, a análise técnica dos procedimentos e das sequelas eventualmente resultantes das cirurgias e tratamentos a que foi submetido a autora no atendimento, é de extrema importância para a conclusão de que foi correto o proceder dos prepostos da ré, essa investigação só pode ser feita por quem disponha de habilitação específica.

Com efeito, o laudo pericial técnico produzido pelo IMESC às fls. 221/229, não atestou a ocorrência de falha médica nos atendimentos e procedimentos realizados na paciente, visando tratamento para deslocamento do rádio do cotovelo direito, decorrente a acidente com queda.

Para melhor compreensão, nele vale reprisar o histórico da lesão e os procedimentos médicos que sobrevieram: "*Refere a periciada que em 30/11/11 sofreu queda da própria altura com traumatismo no cotovelo direito. Procurou atendimento médico no Hospital requerido, onde foi realizado radiografia, medicada e imobilizada. Relata que após 15 (quinze) dias foi realizado reavaliações e constatado necessidade de tratamento cirúrgico. Foi Internada e submetida a cirurgia e recebeu alta após 2 (dois) dias (cirurgia 10/01/12). Relata que no retorno apresentava infecções e foi novamente internada e novamente submetida a cirurgia em 17/01/12 e permaneceu internada 16 (dezesseis) dias.*

Relata melhora da infecção e posteriormente realizou fisioterapia por 6 (seis) meses. Relata que apresentou após a cirurgia perda dos movimentos da mão. Atualmente não faz tratamento." (fl. 223).

Dessa análise, discutiu o experto Dr. Jorge Eduardo Robles: "*(...) Periciada com histórico de queda da própria altura, sofrendo traumatismo com fratura do cotovelo direito (documentos médicos). Relata tratamento inicial com imobilização e posterior indicação cirúrgica (fl. 108). Foi submetido a tratamento cirúrgico no Hospital requerido, posteriormente apresentou infecção da ferida operatória e necessitou nova cirurgia (fl. 106.). Relata déficit funcional da mão após a segunda cirurgia*".

E continua: "*Ao exame físico pericial atual observamos sinais de procedimento cirúrgico no cotovelo direito sem déficit funcional local. Observamos déficit funcional mínimo da mão direita. Observamos na descrição cirúrgica (fl. 139) que durante o ato operatório foi utilizado a via de acesso de Kocher pra cotovelo (cabeça do rádio) em que entra entre o musculo ancôneo e o musculo extensor ulnar do carpo, sendo que na área via de acesso encontra-se o ramo venoso intraósseo posterior do nervo radial o qual está em risco neste tipo de cirurgia quando atingida ocasiona alteração da extensão dos dedos e déficit sensitivo em arcos do dorso da mão*" .

Para então concluir: "*Desde o ponto de vista ortopédico observamos nexo causal entre a cirurgia realizada para tratamento da fratura da cabeça do rádio no cotovelo direito e a ocorrência de infecção pós-operatória e o déficit*

Acesso ao Sumário

motor da mão direita, sendo que se trata de complicações possíveis e descritas na literatura para este tipo de procedimento cirúrgico. Foi realizado avaliação pela perita infectologista Dra. Sueli Maria Galinari - CRM 69.583 que concluiu que o quadro apresentado pela autora configura uma infeção hospitalar do sítio cirúrgico que não necessariamente informa que houve falha de técnica cirúrgica ou que o ambulatório hospitalar não apresentava condições adequadas de higienização já que as medidas preventivas atuais não conseguem evitar todas as infecções relacionadas à assistência à saúde. Não observamos incapacidade laboral, nem para as atividades autônomas. Determinamos um déficit mínimo da mão direita (...)" (fl. 227 - destaquei).

Para afastar a suposta ocorrência de erro médico imperioso conferir as respostas dadas aos quesitos formulados pela demandada (fls. 183/186), com destaque para os quesitos 2 (letras h, i, k,), 3 (letras c, d, e, f, g, h, i), 4, 6, 9; da autora (fls. 187/188 - quesitos 1, 2, 3, 4, 5).

De relevância para o caso específico, destacam-se os seguintes questionamentos:

"*2) Relativo ao atendimento médico prestado no Hospital da Luz, decorrente do trauma sofrido, poderia o Perito relatar, frente aos documentos ofertados e ao procedimento pericial realizado:*

h) Dita orientação terapêutica poderia ser considerada frente ao quadro clínico apresentado?

Resposta do expert: Sim.

i) Existe relato da ocorrência de complicações e/ou intercorrências no intra e/ou pós-operatório imediato? (Em caso afirmativo, detalhar as ocorrências e os cuidados técnicos desenvolvidos)

Resposta do expert: Sim.

3) Consta que a periciada teria mantido acompanhamento ortopédico ambulatorial no pós-operatório. Baseado na documentação contida nos Autos e nas informações colhidas no procedimento pericial, poder-se-ia afirmar:

f) Qual a conduta terapêutica programada e efetivamente realizada? Quando e onde foi realizada a nova abordagem invasiva?

Resposta do expert: Internação, limpeza cirúrgica e antibioticoterapia realizado no Hospital da Luz.

g) Dita orientação terapêutica poderia ser considerada frente à evolução clínica observada?

Resposta do expert: Sim.

h) Foram realizadas novas consultas especializadas e terapias complementares? (em caso afirmativo, detalhar).

Resposta do expert: Sim.

i) Qual foi a evolução clínica da paciente?

Resposta do expert: Favorável, sem secreção.

O ilustre Perito Judicial pôde identificar junto aos Autos, documentos

Acesso ao Sumário

que indiquem algum tipo de limitação ou interferência administrativa, imposta pelo hospital Réu, na realização dos procedimentos médicos necessários para o acompanhamento e tratamento da paciente, conforme indicado por seus médicos de confiança?

Resposta do expert: Não.

6) Pode o eminente Perito Judicial afirmar que a ocorrência de sequelas motoras, associada à manipulação ortopédica, poderia se instalar independentemente da ação médica e de suporte hospitalar ter se realizado com correção, dentro do recomendável tecnicamente, devido a desdobramentos clínicos passíveis de previsão, porém, inevitáveis frente a variantes orgânicas e anatômicas inerentes aos processos biológicos?

Resposta do expert: ***Sim****.*

9) Existe a possibilidade de um paciente, mesmo submetido a todos os cuidados técnicos e medicamentosos preconizados no controle das contaminações de âmbito hospitalar, desenvolver infecção classificada conceitualmente como infecção hospitalar?

Resposta do expert: ***Sim****.*

Por sua vez, note-se que do relatório fornecido pela Dra. Suely Maria Galinari, médica infectologista do IMESC (fls. 230/237), não é possível vislumbrar também, a ocorrência de erro médico no tratamento dispensado à paciente, que veio a desenvolver processo infeccioso no pós-cirúrgico.

Nesse sentido, colhe-se da discussão e conclusão as seguintes ponderações da *expert*: "*Diante do exposto, pode-se concluir, sob a óptica médico-legal, que o quadro apresentando pela autora configura uma infecção Relacionada à Assistência a Saúde (Infecção Hospitalar). Quando houver evidência clínica ou laboratorial de infecção no momento da internação do Hospital, convenciona-se infecção hospitalar toda manifestação clínica de infecção que se apresentar após 72 horas de admissão no hospital e no caso de próteses até um ano de sua colocação.*

A infecção do sítio cirúrgico é única em sua patogênese, pois o ato cirúrgico, além de romper a barreira epitelial desencadeia uma série de reações sistêmicas que facilitam a ocorrência de um processo infeccioso, seja originado do campo operatório, de outro procedimento invasivo ou de um foco à distância. As principais fontes de transmissão de infecção no paciente no centro cirúrgico são: o paciente, os funcionários do centro cirúrgico, o ambiente e os materiais e equipamentos. Conforme literatura médica, referente às infecções de sítio cirúrgico (ISC) relacionadas aos procedimentos ortopédicos: 'As infecções mais frequentes foram às de sítio cirúrgico profundo (46%) e osteomielite (33%), perfazendo 79% do total das infecções. As infecções incisionais superficiais contribuíram para 21% das infecções. Estudos descrevem que a infecção incisional superficial é a mais comum das infecções de sítio cirúrgico'. A ocorrência de infecção do sítio cirúrgico não informa necessariamente que houve falha técnica cirúrgica ou que o ambiente hospitalar não apresentava

Acesso ao Sumário

condições adequadas de higienização. ***As medidas preventivas atuais não conseguem evitar todas as infecções relacionadas à assistência à saúde***" (grifo da especialista - fl. 236).

Logo, ante a ausência de uma prova concreta e irrefutável que pudesse responsabilizar a demandada por eventual conduta incompatível com a prática da boa medicina de seus médicos credenciados, temerário pretender condená-la diante de elementos altamente controvertidos.

Não foi por outra razão que assim decidiu a magistrado *a quo*: "*(...) analisando as provas produzidas nos autos, verifico que o tratamento prestado pelo réu à autora está em concordância a prática médica (...)*".

Mais: "*O trabalho pericial cuidou de avaliar a correta aplicação dos procedimentos médicos no tratamento dispensado à autora e, sobre o resultado obtido, fez esclarecimentos objetivos e conclusivos. Houve, portanto, a apresentação de um trabalho crítico, com resposta a todos os quesitos formulados pelas partes. Com efeito, a impugnação ao laudo do perito deve balizar-se em elementos concretos a contrariá-los, sendo desprovidas de validade alegações genéricas que retratam inconformismo baseado em mera suspeita de incorreção, uma vez que, sendo o perito auxiliar e terceiro desinteressado na lide, suas manifestações merecem fé, até prova em contrário*".

E pondera: "*Ainda, não cuidou a parte autora de indicar assistente técnico para acompanhamento da realização da perícia e assim poder sustentar de forma técnica sua impugnação ao laudo apresentado pelo perito. Destarte, não tendo sido apontado, de forma clara e precisa, em que consistem as supostas incorreções, devem ser acolhidos os argumentos elaborados pelo perito judicial, pois, em virtude da função em que está investido, merece a presunção juris tantum de exatidão, mormente quando efetuados com observância da res judicata. Intimadas as partes para manifestar interessa na produção de prova oral, a autora informou não ter interesse na produção desta prova*".

Assim concluindo: "*Analisando todas as provas produzidas nos autos, não houve a devida comprovação da existência de falha na prestação dos serviços médico-hospitalares por parte do nosocômio réu. Diante desta conclusão, é possível constatar a inexistência de ilicitude e de dano. Ausente um dos elementos estruturantes da responsabilidade civil, prejudicado dever de indenizar do réu, bem como a análise dos demais elementos*" (fls. 267/269).

Nesse cenário, não resta outra conclusão senão considerar que os procedimentos adotados pelos profissionais credenciados da operadora ré foram condizentes com a boa prática médica, tanto que não existe prova negativa de atendimento, pelo contrário, sempre que acionada, recebeu a paciente todo o suporte e tratamento que o caso requeria, sendo que a piora de seu quadro clínico (infecção e déficit funcional mínimo da mão direita), além de previsível na literatura médica, não teve como mote desencadeador eventual conduta

Acesso ao Sumário

descurada do corpo médico que a atendeu.

Logo, pelos fundamentos acima, era mesmo de rigor a decretação da improcedência do pleito reparatório, posto que ausentes os pressupostos legais para o seu acolhimento.

Para os fins do artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil, arbitro honorários advocatícios em favor do patrono da apelada em mais 5% do valor da causa, observada quanto a sua exigibilidade a gratuidade antes deferida (fl. 37).

3. Ante o exposto, meu voto nega provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001440-67.2016.8.26.0288, da Comarca de Ituverava, em que é apelante L.A.C., é apelada S.M.P.C.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2018/29312)**

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

São Paulo, 25 de março de 2019.

MIGUEL BRANDI, Relator

Ementa: RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - Retirada do patronímico do autor do nome de sua ex-esposa - Sentença que julgou a ação improcedente - Insurgência do autor - Alegação que a constituição de nova família e a geração de novo filho, por ele, teria colocado esse novo núcleo familiar em situação vexatória - Descabimento - Ausência de prova da transitoriedade na manutenção de utilização do sobrenome do autor pela requerida, não tendo o autor se oposto, quando do divórcio, à manutenção do sobrenome pela requerida - Patronímico que, sendo utilizado por ela há mais de 30 anos, incorporou-se ao seu, constituindo-se elemento de sua personalidade - Ratificação dos fundamentos da sentença - RECURSO

Acesso ao Sumário

DESPROVIDO.

VOTO

Apelação interposta contra a sentença de fls. 109/112, que julgou improcedente ação de retificação de registro civil ajuizada pelo apelante em face da apelada, condenando o primeiro ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados em R$ 954,00, nos termos do art. 85, §8º, do Código de Processo Civil.

Inconformado, apela o autor (fls. 114/129), alegando, em síntese, que "em razão de novo relacionamento, o Autor e a atual cônjuge sofrem situação desconfortante e vexatória, haja vista a vinculação do sobrenome do autor que ainda consta no nome da requerida". Defende que o art. 25, parágrafo único da Lei n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio), dispõe que "a sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio", sendo exceção a sua manutenção. Defende que, "com a homologação do divórcio houve efetiva dissolução do vínculo matrimonial, o que justifica inclusive, que o patronímico do marido seja excluído do nome da esposa". Invoca precedente que esposaria de seu entendimento. Pugna pelo provimento do recurso, com a procedência da ação.

Contrarrazões apresentadas às fls. 133/136.

Breve relato.

Este recurso chegou ao Tribunal em 29.11.2018, sendo a mim distribuído livremente em 12.12.2018, com conclusão na mesma data (fls. 141).

Pelo parecer de fls. 148/151, o Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso.

Breve relato.

O recurso não merece provimento.

A sentença merece ser mantida pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, que ficam perfilhados como razão de decidir pelo desprovimento do recurso, nos termos do art. 252 do Regimento Interno desta Corte, que preconiza que "*nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la*".

Referido dispositivo tem larga e irrestrita adoção por este Egrégio Tribunal de Justiça, em observância ao postulado constitucional da razoável duração dos processos, evitando repetições inúteis e procrastinatórias.

A medida possui aceitação pacífica pelo Superior Tribunal de Justiça, que assenta a "*viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida*

Acesso ao Sumário

encerre omissão ou ausência de fundamentação no decisum[1]". Ademais, como se depreende do próprio relatório da sentença, as razões recursais basicamente repetem todos os argumentos lançados na inicial e rebatidos pelo Juízo.

Assim decidiu a sentença:

L.A.C. propõe ação de retificação de registro civil em face de S.M.P.C.

Pretende excluir o sobrenome "C." adotado na ocasião do casamento, voltando a requerida a usar o nome de solteira, qual seja, "S.M.P.". Afirma que as partes contraíram casamento em 02 de março de 1985 e, em 16 de fevereiro de 2006, homologada a Separação Consensual, com trânsito em julgado em 06 de abril de 2006, averbado em 23 de maio de 2006.

Segundo o autor, posteriormente à averbação, as partes acordaram com o temporário acréscimo do sobrenome "C." para sanar pendências em favor da requerida permanecendo com seu apelido de família. Tal pedido foi homologado e houve nova averbação nesse sentido (vide certidão de casamento de fls. 20).

Aduz que, em 07 de maio de 2011, casou-se novamente e, da união, sobreveio um filho.

Em razão do novo relacionamento, afirma que o autor que ele e a atual cônjuge sofrem situação desconfortante e vexatória, razão pela qual requer a procedência da ação. Juntou documentos (fls. 17-21).

A audiência de conciliação restou infrutífera (fls. 70 e 71).

A requerida foi citada (fls. 81) e apresentou contestação (fls. 72-80). Em sede de preliminar, arguiu falta de interesse de agir sob alegação de que compete às partes a manutenção ou nome do patronímico do ex-cônjuge em seu nome. No mérito, reitera as alegações anteriores e afirma que manteve matrimônio com o requerente por mais de 19 anos, decorre disso o fato de ser conhecida na cidade e em todos os meios sociais e comerciais com o nome de casada. Pugnou pela improcedência da ação.

Houve réplica (fls. 89-94).

Instadas as partes acerca da produção probatória, o autor requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 97), enquanto a requerida não se manifestou (certidão de fls. 99).

Determinada a juntada de documento por esse Juízo, sob ônus do autor (fls. 100), este trouxe aos autos àquele de fls. 107-108.

É a síntese do necessário. Fundamento e decido.

Trata-se de ação de retificação de registro civil, em que o autor pretende que a exclusão do sobrenome marital adotado pela requerida, qual

Acesso ao Sumário

1 REsp n.º 662.272/RS, 2ª T., Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 04.09.2007; REsp n.º 491.963/ES, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, j. 21.11.2005, entre vários outros.

seja, "C.", voltando a usar o nome de solteira. Afirma que o acordo para manutenção do patronímico ajustado pelas partes se deu de forma temporária e que, após contrair novo matrimônio, em 2011, tal situação traz para si e sua esposa uma situação vexatória.

Em que pese a alegação do autor no sentido de que a manutenção lhe traz complicações, com embasamento na alegada na confusão entre a sua atual esposa e a requerida, o pedido não merece prosperar.

Instado o autor a comprovar a alegada temporariedade na manutenção do patronímico, trouxe aos autos o documento de fls. 107-108, o qual, embora comprove a alegação de ser necessário à requerida sanar pendências, não tem o condão de provar a temporariedade em sua manutenção.

É certo que a legislação vigente, para conferir segurança e estabilidade às relações sociais, impera a regra geral da imutabilidade e definitividade do nome civil que é regido pelos princípios da imutabilidade e indisponibilidade.

O artigo 57, da Lei de Registros Públicos, permite a alteração do nome, excepcional e motivadamente, mediante apreciação judicial. In casu, o autor pretende retificar o seu registro de casamento para que a requerida volte a usar o nome de solteira, em virtude de situação vexatória decorrente do patronímico por dele, o qual também foi acrescido ao nome de sua atual esposa.

Primeiramente, saliento que incumbe à mulher optar em permanecer ou não com o nome de casada. Não havendo oposição quando do divórcio, que no caso dos autos não ocorreu, já que foi possível à divorcianda a manutenção do patronímico.

O patronímico adotado pela requerida quando do casamento, ocorrido em março de 1985, ou seja, há mais de 33 anos, denota-se que já se encontra mais que incorporado ao seu, não mais se podendo distingui-lo de sua identificação. Portanto, reputo que se constitui em verdadeiro atributo de personalidade.

A condição eleita na inicial para justificar a pretensa modificação do nome adotado pela então cônjuge, não se mostra condizente com a justificativa exigida pelo artigo 57 da Lei de Registros Públicos, que permite a modificação por um dos cônjuges em situações justificadas, não caracterizando uma hipótese excepcional que legitime a modificação do registro.

Por corolário dos princípios da imutabilidade e indisponibilidade que regem o nome civil, a regra geral é a permanência da adoção do patronímico adotado na ocasião do casamento, enquanto o vínculo

Acesso ao Sumário

matrimonial existir, ou até que sobrevenha uma causa jurídica, ou seja, um motivo forte e efetivamente justificado para legitimar a mudança do nome realizada no momento do casamento.

Acrescente-se o direito de personalidade incorporado à autora, que utiliza socialmente o patronímico há mais de 33 anos. Vale ressaltar, ainda, que do princípio da continuidade do registro público se destaca o interesse público na preservação do patronímico de família cuja opção de inclusão fora exercida no momento do casamento, sobrelevando a importância na manutenção da identidade do núcleo familiar e, desfazendo-se o vínculo matrimonial, acordaram as partes livremente por sua manutenção.

Destarte, ausente sobreveniente motivo que justifique a mudança de nome da requerida, o pedido deve ser indeferido.

Isso posto e tudo mais que dos autos consta, julgo IMPROCEDENTE o pedido, julgando o processo extinto, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Manifesta a percuciência com que o Magistrado de Primeiro Grau proferiu a decisão objurgada, analisando detida e minuciosamente as questões que ora são deduzidas em grau recursal, em nada infirmadas aquelas pelas razões recursais, de forma que qualquer nova consideração por esta Corte resultaria em desnecessária redundância.

Com efeito, as alegações recursais impugnam genericamente os fundamentos da sentença, não apresentando argumento de ordem fática ou jurídica que pudessem infirmá-los.

Destarte, longe de ser comodismo a adoção/ratificação dos fundamentos da sentença em Segundo Grau - bem ao contrário; o artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal, mantido após atualização desta norma à luz do Código de Processo Civil de 2015, permite a simples prática, aceita, inclusive, pelos Tribunais Superiores.

Reproduzir os fundamentos que estou adotando reforça minha compreensão e a explicita, sendo técnica perfeitamente consonante e escorreita da atividade jurisdicional.

Por todo o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso, majorando os honorários advocatícios fixados em R$ 1.908,00 (R$ 954,00 em Primeira Instância e R$ 954,00 nesta), nos termos do art. 85, §11, do Código de Processo Civil.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000946-19.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRADESCO SAÚDE S/A, são apelados GEORGINA PINHEIRO DOS SANTOS (POR CURADOR) e EMERSON PINHEIRO FREITAS DOS SANTOS (CURADOR(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 24.979)**

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

São Paulo, 26 de março de 2019.

RÔMOLO RUSSO, Relator

Ementa: Plano de saúde coletivo empresarial. Preliminar. Ilegitimidade passiva ad causam. Desacolhimento. Operadora de saúde que se mostra como a única que reúne condições de titularizar a obrigação e de atender ao comando legal (art. 31 da Lei nº 9.656/98). Empresa estipulante que não mantém mais nenhum vínculo com os segurados. Precedentes. Relação contratual autônoma. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam afastada.

Obrigação de fazer. Morte do titular. Pleito de manutenção no contrato. Sentença de parcial procedência. Insurgência da operadora de saúde. Tese de impossibilidade de continuidade do contrato face a ausência de cláusula de remissão. Irrelevância. Benefício garantido por força do art. 31 da Lei n. 9.656/98 e do art. 8º da Resolução Normativa nº 279/2011 da ANS. Falecimento que não impõe a cessação do contrato em desfavor dos dependentes. A extinção do vínculo do titular do plano não extingue o contrato. Rescisão da avença após morte do titular que se afigura abusiva (art. 51, IV, CDC). Princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva. Incidência imperativa. Precedentes.

Acesso ao Sumário

Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

Da r. sentença (fls. 309/313) que julga procedente a ação para condenar a requerida a manter a autora como beneficiária do plano de saúde, nas mesmas condições que mantinha o titular anteriormente, assumindo o pagamento integral das mensalidades; apela a operadora de saúde pleiteando a reforma do julgado.

Em suas razões recursais (fls. 319/37), a operadora de saúde articula, preliminarmente, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, porquanto apenas administra os benefícios proporcionados pela empresa contratante aos seus funcionários.

No mérito, assevera, em síntese, que a esposa do titular falecido apenas poderia permanecer vinculada à apólice pelo período de 1 ano, à luz da cláusula de remissão prevista no contrato.

Sustenta que a apelada não tem direito permanecer vinculada à apólice coletiva após tal prazo. Pontua que a rescisão da apólice se dá automaticamente após a morte do titular.

Ressai que inexiste qualquer abusividade na conduta da requerida, dado que segue exatamente a previsão contratual e as prerrogativas do CDC. Pede o provimento do recurso.

Recurso devidamente processado, preparado (fls. 338/339) e respondido (fls. 342/361).

O parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça é pelo desprovimento do recurso (fls. 372/376).

É o relatório.

Da ilegitimidade passiva *ad causam* da operadora de saúde

Não vinga a tese recursal.

Com efeito, na hipótese dos autos, resta claro que o pleito de prorrogação do contrato é dirigido à operadora de saúde na qualidade de seguradora responsável pelo convênio médico, não obstante figurar a empregadora como estipulante do contrato.

A empresa estipulante não mais faz parte da relação jurídica contratual controvertida.

Sobre o tema, ilumina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *verbis*:

"*Legitimidade ad causam é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-*

Acesso ao Sumário

la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa. (Instituições de Direito Processual Civil, v. II 6ª ed. São Paulo, Malheiros: 2009 p. 313).

Ou seja, por força do avençado, a operadora de saúde tornou-se responsável pelo atendimento aos empregados da aludida sociedade empresária, sobressaindo, portanto, a legitimidade da operadora para figurar no polo passivo e cumprir a obrigação determinada na r. sentença.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes deste E. Tribunal de Justiça:

''Agravo de Instrumento. Plano de saúde. Ilegitimidade passiva da agravante ex-empregadora reconhecida. O direito do aposentado segurado previsto no artigo 31 da Lei nº 9.656/98 deve ser exigido do plano de saúde e não da ex-empregadora. Recurso provido para tanto." (Relator(a): Maia da Cunha; Comarca: Campinas; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 05/08/2016; Data de registro: 05/08/2016)

"PLANO DE SAÚDE. Contrato coletivo. Ilegitimidade passiva da ex-empregadora. Nova relação jurídica estabelecida diretamente entre o segurado aposentado e a operadora do plano de saúde. Ausência de intermediação da empresa empregadora após o desligamento do funcionário. Extinção do processo sem resolução do mérito em relação a ela. Mérito. Pretensão do autor de se manter no plano de saúde nas mesmas condições vigentes durante seu contrato de trabalho. Admissibilidade. Aplicabilidade do artigo 31 da lei nº 9656/98. Manutenção condicionada à assunção do pagamento integral da mensalidade. Normas regulamentares que não têm o condão de afastar o benefício concedido por lei. Valor do prêmio a ser apurado em liquidação de sentença. Sentença mantida. RECURSO DA SABESP PROVIDO E DESPROVIDO O DA SABESPREV." (Relator(a): Paulo Alcides; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/07/2016; Data de registro: 28/07/2016)

"Apelações Cíveis. Plano de saúde - Manutenção de ex-funcionário aposentado em contrato coletivo empresarial - Apelo da corré Ford - Reconhecimento, de ofício, da ilegitimidade passiva da antiga empregadora - Extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação a esta corré - Recurso prejudicado - Apelo do autor - Corré remanescente - Controvérsia que se cinge ao valor das prestações mensais e à ocorrência de danos morais - Desligamento do autor da antiga empregadora (Ford) em 02.10.2012 - Novo contrato de plano de saúde celebrado em 01.05.2011, aplicado indistintamente aos funcionários ativos e inativos, que atinge aqueles que se viram submetidos às suas regras ainda em atividade - Impossibilidade de aplicação das condições

Acesso ao Sumário

de preço vigentes no contrato anterior - Incabível a revisão dos valores da mensalidade do novo plano, por não se vislumbrar, na hipótese, qualquer abusividade na sua fixação - Danos morais não configurados - Recurso desprovido. De ofício, declara-se extinto o processo, sem resolução do mérito, em relação à corré Ford, prejudicado o recurso por ela interposto, e, em relação à corré remanescente, nega-se provimento ao recurso interposto pelo autor." (Relator(a): Christine Santini; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 05/07/2016; Data de registro: 06/07/2016)

É evidente, portanto, a existência de relação jurídica direta entre a apelada e a operadora de saúde que constitui direito subjetivo autônomo.

Rejeita-se, portanto, a preliminar de mérito.

Do direito da segurada à manutenção no plano de assistência médica

O ponto nodal da causa reside na possibilidade de a beneficiária-dependente de contrato de plano de saúde, após o falecimento do titular do convênio, ser mantida no contrato de seguro-saúde, mediante o pagamento da contraprestação correspondente.

No caso vertente, depreende-se dos autos que a autora era cônjuge do Sr. Raphael Brasil Spacachrechi (fls. 33), titular do plano de saúde coletivo empresarial administrado pela ré e que usufruía da cobertura securitária como dependente, estando devidamente inscrita no convênio médico (fls. 38).

Após a morte do titular, em Fev/2016, a recorrida foi informada que o plano teria vigência apenas até 31/01/2018, quando seria cancelado em função da morte do titular.

A recorrente bate-se na tese de que a apelada não faz jus à continuidade do plano médico após o prazo de 1 ano previsto contratualmente.

Pois bem.

Não obstante se insurja em face da manutenção do contrato, razão não assiste à operadora de saúde.

É cediço que, por suceder no direito pertencente ao ex-titular do plano médico, cabe somente à autora a faculdade de escolha entre manter ou não o contrato original, pagando, em contrapartida, as mensalidades cobradas pela seguradora.

Importa marcar que, com o falecimento do titular, prossegue o vínculo negocial independente entre os litigantes.

Com efeito, o óbito do titular beneficiário inativo de plano de saúde coletivo empresarial não resulta em imediato cancelamento do plano, porquanto o art. 8º da Resolução Normativa ANS nº 279, de 24 de novembro de 2011, assegura a manutenção dos dependentes no plano de saúde coletivo, *verbis*:

"*Art. 8º Em caso de morte do titular é assegurado o direito de manutenção*

aos seus dependentes cobertos pelo plano privado de assistência à saúde, nos termos do disposto nos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998."

No mesmo sentido, versa o § 3º art. 30 da Lei nº 9.656/98, *verbis*:

"*Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1ºdo art. 1o desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral.*

§ 3º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo."

E ainda, a exegese do art. 5º da Resolução Normativa ANS nº 195, de 14 de julho de 2009, *verbis*:

"*Art. 5º Plano privado de assistência à* ***saúde coletivo empresarial*** *é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária.*

§1º O vínculo à pessoa jurídica contratante poderá abranger ainda, desde que previsto contratualmente: VII - o grupo familiar até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, ***cônjuge ou companheiro dos empregados e servidores públicos****, bem como dos demais vínculos dos incisos anteriores.*"

Além disso, as hipóteses em que são permitidas a resilição unilateral do contrato ou sua suspensão estão previstas no artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.656/98, nas quais não está prevista a situação de morte do titular.

A propósito, colhem-se precedentes registrados no âmbito desta C. Corte de Justiça:

"PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. (...) II. Falecimento do titular do plano. Beneficiária dependente que visa à conservação da avença. Preservação. Falecimento do titular que não encerra, de per si, a relação obrigacional, podendo a beneficiária, por sucessão, optar pela manutenção do pactuado, com as mesmas condições e cláusulas vigentes, por prazo indeterminado. Previsão da Súmula 13 da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Precedentes. III. Impossibilidade de rescisão unilateral do plano após o chamado prazo de remissão. Incidência do artigo 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/98, que limita as hipóteses de suspensão e extinção da avença. Manutenção do plano usufruído pela autora, readequada a mensalidade ao devido por um segurado somente, com emissão correta de boletos à consumidora. (...) SENTENÇA

Acesso ao Sumário

REFORMADA EM PARTE. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS." (Apelação nº 1081489-82.2013.8.26.0100, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. DONEGÁ MORANDINI, j. 08/07/2016).

"Apelação Cível - Plano de Saúde Coletivo - Falecimento do segurado - Dependente em período de remissão - Pretensão de reconhecimento da possibilidade de continuidade do plano de saúde após o término do prazo de remissão - Sentença de improcedência - Inconformismo da autora - Acolhimento - Hipóteses em que são permitidas a rescisão unilateral do contrato ou sua suspensão estão previstas no inciso II, parágrafo único, do art. 13 da Lei nº 9.656/98, nas quais não está prevista a situação de morte do titular ou o término do período de remissão - Autora idosa, com 84 anos de idade, que corre o risco de se ver sem a cobertura de plano de saúde que foi mantido durante anos, enquanto vivo seu marido, sendo improvável que consiga contratar novamente no mercado, a menos que se submeta a cobrança dos valores elevados exigidos em razão da sua idade - Reconhecimento da possibilidade de manutenção da autora no plano de saúde contratado após o fim do período, nas mesmas condições existentes por ocasião do falecimento de seu marido, inclusive o valor do prêmio, sem prejuízo dos reajustes autorizados pela ANS - Precedentes desta Câmara - Sentença reformada - Recurso provido." (Apelação nº 0169508-18.2012.8.26.0100, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. VIVIANI NICOLAU, j. 24/09/2013).

"SEGURO SAÚDE - Remissão - Legitimidade passiva da administradora de benefício - Morte da titular do plano de saúde - Benefício de remissão que não afasta o direito de manutenção do contrato nas mesmas condições ao dependente - Inteligência do art. 51, IV, CDC e dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção da segurança jurídica - Recurso desprovido." (Apelação nº 1044483-70.2015.8.26.0100, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR, j. 05/07/2016).

"Seguro saúde. Falecimento do titular, com cláusula de remissão em favor da beneficiária. Período respectivo de três anos gozado pela autora. Denúncia unilateral do contrato pela seguradora. Imposição de nova. Abusividade. Manutenção do contrato, com a autora como beneficiária, que é de rigor. Sentença reformada. Recurso provido." (Apelação nº 1009531-75.2014.8.26.0011, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. CLAUDIO GODOY, j. 10/03/2015).

"AÇÃO DECLARATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM DEVOLUÇÃO DE QUANTIA PAGA COM PEDIDO LIMINAR. Restabelecimento do plano de saúde. Morte do titular de plano de saúde. Remissão. Esposa que pretende a manutenção do plano nas mesmas condições anteriores à morte do titular. Negativa da ré. Inadmissibilidade. Preliminar de ilegitimidade passiva que não se pode aceitar. Sentença de procedência que bem resolveu a questão e que, portanto, fica mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal

Acesso ao Sumário

de Justiça. Preliminar rejeitada. Recurso não provido." (Apelação nº 1013650-79.2014.8.26.0011, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. FÁBIO QUADROS, j. 26/11/2015).

"OBRIGAÇÃO DE FAZER - Plano de saúde - Morte do titular - Manutenção da dependente no contrato após o período de remissão Procedência do pedido - Inconformismo - Desacolhimento - Aplicação do Código de Defesa do Consumidor - Ré que deve manter o seguro saúde nas mesmas condições contratadas pelo de cujus Precedentes deste Egrégio Tribunal - Sentença mantida - Recurso desprovido." (Apelação nº 4003122-66.2013.8.26.0011, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. L. MÔNACO DA SILVA, j. 27/08/2014).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Plano de saúde. Período de Remissão. Beneficiária dependente. Morte do titular. Tutela antecipada indeferida. Insurgência. Manutenção do contrato após o término do período de remissão. Boa-fé objetiva. Consumidora idosa vinculada ao plano de saúde há anos. Exegese do artigo 30, § 3º da Lei 9656/98 e Súmula 13 da ANS. Recurso a que se dá provimento." (AI nº 2034392-73.2016.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES, j. 09/05/2016).

Na linha dos precedentes colacionados, preserva-se a solução jurídica proferida na r. sentença monocrática, a fim de que a consumidora seja mantida no plano de saúde, usufruído até então como dependente.

Marque-se, ademais, que é abusiva e, consequentemente, nula (art. 51, IV, CDC), a negativa de manutenção do contrato nas mesmas condições nas quais figurava como dependente, exigindo-se celebração de novo contrato, submetendo-a nova carência e valores.

Aplicam-se, outrossim, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção da segurança jurídica, sobretudo porque a autora é idosa e sofre de doença grave (Alzheimer), sendo assegurada a manutenção das mesmas condições contratuais, em relação à beneficiária, que passa a assumir o pagamento das mensalidades.

Justa a r. sentença.

Objetivamente inviável, por conseguinte, qualquer alteração no r. julgado de primeiro grau.

Por esses fundamentos, meu voto nega provimento ao apelo.

Nos moldes do art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários sucumbenciais devido pela ré para 15% sobre o valor da causa, com correção a partir da publicação deste.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1037790-08.2017.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNIMED DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEDERAÇÃO ESTADUAL DAS COOPERATIVAS MÉDICAS, é apelada NEUSA SIMÕES NAIA.

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 16946)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DONEGÁ MORANDINI (Presidente sem voto), JOÃO PAZINE NETO e ALEXANDRE MARCONDES.

São Paulo, 28 de março de 2019.

CARLOS ALBERTO DE SALLES, Relator

Ementa: PLANO DE SAÚDE. REAJUSTES POR VCMH E SINISTRALIDADE. ABUSIVIDADE. PRESCRIÇÃO PARCIAL. Sentença de procedência, reconhecendo a abusividade dos reajustes aplicados, por faixa etária e por sinistralidade, fixando o valor da mensalidade em R$ 1.306,72 (mil, trezentos e seis reais e setenta e dois centavos), e condenando a ré a devolver as diferenças no valor de R$ 4.739,91 (quatro mil, setecentos, trinta e nove reais e noventa e um centavos), com correção monetária pela tabela prática do TJ-SP e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do pagamento de cada parcela, além de multas pelo descumprimento, a serem apuradas em liquidação de sentença.

1. Prescrição. Restituição de valores pagos a mais por reajustes abusivos. Prazo prescricional trienal (art. 206, §3º, IV, CC). Tese firmada em julgamento de recursos repetitivos pelo STJ (tema 610). Prescrição que apenas atingiria a pretensão de ressarcimento, não de declaração de abusividade do reajuste. Prescrição apenas em relação à devolução dos pagamentos feitos antes de 13 de dezembro de 2014, três anos antes do ajuizamento da demanda. Inocorrência de prescrição da pretensão de declaração de abusividade

Acesso ao Sumário

do reajuste, para recálculo da mensalidade presente.

2. Reajustes por sinistralidade e por Variação de Custos Médicos e Hospitalares (VCMH). Abusividade na aplicação. Ônus da ré de provar e justificar os aumentos perante os beneficiários, do qual não se desincumbiu. Não havendo justificativa dos reajustes anuais por sinistralidade e por VCHM nos percentuais indicados pela ré, a solução correta é afastá-los no período em questão, limitando-se os ajustes no prazo questionado aos percentuais permitidos pela ANS nos anos de referência. Cabimento da restituição das diferenças pagas com o limite temporal da prescrição.

Sentença parcialmente reformada, tão somente para se reconhecer, de ofício, a prescrição da pretensão de devolução das diferenças do reajuste abusivo em relação aos pagamentos realizados antes de 13 de dezembro de 2014. Sucumbência mínima da autora (art. 86, § único, CPC). Sucumbência recursal da ré (art. 85, §11, CPC). Recurso desprovido, com observação quanto à declaração de ofício da prescrição parcial.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra sentença de ps. 206/209, que julgou procedente pedido declaratório de abusividade de reajuste de plano de saúde, formulado por Neusa Simões Naia em face de Unimed do Estado de São Paulo - Federação Estadual das Cooperativas Médicas, reconhecendo a abusividade dos reajustes aplicados, por faixa etária e por sinistralidade, fixando o valor da mensalidade em R$ 1.306,72 (mil, trezentos e seis reais e setenta e dois centavos), e condenando a ré a devolver as diferenças no valor de R$ 4.739,91 (quatro mil, setecentos, trinta e nove reais e noventa e um centavos), com correção monetária pela tabela prática do TJ-SP e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do pagamento de cada parcela, além de multas pelo descumprimento, a serem apuradas em liquidação de sentença.

Inconformada, apela a ré (ps. 211/250), alegando, em síntese, que o contrato seria coletivo por adesão, sendo a apelada mera beneficiária do contrato, e não estipulante contratante, que é pessoa jurídica que representa a apelada. Afirma que, ao aderir ao convênio, a apelada teria aceitado os termos contratuais, não podendo agora impugnar as cláusulas, para modificá-las. Sustenta que o reajuste seria previsto em contrato, com as informações

Acesso ao Sumário

prestadas à apelada, e sua aplicação seria necessária para a manutenção do plano de saúde. Além disso, o reajuste teria sido aplicado para todo um conjunto de beneficiários, não podendo ser afastado individualmente, para beneficiar apenas a apelada. Aduz que o reajuste seria calculado pela variação do IGP-M em doze anos, além de índice de sinistralidade, conforme cláusula contratual, se a sinistralidade ultrapassar 75% (setenta e cinco por cento). Prequestiona o artigo 35-E, §2º, da Lei nº 9.656/1998, os artigos 421 e 422 do Código Civil, e o enunciado nº 22 do Conselho Nacional de Justiça. Impugna a aplicação dos reajustes anuais aprovados pela ANS, que apenas se aplicariam aos planos individuais ou familiares, nos termos da Resolução Normativa nº 171 da ANS. Alega que possuiria natureza de cooperativa, com base na Lei nº 5.764/1971, sem fins lucrativos, de maneira que não se cogitaria de qualquer violação ao artigo 54, §4º, do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, requer que não seja condenada a qualquer devolução de diferenças, por se tratar de ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF).

Recurso regularmente processado.

Contrarrazões a ps. 265/267.

Sem oposição ao julgamento virtual.

Os autos encontram-se em termos de julgamento.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento, mas se reconhece de ofício a parcial prescrição da pretensão da autora apelada.

Prescrição - configuração em parte

Primeiramente, deve-se reconhecer a parcial ocorrência de prescrição da pretensão da autora.

Segundo o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça em recurso repetitivo nº REsp 1.360.969/RS (tema 610), 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, CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

Nesse ponto, vale destacar que o pedido de devolução de valores fundada na abusividade de cláusulas contratuais também prescreve em três anos:

1. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CIVIL. ***CONTRATO DE PLANO OU SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE****. PRETENSÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA DE REAJUSTE. ALEGADO* ***CARÁTER ABUSIVO. CUMULAÇÃO COM PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE****. EFEITO FINANCEIRO DO PROVIMENTO JUDICIAL. AÇÃO AJUIZADA*

Acesso ao Sumário

AINDA NA VIGÊNCIA DO CONTRATO. NATUREZA CONTINUATIVA DA RELAÇÃO JURÍDICA. DECADÊNCIA. ***AFASTAMENTO. PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL. ART. 206, § 3º, IV, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRETENSÃO FUNDADA NO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA****. 2. CASO CONCRETO: ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO CONVERGE COM A TESE FIRMADA NO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO ÂNUA PREVISTA NO ART. 206, § 1º, II DO CC/2002. AFASTAMENTO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1.* ***Em se tratando de ação em que o autor, ainda durante a vigência do contrato, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com a consequente restituição dos valores pagos indevidamente, torna-se despicienda a discussão acerca de ser caso de nulidade absoluta do negócio jurídico - com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão - ou de nulidade relativa - com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato (CC/2002, art. 179)****. Isso porque a* ***pretensão última*** *desse tipo de demanda, partindo-se da premissa de ser a cláusula contratual abusiva ou ilegal,* ***é de natureza condenatória, fundada no ressarcimento de pagamento indevido, sendo, pois, alcançável pela prescrição.*** *Então,* ***estando o contrato ainda em curso, esta pretensão condenatória, prescritível, é que deve nortear a análise do prazo aplicável para a perseguição dos efeitos financeiros decorrentes da invalidade do contrato****. 2. Nas relações jurídicas de trato sucessivo, quando não estiver sendo negado o próprio fundo de direito,* ***pode o contratante, durante a vigência do contrato, a qualquer tempo, requerer a revisão de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade absoluta ou relativa. Porém, sua pretensão condenatória de repetição do indébito terá que se sujeitar à prescrição das parcelas vencidas no período anterior à data da propositura da ação, conforme o prazo prescricional aplicável****. 3. Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002. 4. É da invalidade, no todo ou em parte, do negócio jurídico, que nasce para o contratante lesado o direito de obter a restituição dos valores pagos a maior, porquanto o reconhecimento do*

Acesso ao Sumário

caráter ilegal ou abusivo do contrato tem como consequência lógica a perda da causa que legitimava o pagamento efetuado. A partir daí fica caracterizado o enriquecimento sem causa, derivado de pagamento indevido a gerar o direito à repetição do indébito (arts. 182, 876 e 884 do Código Civil de 2002). 5. A doutrina moderna aponta pelo menos três teorias para explicar o enriquecimento sem causa: a) a teoria unitária da deslocação patrimonial; b) a teoria da ilicitude; e c) a teoria da divisão do instituto. Nesta última, basicamente, reconhecidas as origens distintas das anteriores, a estruturação do instituto é apresentada de maneira mais bem elaborada, abarcando o termo causa de forma ampla, subdividido, porém, em categorias mais comuns (não exaustivas), a partir dos variados significados que o vocábulo poderia fornecer, tais como o enriquecimento por prestação, por intervenção, resultante de despesas efetuadas por outrem, por desconsideração de patrimônio ou por outras causas. 6. No Brasil, antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, em que há expressa previsão do instituto (arts. 884 a 886), doutrina e jurisprudência já admitiam o enriquecimento sem causa como fonte de obrigação, diante da vedação do locupletamento ilícito. 7. O art. 884 do Código Civil de 2002 adota a doutrina da divisão do instituto, admitindo, com isso, interpretação mais ampla a albergar o termo causa tanto no sentido de atribuição patrimonial (simples deslocamento patrimonial), como no sentido negocial (de origem contratual, por exemplo), cuja ausência, na modalidade de enriquecimento por prestação, demandaria um exame subjetivo, a partir da não obtenção da finalidade almejada com a prestação, hipótese que mais se adequada à prestação decorrente de cláusula indigitada nula (ausência de causa jurídica lícita). 8. Tanto os atos unilaterais de vontade (promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) como os negociais, conforme o caso, comportam o ajuizamento de ação fundada no enriquecimento sem causa, cuja pretensão está abarcada pelo prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002. ***9. A pretensão de repetição do indébito somente se refere às prestações pagas a maior no período de três anos compreendidos no interregno anterior à data do ajuizamento da ação (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002; art. 219, caput e § 1º, CPC/1973; art. 240, § 1º, do CPC/2015). 10. Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa- se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a***

Acesso ao Sumário

regra de transição do art. 2.028 do CC/2002. *11. Caso concreto: Recurso especial interposto por Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. a que se nega provimento.*" (STJ, Segunda Seção, REsp 1.360.969/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 10/08/2016 - sem destaque no original).

Sendo assim, uma vez que a decisão do Superior Tribunal de Justiça é vinculante para os demais tribunais inferiores (art. 1.040, III, CPC), verifica-se que a pretensão da apelada está em parte prescrita, pois ela pretende a restituição de valores desde 2012 (ps. 10/12).

No entanto, com base no recurso repetitivo acima, "*pode o contratante, durante a vigência do contrato,* ***a qualquer tempo, requerer a revisão*** *de cláusula contratual que considere abusiva ou ilegal, seja com base em nulidade absoluta ou relativa*".

Ou seja, apesar de o pedido de restituição de valores submeter-se ao prazo prescricional de três anos, durante a vigência do contrato, será sempre possível a declaração de nulidade de cláusulas de reajuste com a consequente revisão da mensalidade, sem limites temporais.

Com base no que foi exposto acima, passa-se à análise da legalidade dos reajustes aplicados no plano de saúde da autora desde maio de 2012. Já a análise do mérito do recurso no que tange à devolução de valores pagos indevidamente deve considerar apenas os pagamentos a partir de 13 de dezembro de 2014, três anos antes da propositura da ação (art. 240, § 1º, CPC).

Reajustes por VCMH e sinistralidade - abusividade

Embora a Agência Nacional Suplementar não fixe um índice de reajuste para os contratos coletivos, isso não significa que os reajustes de tais planos não devem sofrer limitações.

Entender o contrário, defendendo a existência de um poder potestativo da empresa prestadora do serviço - ainda que previsto contratualmente, autorizando-a a modificar unilateralmente o valor do prêmio - é claramente uma ofensa às disposições do Código de Defesa do Consumidor, em especial de seus incisos IV e X do art. 51.

O contrato em questão - plano de saúde coletivo por adesão - deve ser regulado pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor. Tal entendimento já sumulado pelo STJ:

Súmula 469 *- Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.*

Muito embora a contratação do plano de saúde tenha sido feita, em primeiro plano, entre pessoas jurídicas, é evidente que associação representativa da categoria da apelada não comercializa os planos de saúde, apenas faz a intermediação entre a fornecedora e os destinatários finais (beneficiários). Estes

Acesso ao Sumário

devem manifestar sua concordância com o negócio entabulado entre as partes e comprometer- se a pagar parte ou a integralidade do prêmio avençado.

Assim, verifica-se que os beneficiários se subsumem claramente ao conceito de "consumidor" definido no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, e a apelante, por sua vez, figura como "fornecedor", em conformidade com o exposto no artigo 3º do mesmo diploma legal.

Todavia, a mera previsão dos reajustes por sinistralidade não pode ser considerada abusiva. A abusividade não decorre das cláusulas abstratamente previstas no contrato, mas sim da aplicação dos reajustes, que não atenderem aos critérios contratados.

De fato, sendo um contrato de seguro, que tem como objeto a cobertura de riscos previstos expressamente no contrato, mostra-se razoável a cláusula que garanta o reequilíbrio econômico-financeiro contratual, sob pena de ruína do próprio plano coletivo.

Com base nessa premissa é que a própria Lei 9.656/1998, em seu artigo 16, inciso XI, exige que os contratos indiquem "*os critérios de* ***reajuste*** *e* ***revisão*** *das contraprestações pecuniárias*".

Dessa maneira, a princípio, não há vedação legal para que as operadoras de plano de saúde adotem um critério objetivo para aumentar as mensalidades dos segurados.

Esse, inclusive, tem sido o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "*AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO VERIFICADA.* ***PLANO DE SAÚDE COLETIVO. REAJUSTE****. ABUSIVIDADE. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS Nºs 5 E 7/STJ. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese.* ***2. É possível reajustar os contratos de saúde coletivos, sempre que a mensalidade do seguro ficar cara ou se tornar inviável para os padrões da empresa contratante, seja por variação de custos ou por aumento de sinistralidade.*** *3. Tendo a Corte de origem afastado a abusividade do reajuste aplicado com base nas provas dos autos e no contrato firmado entre as partes, a revisão de tal entendimento esbarra nos óbices das Súmulas nºs 5 e 7 do Superior tribunal de Justiça. 4. Agravo regimental não provido.*" (STJ, Terceira Turma, AgRg nos EDcl no AREsp nº 235.553/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 02/06/2015 - sem destaque no original).

Acesso ao Sumário

Entretanto, justamente pelo fato de os reajustes nos contratos coletivos não obedecerem aos limites estabelecidos pela ANS (art. 7°, RN 99/2005 da ANS, e arts. 19 e 22, RN 195/2009 da ANS), mas sim, de serem decorrentes da negociação entre os contratantes, é que a operadora tem ônus de provar os aumentos perante os beneficiários (art. 6, VIII, CDC, e art. 373, II, CPC).

Muito embora os contratos prevejam a fórmula de reajuste, os cálculos atuariais e os dados estatísticos não são conhecimentos acessíveis ao consumidor, mas sim, pertencem exclusivamente às operadoras dos planos de saúde.

Nesse sentido: "*Para a aplicação do percentual de reajuste calculado, não será necessária a autorização prévia da ANS, porém, poderão ser solicitados, a qualquer tempo, a metodologia e os dados utilizados pela operadora no cálculo do reajuste do agrupamento para a verificação do percentual aplicado*" (art. 9º, Resolução ANS 309/2012).

Com isso, para se aceitar o reajuste no caso, caberia à apelante justificar os aumentos do plano de saúde no período questionado, entre maio de 2012 e abril de 2018.

Contudo, a apelante não se desincumbiu desse ônus (art. 373, II, CPC).

A apelante afirma tão somente que o reajuste estaria previsto em contrato, e teria decorrido da correção anual pelos índices inflacionários (IGP-M) e por reajustes por sinistralidade em reconfiguração contratual.

Embora o documento de ps. 31 informe que o reajuste poderá ocorrer "anualmente no mês de dezembro, de acordo com os índices setoriais que reflitam a variação dos custos dos serviços de assistência médica" e "por desequilíbrio econômico financeiro (sinistralidade)", não há comprovação de que a aplicação regular de como se chegou aos percentuais aplicados pela apelante, sem base documental da origem dos cálculos realizados.

A apelante não apresenta qualquer documento de cálculo dos percentuais aplicados, o que impede a verificação do percentual de cada um e a fórmula de cálculo usada para se chegar a tais valores.

Enfim, tratava-se de provas de ônus da apelante, na forma do artigo 373, inciso II, do CPC, e do artigo 6º, inciso VIII, do CDC.

A ausência de aplicação do reajuste no caso não leva à violação do equilíbrio econômico financeiro do contrato, nem à quebra do mutualismo, como alega a apelante. Tais reajustes ainda seriam possíveis, caso comprovados documentalmente e com cálculos atuariais idôneos, não produzidos nos autos.

Por consequência, não há qualquer violação aos dispositivos prequestionados, do artigo 35-E, §2º, da Lei nº 9.656/1998, dos artigos 421 e 422 do Código Civil, do enunciado nº 22 do Conselho Nacional de Justiça, da Resolução Normativa nº 171 da ANS, da Lei nº 5.764/1971, e do artigo 54, §4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Acesso ao Sumário

As cláusulas que preveem os reajustes por sinistralidade e por variação dos custos médicos não são abusivas *per se*, mas apenas dependem de comprovação da origem e da base do cálculo, para regular aplicação em favor do plano de saúde.

Reputados abusivos os reajustes, tanto por sinistralidade quanto por variação de custos médicos, devem incidir apenas os índices anuais autorizados pela ANS para os contratos individuais e familiares, como fórmula residual de cálculo dos reajustes anuais.

A mensalidade final a ser calculada pela apelante deve afastar todos os reajustes aplicados por ela, mantidos apenas os índices anuais da ANS, desde maio de 2012.

Com a aplicação do reajuste da ANS, a apelante deverá restituir as diferenças pagas a mais, sem os reajustes reputados abusivos, dos pagamentos apenas a partir de 13 de dezembro de 2014, três anos antes do ajuizamento da demanda - ao contrário da revisão da mensalidade, cuja pretensão não prescreve.

A devolução deverá ser feita com correção monetária desde cada desembolso, pela Tabela Prática do TJ-SP.

Mantém-se a fórmula de cálculo da incidência dos juros de mora, pela não impugnação pela apelante.

Diante do exposto, **nega-se provimento** ao apelo, mas, reconhecendo-se de ofício a prescrição parcial da pretensão de devolução de diferenças (art. 206, §3º, IV, CC, e art. 487, II, CPC), reforma-se em parte a sentença, para se limitar a devolução das diferenças pagas, sem os reajustes abusivos, apenas para os pagamentos realizados a partir de 13 de dezembro de 2014.

A reforma parcial da sentença não altera a distribuição sucumbencial, vencida a apelante na quase totalidade da demanda (art. 86, § ú., CPC). Pela sucumbência recursal (art. 85, §11, CPC), majoram-se os honorários devidos pela ré, para 15% (quinze por cento) do valor da causa.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007069-10.2017.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante W.M.M., é apelado J.C.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23605)**

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

São Paulo, 19 de março de 2019.

COELHO MENDES, Relator

Ementa: RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO SOBRENOME CONSTANTE NO REGISTRO CIVIL DO AUTOR PARA RETORNAR AO NOME DE SOLTEIRO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS DE TERCEIROS OU OFENSA A SEGURANÇA JURIDICA, POIS O AUTOR CONTINUARÁ COM OS SOBRENOMES DE SEUS GENITORES. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 32/34 que nos autos da ação de Retificação de Registro Civil (Certidão de casamento), tendo como requerente W.M.M., julgou improcedente a ação, declarando extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Inconformado, insurge-se o autor contra a sentença, alegando, em síntese, que a supressão do patronímico da família paterna esta lhe causando um abalo moral e também transtornos profissionais, isto porque todos os documentos profissionais, cursos, treinamentos e referência, constam o nome de solteiro.

Requer a reforma da sentença, julgando o feito procedente para restabelecer seu nome como fora escolhido por seus genitores (solteiro).

Recurso tempestivo.

A Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

O apelante insurge-se contra sentença a fls. 32/34, que julgou improcedente pedido de retificação de registro civil.

Pretende a modificação de seu sobrenome constante do registro civil, W.M.B., de acordo com seu nome de solteiro.

Alega que na época de seu casamento por desentendimentos com seu genitor decidiu alterar seu nome suprindo o patronímico paterno.

Afirma que agiu por impulso, pretendendo agora por problemas morais e profissionais retornar ao nome de solteiro.

Acesso ao Sumário

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência do pedido salientando:

"*Inicialmente observo que a pretensão do apelante não encontra óbice legal, sendo necessária apenas e tão somente a apresentação de certidões negativas dos distribuidores cíveis e criminais das Justiças Estadual e Federal, assim como certidões dos cartórios de protesto, para demonstração de ausência de prejuízo a terceiros. Isto é, o artigo 1565, § 1º, do Código Civil prevê a possibilidade de inclusão do sobrenome de um dos cônjuges ao nome do outro contraente, uma faculdade. Mais, não estabelece a lei prazo para a mudança, motivo pelo qual entendemos que a qualquer tempo pode ocorrer, tanto para incluir quanto para excluir, sendo o pedido de retificação de registro o instrumento apto para tanto.*"

Sendo assim restou apenas garantir que a pretensão de mudança não esteja atrelada a fraude.

O recurso foi convertido em diligência para que o apelante instrui-se a o processo, aqui em segunda instância, com certidões negativas indicadas no parecer da P.G.J., em relação a seu nome atual.

Vieram as certidões negativas, sendo remetidos os autos a Procuradoria Geral do Estado para apreciação, a qual reiterou sua manifestação, aguardando o provimento do pedido, alterando-se o nome para W.M.B.

Sendo assim instruídos os autos com os documentos pessoais do requerente, e das certidões negativas dos cartórios de distribuições Criminais e Cíveis, Certidão Distribuição de Negativa de Protestos.

A regra da imutabilidade ou inalterabilidade do nome não é absoluta, tanto que a própria Lei nº 6.015/73 prevê em seus artigos 57 e 58 hipóteses em que se admite a modificação ou alteração do prenome (cf. julgamento da 3ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp 538187-RJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi). Aliás, a própria jurisprudência tem-se posicionado trazendo como exceção à regra a possibilidade de alteração do nome com lastro nas seguintes principais balizas: razoabilidade do pedido, justo motivo, exposição a vexame ou ridículo e ausência de prejuízos a terceiros.

Acesso ao Sumário

No caso dos autos, não se vislumbra má fé, conveniência ou tentativa de se burlar a lei à pretensão de modificação do requerente, pois, o retorno de seu nome de solteiro, além de preservar a estirpe da família, trata-se de justa homenagem, e não resultará prejuízo a sua individualização no meio familiar e social.

Sendo assim, encontra amparo na legislação e jurisprudência o pedido do requerente, de modo que o seu nome passe a retratar a coincidência de seus dados com a realidade, com a prevalência de sua individualização no meio familiar e social. Por isso, acolho a pretensão de retificação de registro de casamento do

autor para constar o seu nome como W.M.B.

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

Saliento ainda que a função do julgador é decidir a lide de modo fundamentado e objetivo, portanto, desnecessário o enfrentamento exaustivo de todos os argumentos elaborados pelas partes.

Diante do acima exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos destes autos de Apelação Cível nº 1002985-62.2018.8.26.0302, da Comarca Jaú, em que é apelante JUDICAEL MARTINS DA FONCECA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado UNIMED REGIONAL JAÚ COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.053)**

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

São Paulo, 1º de abril de 2019.

JOÃO PAZINE NETO, Relator

Ementa: Obrigação de fazer. Ilegitimidade passiva acolhida. Sentença que julgou extinto o processo. Irresignação do Autor. Sistema da Ré que configura grupo empresarial para efeito de cobertura com participação de todas as cooperativas regionais. Precedentes do TJSP e também do STJ. Sentença de extinção afastada. Aplicação do princípio da causa madura. Indeferido chamamento ao processo da Unimed Centro Oeste Paulista. Ação julgada procedente. Sucumbência invertida. Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer, julgada extinta, sem análise do

mérito, pela r. sentença de págs. 104/107, cujo relatório adoto, em razão da ilegitimidade passiva. Revogou a medida liminar concedida inicialmente e condenou o Autor ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.500,00, observada a gratuidade concedida.

Apela o Autor (págs. 109/115) para alegar, em síntese, que possui convenio com a Apelada há mais de cinco anos. Afirma que possui problema de "desgaste lombar facetário" e necessitava da realização de cirurgia denominada "Risotomia Lombar", que consiste na aplicação de medicação no nervo com a finalidade de eliminar todas as dores que apresenta. Refere que já fez todos os exames necessários e exigidos pelo convênio, no entanto a Apelada se recusa à realização da cirurgia. Argumenta que, em 13/02/2017, deu entrada com pedido junto à unidade de saúde da Apelada, em Bauru/SP, e ainda aguardava a realização da cirurgia. Ressalta que seu caso é de extrema urgência, uma vez que sofre dores terríveis, não possui condições de trabalhar ou mesmo se abaixar. Frisa, ainda, que em razão de não realizar movimentos, suas articulações lombares estão atrofiando, fato que, além de incomodá-lo fisicamente, causa transtornos psíquicos que já apontam para o inicio de um quadro depressivo. Esclarece que a cirurgia, em razão da liminar deferida, foi realizada. Todavia, o MM Juiz extinguiu a ação sem análise do mérito. Requer a reforma da r. sentença, a fim de ser julgado totalmente procedente o pedido inicial e tornar definitiva a tutela que concedeu autorização para a realização do procedimento cirúrgico, bem como a condenação da Ré ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da causa.

Isento de preparo, ante a concessão da gratuidade processual ao Apelante (pág. 39). Contrarrazões às págs. 118/120.

É o relatório.

Ressalvado o convencimento do n. Magistrado sentenciante, o presente recurso merece prosperar.

Trata-se de ação de obrigação de fazer, na qual pretende o Autor compelir a Ré ao custeio de cirurgia denominada "Risotomia Lombar", em razão de ser portador de "desgaste lombar facetário", que lhe causa fortes dores e impossibilidade de trabalhar.

Concedido o pedido liminar para determinar o custeio do tratamento, a cirurgia foi realizada.

Em contestação, a Ré pleiteou, liminarmente, por sua ilegitimidade passiva, e sustentou que "*o requerente não é beneficiário da Unimed Regional Jaú, que somente presta o serviço através de intercambio para outras Unimeds, como é o caso da Unimed Centro Oeste Paulista, que no caso é a empresa contratada pelo requerente". (...) "o procedimento foi solicitado para a*

Acesso ao Sumário

realização junto a Unimed de Bauru, como a própria inicial informa, ou seja, a Unimed de Jaú nem sequer está prestando o serviço via intercâmbio, portanto, não tem nenhum tipo de envolvimento com o requerente" (pág. 49). No mérito requereu a improcedência do pedido.

A ação foi julgada extinta.

A irresignação do Autor cinge-se ao acolhimento da ilegitimidade passiva requerida pela Ré, conforme constou da r. sentença (págs. 104/105):

> *"Inexorável o reconhecimento da ilegitimidade passiva".*
>
> *(...)*
>
> *"A prova documental a sustentar o contrato com a parte requerida era ônus da parte autora com juntada na inicial ou em réplica. A prova documental existente dos autos evidencia realmente que parte autora detém plano de atendimento exclusivamente com a Unimed Centro-Oeste Paulista (fls. 33), frise-se, empresa distinta da parte requerida Unimed Jaú. Repise-se: embora tenha havido assertiva na inicial de contrato firmado com a parte requerida, não sobreveio juntada de qualquer contrato a sustentar tal afirmativa, mas exclusivamente contrato firmado perante empresa distinta, razão pela qual não sustenta a pretensão, mesmo in statu assertionis, pois trata-se de descompasso inequívoco entre o contrato existente (não tendo sido juntado outro em réplica) e a relação jurídica afirmada na inicial. A meu ver, respeitado o douto entendimento diverso, não há respaldo jurídico a sustentar que em qualquer caso as diversas pessoas jurídicas nominadas Unimed devam ser consideradas como 'empresa única', pois assim se apresentam no mercado consumidor (logomarca, cores, informações de cobertura nacional), e, portanto, como integrantes do mesmo grupo econômico devem arcar com a responsabilidade uma da outra. Em meu convencimento, não se verifica tal espécie de vínculo jurídico como regra com fundamento justificativo da imposição de assunção contratual de terceiro".*
>
> *(...)*
>
> *"Portanto, inequivocamente trata-se de pessoas jurídicas diversas de patrimônio e vínculos jurídico-contratuais diversos; inexiste sucessão contratual entre elas".*

Aplicam-se, contudo, os ditames do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguro saúde, com exceção daqueles administrados por entidades de autogestão (Súmula 608, STJ).

Com relação à suposta ilegitimidade da Ré, deve-se ressaltar que, de acordo com o entendimento exarado em diversos julgados deste E. Tribunal de Justiça, inclusive desta C. Câmara, é irrelevante a subdivisão do grupo Unimed em unidades autônomas, com personalidades jurídicas próprias, uma vez que as

Acesso ao Sumário

cooperativas integram o mesmo grupo econômico.

Perante o consumidor, a Unimed, ora Apelada, se apresenta como unidade prestadora de serviço de assistência à saúde e não se pode exigir que o contratante conheça a composição interna ou a estrutura societária da fornecedora quando assina o contrato colocado à sua disposição. As cooperativas mantêm um sistema de integração de seus serviços que possibilita a prestação de assistência médica aos usuários em todo o território nacional, inclusive em região diversa daquela com a qual mantém contrato.

Conforme entendimento deste Tribunal: "*Em palavras diversas, se a Unimed se vale do apelo da extensa rede credenciada para atrair consumidores aos seus quadros de clientes, formando verdadeiro grupo econômico, não há razão para que a extensão da responsabilidade não lhe seja imputada, uma vez que passa a integrar a cadeia de consumo*" (TJSP, Apelação nº 0008010-84.2012.8.26.0625, 6ª Câm. Dir. Privado, j. 29.11.12 - Des. FRANCISCO LOUREIRO).

Desse modo, em razão de formarem as cooperativas um único grupo econômico, a Apelada Unimed Jaú é parte legitima para responder o processo. Portanto a arguição de ilegitimidade da Ré não merece acolhida, pois a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que o sistema Unimed configura um grupo empresarial, para efeito de cobertura, com a participação de todas as cooperativas regionais, de modo a descaracterizar a alegação de ilegitimidade por ela sustentada.

Nesse sentido, anotam-se os seguintes julgados desta Câmara:

> "*Ilegitimidade passiva da corré Central Nacional Unimed. Afastamento. Cooperativa de saúde demandada distinta daquela com que o autor firmou o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares. Irrelevância. Contrato de abrangência geográfica nacional. Cooperativas que, mesmo autônomas, figuram como interligadas. Caracterização de grupo econômico. Precedentes do TJSP e do STJ. Reconhecimento da solidariedade entre as cooperativas, inclusive, que se assentou no entendimento da Súmula n. 99 deste Tribunal. Preliminar superada. Solidariedade reconhecida entre as cooperativas demandadas. Subsistência da condenação à assunção das obrigações perante o consumidor para garantia do direito de remissão, contratualmente previsto no negócio originário. Preservação do objeto da avença, sobretudo diante de sua natureza essencial. Aplicação do disposto no artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Precedente. SENTENÇA PRESERVADA. RECURSO DESPROVIDO.*" (Apelação 1039979-64.2015.8.26.0506; Relator DONEGÁ MORANDINI; Julgamento: 15/05/2018;)

Acesso ao Sumário

"PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Insurgência contra sentença de procedência. Acolhimento parcial. Preliminar de ilegitimidade passiva da Central Unimed. Não acolhimento. Grupo econômico. Existência de sistema de cooperativas. Precedentes. Preliminar afastada. Legitimidade, porém, que não conduz à responsabilização solidária pela indenização por danos morais. Central Unimed que não concorreu para o dano alegado (art. 7°, § único, do CDC). Exclusão da condenação. Recurso parcialmente provido." (Apelação 1013584-74.2015.8.26.0008; Relator CARLOS ALBERTO DE SALLES; Julgamento: 13/03/2018)

O Colendo Superior Tribunal de Justiça assim também vem decidindo:

"*PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. SOCIEDADES COOPERATIVAS UNIMED. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. 1. O direito à informação e o princípio da vinculação da publicidade refletem a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a sua publicidade desperta no consumidor, mormente no que tange ao uso coletivo de uma mesma marca. 2. A publicidade do Sistema Unimed busca instigar o indivíduo à contratação mediante a convicção de que se trata de uma entidade única com atuação em âmbito nacional, não sendo informado ao filiado sobre a autonomia e a independência de suas unidades, o que só faz reforçar nele a ideia de que esse sistema lhe oferece uma maior gama de serviços e facilidades. 3. Ademais, a complexa estrutura das cooperativas prestadoras de serviço, se, por um lado, visa ao estímulo e reforço do sistema cooperativo regido pela Lei n. 5.764/1971, possibilitando a atuação sob uma mesma marca e a constituição de sociedades cooperativas singulares, federações de cooperativas e confederações; por outro lado, tem como efeito externo a responsabilização de toda a cadeia de fornecimento - no caso, o Sistema Unimed - de forma solidária, uma vez que não se pode exigir do consumidor que conheça as intrincadas relações entre os diversos membros dessa cadeia, mormente quando a publicidade veiculada pelo grupo faz-lhe crer que se trata de uma entidade una. 4. Dessarte, o fato de várias sociedades explorarem uma mesma marca, ainda que com personalidades jurídicas distintas - por não ter havido a informação clara ao consumidor acerca de eventuais diferenças no conteúdo dos serviços ou na cobertura oferecida por cada uma -, traz como consequência a possibilidade de serem acionadas a responder solidariamente pelas obrigações contratadas por qualquer delas. 5. Recurso especial não provido*" (REsp 1377899/SP, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j.

Acesso ao Sumário

18.12.2014).

É certo que as integrantes do Sistema ou Grupo Unimed conservam a sua autonomia. A jurisprudência reconhece somente a responsabilidade solidária pela cobertura em face do beneficiário, ressalvando o direito de regresso da unidade Unimed contra aquela de origem do contrato. Além disso, perante o consumidor, todas as Unimed's integram a mesma cadeia de consumo e contam com pertinência subjetiva para responder ao pedido em questão e sofrer seus efeitos em caso de procedência.

Afastada a extinção, contudo, não é o caso de se devolver o processo ao primeiro grau de jurisdição para análise do mérito da ação, pois aplicável à hipótese em exame o artigo 1.013, § 3º, do Código de Processo Civil, por se encontrar a ação com os elementos de prova para que, desde logo, seja proferido o julgamento pelo mérito.

O pedido de chamamento ao processo da Unimed Centro Oeste Paulista não deve ser acolhido, diante do que acima já se enunciou.

A questão da legitimidade da Ré para suportar pelo tratamento era praticamente a única deduzida em sua defesa. Admitida essa legitimidade, nos termos acima enunciados, de rigor a reforma da r. sentença, para julgar a ação procedente a ação com a consequente condenação da Ré a arcar com os custos da cirurgia realizada. Custas e honorários passam a ser devidos pela Ré, estes fixados em R$ 1.500,00, nos termos do artigo 85, § 8º do CPC.

Nestes termos, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005264-70.2016.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante M.A.B.C. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado O.M.C.S.

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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.487)**

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

São Paulo, 5 de abril de 2019.

NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Divórcio cumulado com usucapião familiar. Apelante comprovou que reside no imóvel há mais de dois anos. Separação de fato do casal se dera em 2003. Apelante preenchera os requisitos para a usucapião em relação à meação do ex-cônjuge, pois tem a posse mansa e pacífica, de forma continuada, além de estar configurado o abandono. 'Animus domini' presente, tanto que a apelante reformara o imóvel. Apelado inclusive já constituíra outra família. Usucapião familiar se faz presente. Ausência de suporte para a pretensa partilha. Apelo provido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta tempestivamente, com base na r. sentença de págs. 324/329, aclarada pelos embargos de págs. 338/339, que julgou procedente em parte ação direta de divórcio, cumulada com partilha de imóvel comum, observada a meação.

Alega a apelante que a sentença merece reforma, porquanto verificada a usucapião especial urbana familiar, salientando que o fato de o apelado estar no imóvel por cinco anos em nada contrasta, uma vez que ficou ausente por período superior, mencionando a lei prazo ininterrupto de dois anos. Aduz que o apelado constituiu nova família, vindo residir em São Paulo e, neste ínterim, a apelante efetuou a reforma da residência. A seguir destaca depoimentos testemunhais, dando ênfase de que todas as parcelas do financiamento foram quitadas, além de reiterar que exerce por mais de dois anos, ininterruptamente, a posse do imóvel de forma direta e com exclusividade, não cabendo, assim, a partilha com o ex-cônjuge. Por último requer o provimento do apelo para que a integralidade do imóvel tenha o reconhecimento do domínio da autora.

O recurso foi contra-arrazoado, rebatendo integralmente a pretensão da apelante, págs. 350/357.

É o relatório.

2. A r. sentença apelada merece reforma.

O ordenamento jurídico vigente exige como requisito para a usucapião familiar o abandono do lar de um dos cônjuges e que ambos os cônjuges sejam titulares de frações ideais no imóvel que sirva de moradia para o cônjuge que ali permaneceu, apontando, ainda, o prazo mínimo de dois anos.

No caso em exame, a ação de divórcio cumulada com pedido de usucapião fora proposta em 07 de julho de 2016, estando as partes separadas de fato desde 2003.

As testemunhas arroladas ressaltaram que o apelado já constituíra nova

Acesso ao Sumário

família, enquanto que a apelante permanecera residindo no imóvel, ultrapassando o lapso cronológico de dois anos.

Com efeito, ficou demonstrado que o apelado não mais residia no imóvel há longo tempo, reconhecendo, inclusive, a separação de fato.

Ademais, a apelante comprovou que preenchera os requisitos para obter a declaração do domínio exclusivo, quais sejam, posse mansa, pacífica e de forma continuada, por mais de dois anos e com *animus domini*, configurando o abandono do apelado, tanto que reformara o imóvel sozinha, não se vislumbrando, assim, o reconhecimento da meação.

Questões específicas sobre ter o apelado contribuído no pagamento das parcelas de mútuo, o que afastaria o abandono, são desprovidas de mínima prova indiciária, logo, irrelevantes para afastar as alegações da apelante.

No mais, está demonstrado que a apelante preencheu os requisitos para a usucapião familiar, logo, apta a obter a titularidade de domínio da totalidade do bem, não se vislumbrando supedâneo para a meação respectiva, consequentemente, ausente supedâneo para a pretensa partilha.

Finalmente, em decorrência do desfecho da demanda, inverte-se a sucumbência.

3. Com base em tais fundamentos, **dá-se provimento ao apelo**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002121-59.2015.8.26.0001, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes R.P.A. (JUSTIÇA GRATUITA) e R.O. (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados F.S.A. e U.S.S.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. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36498)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VITO GUGLIELMI (Presidente sem voto), JOSÉ ROBERTO FURQUIM CABELLA e RODOLFO PELLIZARI.

São Paulo, 8 de abril de 2019.

PAULO ALCIDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA CONTRA LABORATÓRIO. SUPOSTO

ERRO DE DIAGNÓSTICO EM EXAME DE ULTRASSONOGRAFIA GESTACIONAL. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELO MM. JUÍZO "A QUO". RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELOS AUTORES. PRETENSÃO RECURSAL REJEITADA. EXAME REALIZADO NO LABORATÓRIO RÉU QUE CONSTATOU LEVE DILATAÇÃO DOS VENTRÍCULOS CEREBRAIS DO BEBÊ ("VENTRICULOMEGALIA LEVE"). ANORMALIDADE DESCARTADA NO DIA POSTERIOR, APÓS A REPETIÇÃO DO EXAME. POSSIBILIDADE DE PEQUENAS DIVERGÊNCIAS ENTRE UM LAUDO E OUTRO ATESTADO PELA PERITA DO JUÍZO. AUSÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO DE DIAGNÓSTICO. MOMENTÂNEA SITUAÇÃO DE PREOCUPAÇÃO DOS AUTORES (COM A POSSIBILIDADE DE O FILHO APRESENTAR "HIDROCEFALIA") NÃO CONFIGURADORA DE DANOS MORAIS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

R.P.A. e R.O. interpõem recurso de apelação contra a r. sentença de improcedência do pedido indenizatório formulado em ação proposta contra F.S.A.

Insistem no direito à indenização por danos morais, pois consideram que houve grave equívoco de diagnóstico por parte do réu. Alegam que a médica preposta foi assertiva ao afirmar que o bebê possuía hidrocefalia e que provavelmente seria necessária a realização do aborto. Afirmam que foram tomados pelo sentimento de desespero, situação que levou o recorrente, inclusive, a perder uma oportunidade de emprego à época dos fatos. Pedem a reforma da sentença e a declaração de procedência total do pedido (fls. 717/733).

Recurso processado e contrariado.

É o sucinto relatório.

Trata-se de ação de indenização por danos morais proposta contra laboratório, baseada em suposto erro de diagnóstico em exame de imagem.

Relata a autora que na 32ª (trigésima segunda) semana de gestação, procurou o réu para realizar ultrassom gestacional como parte do acompanhamento pré-natal da gravidez.

Ao final do exame, a médica que o realizou teria dito que o bebê estaria

Acesso ao Sumário

com "hidrocefalia" e que provavelmente seria necessário "tirar o bebê", motivo pelo qual deveriam entrar em contato imediatamente com o obstetra que acompanhava a gestação, para a adoção de providências.

Seguindo a orientação da médica do "F." e, realizaram novo ultrassom, que, no entanto, não constatou qualquer problema no feto.

Aduzem que repetiram o exame outras vezes centros de medicina diagnóstica diversos, todos eles apontando para uma evolução normal do feto, em total detrimento daquilo que foi constatado no laboratório réu.

Argumentam que até ser descartada a possibilidade de hidrocefalia em seu filho, sofreram danos morais e materiais (estes decorrentes da perda de uma chance do autor R., por ter se comportamento mal em entrevista de emprego devido ao seu abalo emocional).

Postulam, assim, a condenação do réu ao pagamento de indenização a título de danos materiais e morais.

Os pedidos foram julgados improcedentes pelo MM. Juízo *a quo*, razão pela qual apelam os requerentes.

Razão, contudo, não lhes assiste.

Na lição de **Hamid Charaf Bdine Júnior**:

> "Haverá erro médico de diagnóstico apenas se ele for elaborado sem atenção e precauções conforme o estado da ciência, apresentando-se como erro manifestamente grosseiro. Comete-o o médico que deixa de recorrer a outro meio de investigação a seu alcance ou profere um juízo contra princípios elementares de patologia"[1].

Em igual direção, a clássica doutrina de **Rui Stocco**:

> "O erro de diagnóstico, como regra, não gera responsabilidade, salvo se tomado sem atenção e precauções, conforme o estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro ou quando o erro for grave e inescusável, posto que - no seu entendimento - a questão do diagnóstico versa 'prima facie' sobre questões puramente científicas, a serem debatidas entre médicos, não podendo, em linha de princípio dar nascimento a casos de responsabilidade civil"[2].

Não é o que se infere do conjunto probatório produzido na presente demanda.

O laudo emitido pela médica preposta do réu apenas apontou a presença de **"ventriculomegalia" leve (dilatação atípica dos ventrículos do cérebro)** no feto, circunstância a sugerir a necessidade de maior acompanhamento (com realização de novos exames) devido à possibilidade de evolução para

Acesso ao Sumário

1 "Responsabilidade pelo Diagnóstico", *in* "Responsabilidade Civil: Responsabilidade Civil na Área da Saúde", Regina Beatriz Tavares da Silva, Série GV Law, Saraiva, p. 92.

2 Tratado de Responsabilidade Civil, 7ª edição, RT, p. 612.

hidrocefalia.

Tal anormalidade cerebral é diagnosticada com amparo na simples medição do diâmetro dos átrios ventriculares feita no exame de imagem (ultrassom).

De acordo com a literatura médica, há "ventriculomegalia leve" se o ventrículo cerebral medir entre 10mm a 15mm, e "ventriculomegalia grave" caso o órgão do cérebro tiver contornos superiores às referidas medidas.

Durante o exame de ultrassom realizado no laboratório réu (dia 28/03/2012), a médica responsável constatou que os ventrículos do bebê mediam, respectivamente, 11,8mm (direito) e 12mm (esquerdo), o que caracteriza "ventriculomania leve", à luz da doutrina especializada.

Nessas circunstâncias, não houve o propalado erro grosseiro de diagnóstico, sobretudo considerando a possibilidade de pequenas divergências entre um laudo e outro, devido à subjetividade implícita dos diagnósticos feitos a partir de exames de imagem.

Tal questão foi bem elucidada pela perita do Juízo:

> "Como as medições em imagem pelo ultrassom são subjetivas e os diagnósticos sugeridos subjetivamente e não constatados em apenas um único exame de forma absoluta, imperioso se faz o acompanhamento por exames posteriores para verificar se o diagnóstico se confirma ou a imagem regride" (fl. 618).

Exatamente o que ocorreu no caso dos autos, já que os ultrassons realizados nos dois dias subsequentes àquele efetivado no laboratório réu afastaram a suspeita de anormalidade craniana fetal.

A alegação de que a preposta do réu teria dito, de forma assertiva, que o bebê possuía hidrocefalia e que seria necessária a realização de aborto não encontra respaldo probatório.

Portanto, seja porque não verificado erro grosseiro de diagnóstico, seja porque a situação de preocupação dos pais foi momentânea (durou apenas 24 horas - oportunidade em que realizado novo exame de ultrassom descartando a anomalia cerebral da criança), não há que se falar em reparação pecuniária.

Nesse sentido, já decidi:

> "INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO DE DIAGNÓSTICO. Laudo do exame feito no laboratório que indicou que a autora era portadora de problema do coração. Resultado que não decorreu de negligência, imprudência ou imperícia do laboratório-réu. Exame de imagem está sujeito a alterações por inúmeros fatores. Erro grosseiro não caracterizado. Ausência de prova da culpa. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO RETIDO E DA APELAÇÃO." (AP

Acesso ao Sumário

nº 0095753-82.2003.8.26.0000, de minha relatoria).

Outras considerações são desnecessárias para confirmar a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1138113-49.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRADESCO SAÚDE S/A, é apelada NEUSA ANTONIA TEIXEIRA BALARINI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22867)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON LUIZ DE QUEIROZ (Presidente) e COSTA NETTO.

São Paulo, 8 de abril de 2019.

ALEXANDRE LAZZARINI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO. PLANO DE SAÚDE. BENEFÍCIO PAGO INTEGRALMENTE PELA EMPREGADORA. SALÁRIO INDIRETO. RETORNO DOS AUTOS PARA REANÁLISE DA QUESTÃO RELATIVA AO DIREITO DE MANUTENÇÃO DO APOSENTADO OU EX-EMPREGADO COMO BENEFICIÁRIO. ART. 1.040, II, NCPC. ART. 543-C, §7º, II, CPC/1973. HIPÓTESE DE REFORMA DO ACÓRDÃO. CONTRIBUIÇÃO NÃO CARACTERIZADA. RECURSO REPETITIVO. REFORMA DO ACÓRDÃO PARA DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DA RÉ.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 255/259, que julgou procedente a "ação de rito comum ordinário com pedido de tutela antecipada" movida por Neusa Antonia Teixeira Balarini em face de Bradesco Saúde S/A para, confirmando a tutela antecipada, determinar a manutenção da

Acesso ao Sumário

autora no plano de saúde, "*nas mesmas condições estipuladas como se na ativa estivesse, mediante contribuição integral, cujos aumentos dos preços serão estabelecidos de acordo com os critérios adotados para todos os integrantes do plano de assistência médica dos ativos, sem que haja segregação do autor (grupo dos aposentados), nos moldes da contratação inicial dos serviços, incumbindo à ré a emissão de boletos para pagamento das mensalidades*".

O apelo já foi julgado através do acórdão de fls. 334/342 e foi devolvido a esta 9ª Câmara de Direito Privado para reanálise da questão relativa ao direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (art. 543-C, §7º, II, CPC/1973), conforme decisão do Exmo. Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado.

Através do v. acórdão de fls. 334/342, esta 9ª Câmara de Direito Privado negou provimento à apelação da ré.

A ré interpôs recurso especial.

É o relatório.

I) No julgamento dos recursos repetitivos (REsp nº 1.680.318/SP e 1.708.104/SP), o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento referente à impossibilidade de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário:

> "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CIVIL. PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL. EX-EMPREGADO APOSENTADO OU DEMITIDO SEM JUSTA CAUSA. ASSISTÊNCIA MÉDICA. MANUTENÇÃO. ARTS. 30 E 31 DA LEI Nº 9.656/1998. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CONTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO EMPREGADOR. VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. COPARTICIPAÇÃO DO USUÁRIO. IRRELEVÂNCIA. FATOR DE MODERAÇÃO. SALÁRIO INDIRETO. DESCARACTERIZAÇÃO.
>
> 1. Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva de trabalho, não caracterizando contribuição o pagamento apenas de coparticipação, tampouco se enquadrando como salário indireto.
>
> 2. No caso concreto, recurso especial provido."
>
> (REsp 1.680.318/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, j. 22/08/2018)

Assim, considerando-se que não houve contribuição pelo ex-empregado, pois o prêmio era integralmente custeado pela empregadora, não há que se falar

Acesso ao Sumário

em manutenção da autora como beneficiária do plano de saúde oferecido pelo Banco Bradesco S/A.

Anote-se que a coparticipação do consumidor não pode ser considerada contribuição, pois mero fator de moderação na utilização dos serviços médico-hospitalares.

II) Portanto, com base no art. 1.040, II, NCPC (art. 543-C, §7º, II, CPC/1973), impõe-se a reforma do v. acórdão de fls. 334/342, para dar provimento ao recurso da ré, a fim de julgar improcedente a ação cominatória ajuizada pela autora.

Isso posto, **reforma-se o acórdão de fls. 334/342, para dar provimento à apelação da ré.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002255-12.2017.8.26.0003, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRADESCO SAÚDE S/A, é apelada LENICE PEREIRA LOBO (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 Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 17835)**

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

São Paulo, 12 de abril de 2019.

SILVÉRIO DA SILVA, Relator

Ementa: Apelação. Plano de saúde. Diagnóstico de "degeneração senil macular com presença de membrana neovascular", com prescrição de tratamento com medicação antiangiogênica e membranectomia EPI ou subretiniana. Recusa da operadora. Alegação de não estar obrigada ao fornecimento do medicamento por se tratar de tratamento experimental. Medicamento sem registro na ANVISA. Ação julgada procedente. Apelação da ré. Não compete à operadora definir ou questionar a necessidade do tratamento, se indicada por médico habilitado. Súmula 102 deste E. Tribunal. Havendo

Acesso ao Sumário

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. Tratamentos que constam do rol de procedimentos da ANS. Ainda que assim não fosse, os procedimentos de saúde cobertos pelos planos não podem sofrer limitações quando o paciente está em tratamento e quando prescritos por médico. Proteção do direito à vida (art 5º da CF). Precedentes desta Corte. Súmulas 95 e 96 do TJ-SP. Inteligência do art. 35-F da Lei 9.656/98. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

A autora ajuizou ação de obrigação de fazer contra BRADESCO SAÚDE S/A, alegando que mantém com a ré contrato de plano de saúde e que lhe foi prescrito pelo médico determinado tratamento quimioterápico, cuja cobertura foi negada pela operadora-ré.

A sentença de fls. 133/135, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido formulado para tornar definitiva a tutela específica concedida liminarmente (fls. 40) que determinou que a operadora-ré o custeio do medicamento a ser especificado pelo médico que assiste a autora, com prazo inicial para cumprimento de cindo dias, contados do recebimento da comunicação, sob pena de multa diária que fixou em dez mil reais, em caso de não cumprimento da determinação.

Apela a ré às fls. 157/163, pugnando pelo provimento de seu recurso para reforma da sentença para julgar a ação improcedente, alegando que o uso para tais medicamentos para tratamento da doença da autora é *off label*, tratando-se de medicamento sem autorização da ANVISA e que o contrato firmado entre as partes exclui esta cobertura.

Contrarrazões apresentadas às fls. 168/170, com pedido de majoração dos honorários advocatícios em segunda instância, nos termos do artigo 85, § 1º do NCPC.

Sem oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer ajuizada pela apelada que informou ser beneficiaria de seguro saúde oferecido pela ré, e que a ré negou tratamento quimioterápico indicado para seu quadro clínico, por médico especializado.

Assim, requereu a antecipação da tutela, a fim de compelir a ré a custear o tratamento, deferida pelo juízo, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00 e

Acesso ao Sumário

tornada definitiva na sentença.

Inconformada apela a ré, fls. 157/163, pugnando pela reforma da sentença, para afastar a condenação imposta, para compelir a recorrente custear as aplicações do tratamento ocular quimioterápico com antiangiogênico (Avastin).

Aduz que este se configura de tratamento experimental e que o contrato firmado entre as partes exclui a cobertura de medicamentos experimentais.

Infere que "*a limitação de cobertura decorre da própria essência do seguro, que, somente garante a cobertura para riscos certos e determinados*" e que a Lei nº 9.656/98, por conta da Resolução Normativa nº 387, autoriza a exclusão assistencial no que se refere ao tratamento a base de medicamentos com indicações que não conste na bula registrada na ANVISA (off-label).

Mas é o caso de manter na íntegra a sentença e de negar provimento ao recurso.

Inicialmente, cumpre lembrar que a relação entre as partes é tipicamente de consumo e a Lei 9.656/98 se aplica ao caso.

Este assunto já é, inclusive, sumulado por este Tribunal de Justiça e pelo STJ:

> **Súmula TJSP nº 100**: "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."
>
> **Súmula STJ nº 469**: "Aplica- se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde."

Assim, as exclusões e limitações impostas devem ser avaliadas com ressalvas, já que se trata de típica relação de consumo, a ser adequada ao Código de Defesa do Consumidor.

E, no caso, se mostram abusivas, ante a previsão do artigo 51, IV e § 1º, II, do CDC, abaixo transcritas.

Art. 51. **São nulas de pleno direito**, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[..] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que **coloquem o consumidor em desvantagem exagerada**, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

[...]

II - **restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato**, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

Os princípios de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor integram o contrato para recompor a vulnerabilidade existente entre a

Acesso ao Sumário

administradora do plano de saúde e o consumidor.

A interpretação acima mencionada está em consonância com o artigo 423 do C.C. que assim dispõe: "*quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente*."

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 47, dispõe que "*as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*." A interpretação é assim feita devido ao fato de haver cobertura para o tratamento.

Disso resulta que ainda que exista cláusula contratual com previsão de exclusão de cobertura para certos procedimentos, esta deve ser interpretada. Se dúbia, deve ser interpretada em favor do hipossuficiente e se abusiva, considerada nula.

Segundo prescrição médica, a autora recebeu diagnóstico de "degeneração senil macular com presença de membrana neovascular", em que seu médico prescreveu o tratamento "terapia onco iap/cronoinfusor, bem como a membranectomia EPI ou subretiniana" (fls. 14/15) e conforme descrito na inicial "*(...) O dano experimentado pela autora é evidente e se não realizada essa terapia oncológica com urgência, a autora perderá a visão de ambos os olhos*." (fl. 03).

Não compete à operadora definir ou questionar a necessidade do tratamento, se indicada por médico habilitado.

E quanto à técnica empregada no tratamento, deve ser utilizada a que surta o melhor resultado possível, reduzindo assim a possibilidade de complicações e agravamento do quadro, o que pode, inclusive, onerar ainda mais a operadora.

Com a evolução técnica suportada pela medicina, não pode a segurada ser deixada à margem desta, o que demandaria a celebração de um novo pacto sempre que adotadas técnicas mais apuradas ou alterada a denominação de certo tratamento, excluindo o do rol de procedimentos previstos pela ANS.

Tal lista é editada com certo atraso e esse fato não pode prejudicar o consumidor, que não pode ficar ao arbítrio exclusivo de uma das partes ou de órgãos governamentais.

Os procedimentos de saúde cobertos pelos planos não podem sofrer limitações quando o paciente ainda está em tratamento, para proteção do direito à vida, previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

O Conselho Federal de Medicina, órgão disciplinador e julgador da classe médica, editou a Resolução nº 1.401/93, onde recomenda, em seu art. 1º, que "*As empresas de seguro-saúde, empresas de medicina de Grupo, cooperativas de trabalho médico, ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares, estão obrigadas a garantir o*

Acesso ao Sumário

atendimento a todas as enfermidades relacionadas ao Código Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde, ***não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza.***" (g.n.)

No mais, cabe lembrar que a negativa de cobertura das despesas mencionadas nos autos, implica em desvirtuar a natureza do contrato de plano de saúde, que tem por finalidade cobrir as despesas médico-hospitalares do contratante quando sua saúde estiver em risco, caso dos autos.

Esta Câmara já se pronunciou neste sentido:

"*Ressalte-se que o contrato não prevê a exclusão específica do tratamento indicado, sendo, por conta disso, injusta a recusa da ré, à luz do Código de Defesa do Consumidor... A alegação de que o procedimento não está relacionado na 'Tabela Sul América' e nem mesmo em Resolução da CONSU - Conselho de Saúde Suplementar não pode prevalecer, haja vista que o contrato deve ser interpretado de forma a ajustá-lo aos avanços da medicina, sendo de rigor a cobertura para o tratamento com a droga prescrita*". (Apelação Cível n. 582.104.4/5-00 - 8ª Câmara de Direito Privado - TJ-SP - Rel. Salles Rossi).

Como reiteradamente se tem decidido, tendo a questão até já sido sumulada, o fato de não constar do rol da ANS, ou mesmo do contrato ou das Resoluções Normativas da ANS, não inibe o direito do paciente de ter a referida cobertura.

Segundo a Súmula 102 deste E. Tribunal: "*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.*"

Por outro lado, o contrato celebrado entre as partes prevê assistência à doença em questão, e o procedimento recomendado para tratamento foi feito por médico especialista, devendo, assim, a operadora pagar as despesas médico-hospitalares do autor.

De todo modo, verifica-se que os tratamentos pleiteados pela autora estão previstos no rol de procedimentos da ANS[1].

Ainda que assim não fosse, ficou configurada a necessidade dos tratamentos com os medicamentos, de acordo com a indicação médica.

Na realidade, como bem decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, é o médico a pessoa apta a escolher o melhor tratamento para o paciente, e não o plano de saúde.

"*Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva. 1. 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, no caso,*

Acesso ao Sumário

1 (endereço eletrônico constante no texto original) - fl.13

o câncer, é inviável vedar a quimioterapia 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. 2. Recurso especial conhecido e provido" (STJ-3ª T., Resp 668216/SP, Recurso Especial 2004/0099909-0, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15.03.2007).

Diante disso, a resistência a tal cobertura implica, indiretamente, na negativa de tratamento do câncer, o que é inadmissível porque previsto em contrato, afetando em excesso o sinalagma contratual e colocando o consumidor em manifesta desvantagem.

Nesse sentido, foi editada a Súmula 96 deste E. Tribunal, que dispõe, e se aplica por analogia: "*Havendo expressa indicação médica de exames associados a enfermidade coberta pelo contrato, não prevalece a negativa de cobertura do procedimento*".

Evidente que não pode um catálogo de natureza administrativa contemplar todos os avanços da ciência, muito menos esgotar todas as moléstias e seus meios curativos usados com base científica. Por isso, a pretendida exclusão do custeio das despesas somente poderia ser acolhida se houvesse manifesto descompasso entre a moléstia e o tratamento proposto, o que não é o caso dos autos.

Ademais, conforme preceitua o artigo 35-F, da Lei n. 9.656/98, "*a assistência a que alude o artigo 1º desta lei, compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta lei e do contrato firmado entre as partes*".

Conforme já ficou decidido na apelação 582.104.4/5-00, 8ª Câmara, j. 10.12.2008, que teve como relator o Desembargador Salles Rossi, participando do julgamento os Desembargadores Caetano Lagrasta e Joaquim Garcia, o que se aplica ao presente caso:

"*Ressalte-se que o contrato não prevê a exclusão específica do tratamento indicado, sendo, por conta disso, injusta a recusa da ré, à luz do Código de Defesa do Consumidor... A alegação de que o procedimento não está relacionado na 'Tabela Sul América' e nem mesmo em Resolução da CONSU - Conselho de Saúde Suplementar não pode prevalecer, haja vista que o contrato deve ser interpretado de forma a ajustá-lo aos avanços da medicina, sendo de rigor a cobertura para o tratamento com a droga prescrita*".

É abusiva a limitação pretendida, nos termos do art. 6º do Código do Consumidor.

A jurisprudência predominante desta Corte não destoa deste entendimento, e os argumentos da apelante não são suficientes à modificá-lo. Confira-se

Acesso ao Sumário

passagem de outro acórdão proferido por esta C. Câmara:

"*A cura da doença da qual foi acometido o autor é luta frequente de toda a medicina e o uso de cada droga nova que surge para o tratamento é plenamente justificado, visto que se pretende obter a chance de salvar a vida do paciente enfermo, com a utilização do medicamento uma vez que não está em caráter experimental (já que seu registro foi autorizada pela ANVISA). É droga da qual não há menor prova de que não seja necessária para o tratamento quimioterápico a que se submete o autor apelado.*" (Ap. 469.562-4/0-00, rel. Salles Rossi, j. 10.5.07).

O avanço da medicina permitiu a criação de novos métodos para cura do câncer, de modo que a utilização do medicamento indicado é provavelmente mais efetiva para a moléstia do autor, porém o fato de não constar do rol da ANS não poderia servir de base para negação de cobertura; porque indiretamente estaria privando o paciente ao tratamento do câncer que lhe acometeu.

E os julgados deste Tribunal de Justiça têm sido no sentido de determinar ao plano de saúde a cobertura do tratamento completo para recuperação do paciente.

O tema já foi pacificado por este Tribunal, na edição da **Súmula 95**, que se aplica por analogia: "*Havendo expressa indicação médica, não prevalece a negativa de cobertura do custeio ou fornecimento de medicamentos associados a tratamento quimioterápico.*"

E ainda, cite-se o Enunciado 20, da 3ª Câmara de Direito Privado:

"*Havendo expressa indicação de medicamentos associados a tratamento quimioterápico, não prevalece a negativa de cobertura das drogas, sob pena de se colocar em risco o objeto do contrato, ou seja, a preservação da saúde do usuário.*" (Precedentes: Apelação Cível 9252551-39.2008.8.26.0000 - Relator: Paulo Eduardo Razuk - AVASTIN; Apelação Cível 9221977-67.2007.8.26.0000 - Relator: José Carlos Ferreira Alves - ZOMETA; Apelação Cível 0004722- 98.2010.8.26.0011 - Relator: Neves Amorim - NEXAVAR; Apelação Cível 0120852-15.2007.8.26.0000 - Relator: Adilson de Andrade - XELODA; Apelação Cível 0012155-56.2010.8.26.0011 - Relator: Beretta da Silveira - AVASTIN/ELOXAIN/IRENAX; Apelação Cível 0229437-84.2009.8.26.0100 - Relator: Donegá Morandini - AVASTIN e FOLFOX; Apelação Cível 0129381-09.2010.8.26.0100 - Relator: João Pazine Neto - REVLIMID; Apelação Cível 994.09.293078-9 - Relator: Francisco Loureiro - TARCEVA; Apelação Cível 990.10.015754-0 - Relator: Enio Zuliani - MABTHERA; Apelação Cível 0067106-50.2008.8.26.0114 - Relator: Natan Zelinschi de Arruda - FOLFOX; Apelação Cível 9113192-40.2009.8.26.0000 - Relator: James Siano - AVASTIN e ABRAXANE; Apelação Cível 994.08.123789-3 - Relator: Sebastião Carlos Garcia - ERBITUX; Apelação Cível 9057820-14.2006.8.26.0000 - Relator: Miguel Brandi - IRINOTECANO; Apelação Cível 0177957-33.2010.8.26.0100 - Relator: Salles Rossi - TARCEVA;

Acesso ao Sumário

Apelação Cível 0276244-74.2009.8.26.0000 - Relator: Galdino Toledo Junior - XELODA; Apelação Cível 9129674-05.2005.8.26.0000 - Relator: João Carlos Saletti - AVASTIN e IRESSA (EGF Gefitinib); Apelação Cível 0000486-06.2010.8.26.0302 - Relator: Coelho Mendes - XELODA e AVASTIN; Apelação Cível 9169978-75.2007.8.26.0000 - Relator: Viviani Nicolau - FLUDARA).

Acerca do tema, cumpre transcrever os ensinamentos de CLÁUDIA DE LIMA MARQUES, na Obra "CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR", em sua 4ª edição, p. 399, que bem delimita a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos firmados já na égide da Lei n. 9.656/98 e que aqui também merecem transcrição:

"*...Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro-saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço a consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor. O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no artigo 6º....*"

Deve, portanto, o plano de saúde cobrir as despesas do tratamento da autora, incluindo o medicamento indicado pelo médico, sendo abusiva a limitação pretendida.

Assim, a sentença deve ser mantida tal como lançada, por seus próprios e bem deduzidos fundamentos.

Por fim, atento ao disposto no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios de sucumbência devidos pela ré ao advogado da autora, de 10% para 15% do valor atualizado da causa.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0009781-98.2018.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante R.C.S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado B.N.G.S. (G.(MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.033)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MAIA DA CUNHA (Presidente sem voto), MAURÍCIO CAMPOS DA SILVA VELHO E

Acesso ao Sumário

ENIO ZULIANI.

São Paulo, 8 de abril de 2019.

ALCIDES LEOPOLDO, Relator

Ementa: Alimentos - Um beneficiário - Manutenção da pensão em 18% dos vencimentos líquidos ou 30% do salário mínimo nacional, em caso de ausência de vínculo formal, em paridade com outra filha do alimentante – Trinômio proporcionalidade/ necessidade/capacidade – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de alimentos movida pelo filho em relação ao genitor.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente em parte a ação, condenando o requerido ao pagamento de alimentos na ordem de 18% de seus rendimentos líquidos, incidentes sobre décimo terceiro, férias, horas extras e verbas rescisórias, exceto FGTS e 30% do salário mínimo nacional vigente havendo desemprego, trabalho autônomo ou sem vínculo (fls. 75/77).

O requerido apelou pleiteando a redução dos alimentos, aduzindo que o valor fixado é excessivo, pois paga pensão a outro filho, no importe de 15% de seus vencimentos líquidos, requerendo seja este mesmo valor estabelecido para o autor e 15% do salário mínimo em caso de desemprego (fls. 80/87).

Foram apresentadas contrarrazões, sustentando-se a manutenção da decisão (fls. 91/94).

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 114/118).

É o Relatório.

Na fixação dos alimentos devem-se equilibrar as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, pela utilização do "*critério da proporcionalidade*". Para a fixação do valor dos alimentos "leva-se em conta a proporcionalidade entre a *necessidade do alimentando* e a *capacidade do alimentante*, evidenciando-se um verdadeiro trinômio norteador do arbitramento da pensão"[1].

As necessidades básicas do alimentando, em razão de sua menoridade, são presumíveis. Faz-se necessário o custeio da alimentação, vestuário, saúde, educação, lazer e outros compatíveis com sua idade e condição.

No entanto, a impossibilidade do alimentante em suportar os alimentos

1 FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito das Famílias/Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 763.

Acesso ao Sumário

fixados não ficou comprovada, ressalvando que o fato de possuir outro filho também dependente de seu sustento por si só não se conduz em situação apta a reduzir os alimentos aqui fixados, devendo o apelante exercer a paternidade responsável.

Ademais, a porcentagem estabelecida de 18% dos rendimentos líquidos do alimentante, com valor mínimo de 30% do salário mínimo nacional, aplicável também em caso de desemprego, é a que foi estabelecida para a outra filha alimentada, como se verifica do Termo de audiência de fls. 55/56, e serviu de parâmetro para o autor, por isonomia entre a prole e deve prevalecer.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, deixando de majorar a verba honorária, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, pela ausência de condenação na sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1013973-20.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante J.G.O.F. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada H.G.D.I.F. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)).

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 29663)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JAMES SIANO (Presidente) e MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 10 de abril de 2019.

J.L. MÔNACO DA SILVA, Relator

Ementa: ALIMENTOS - Revisional - Ação proposta pelo pai em face do filho - Improcedência do pedido - Inconformismo - Desacolhimento - Necessidade presumida - Constituição de nova família e nascimento de outro filho que, por si sós, não são suficientes para autorizar a redução da pensão devida ao primogênito - Ausência da juntada de documentos comprobatórios da incapacidade financeira - Descumprimento do art. 373, inc. I, do Código de Processo Civil - Sentença mantida - Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de ação revisional de alimentos ajuizada por J.G.O.F. em face de H.G.D.I.F., tendo a r. sentença de fls. 152/154, de relatório adotado, julgado improcedente o pedido.

Inconformado, apela o autor sustentando, em síntese, que está desempregado e vive de pequenos "bicos", não reunindo condições financeiras para arcar com os alimentos fixados em 35,25% do salário mínimo no caso de desemprego. Diz também que não se mostra justa a fixação da pensão em 30% de seus rendimentos líquidos no caso de emprego formal, uma vez que constituiu nova família e tem outro filho com 2 anos. Pretende a redução da pensão para 15% de seus rendimentos líquidos ou 17,63% do salário mínimo no caso de desemprego (fls. 161/171).

Recurso respondido (fls. 175/181).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 193/197).

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A demanda objetiva a redução da pensão alimentícia destinada ao filho menor do autor, de 30% para 15% dos rendimentos líquidos no caso de emprego formal, e de 35,26% para 17,63% do salário mínimo no caso de desemprego.

Nas ações em que se discute fixação, majoração ou redução de alimentos, busca-se o equilíbrio entre as necessidades do alimentando e as possibilidades financeiras do alimentante.

Nesse sentido, a regra do art. 1.694, § 1º, do Código Civil estabelece que "*os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada*", que traduz o binômio necessidade/possibilidade, também retratado no art. 1.695 do mesmo diploma legal.

Para acolhimento do pedido de revisão dos alimentos mostra-se necessário que o interessado comprove que houve alteração na fortuna de qualquer das partes, conforme previsão expressa do art. 1.699 do Código Civil que dispõe: "*Se, fixados os alimentos, sobrevier 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*".

Pois bem. O recorrente não comprovou minimamente sua renda nem suas despesas, limitando-se a requerer a redução da pensão baseado unicamente na constituição de nova família e no nascimento de outro filho, sem ao menos mencionar em que consistem os "bicos" que realiza e sem carrear documento comprobatório dos gastos de sua família, tais como despesas de consumo,

Acesso ao Sumário

comprovante de aluguel, etc. (fls. 15/16).

Ora, não se desconhece que a constituição de nova família e o nascimento de mais um filho representam aumento dos gastos do alimentante. No entanto, repita-se, o recorrente não juntou aos autos nenhum comprovante de sua renda e/ou de suas despesas, descumprindo, pois, o disposto no art. 373, inc. I, do Código de Processo Civil.

Logo, a improcedência do pedido era mesmo de rigor.

Finalmente, cabe a majoração dos honorários advocatícios de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) sobre o valor de doze prestações mensais, considerando o trabalho adicional realizado pelo patrono da ré, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, ressalvada a gratuidade processual deferida.

Em suma, a r. sentença apelada não comporta reparos.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1040786-28.2017.8.26.0114, da Comarca de Campinas, em que são apelantes/apelados DISAL CORRETORA DE SEGUROS LTDA. e ICATU SEGUROS S/A, é apelada/apelante E.S.A. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 20ª 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 18432)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ROBERTO MAIA (Presidente), ÁLVARO TORRES JÚNIOR e CORREIA LIMA.

São Paulo, 25 de fevereiro de 2019.

ROBERTO MAIA, Relator

Ementa: APELAÇÕES. Contrato de consórcio para aquisição de veículo. Indenização decorrente de seguro de vida a ele atrelado. Morte do segurado. Recusa da seguradora em pagar a indenização. Alegação de embriaguez. Sentença de parcial procedência. Apelo das partes. Sem razão. Ônus das rés comprovarem o nexo de causalidade entre

Acesso ao Sumário

a embriaguez e o acidente. Ausência de prova nesse sentido. Estado de embriaguez que não configura, por si só, o agravamento intencional do risco do contrato de seguro de vida, sendo inapto a afastar a obrigação de indenizar da seguradora. Contrato assinado pelo segurado prevê de forma clara que aderiu ao "Plano Simples", na qual será pago o equivalente a 75% do valor do bem. Sentença mantida. Apelos não providos.

VOTO

RELATÓRIO:

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelas partes contra a r. sentença de fls. 352/359 que julgou procedente em parte os pedidos formulados na ação de cobrança e indenizatória proposta por *E.S.A*. (*menor*) em face de Disal Corretora de Seguros e Icatu Seguros, para: (i) declarar quitado, em 75%, o contrato de consórcio, estando a requerida credora da autora em 25% do débito contratado; (ii) condenar as rés ao pagamento de R$ 47.970,00 referentes à indenização de seguro prestamista, a ser corrigido desde a data da recusa do pagamento, com incidência de juros de 1% ao mês, contados desde a data da citação. Indeferiu o pleito de indenização por danos morais. Diante da sucumbência recíproca, a parte ré foi condenada a pagar os honorários devidos ao patrono da parte autora em 15% do total da condenação (R$ 47.970,00), já os honorários fixados em favor do patrono das rés são de 15% sobre o proveito econômico não obtido com o indeferimento do pedido de indenização por danos morais (R$ 100.000,00). Opostos embargos declaratórios pela corré Icatu a fls. 364/373, foram parcialmente acolhidos a fls. 419/423 para fixar os honorários de sucumbência em favor da parte ré, com base no proveito econômico, em 15% do valor dos pedidos não acolhidos de indenização por danos morais e de pagamento de seguro de vida, que correspondem a R$ 147.970,00, corrigidos monetariamente desde o ajuizamento, ressalvada a gratuidade da justiça concedida a parte autora.

Acesso ao Sumário

Apela a parte autora (fls. 432/442) pleiteando a reforma da r. decisão alegando que (A) *o contrato de consórcio juntamente com o contrato de seguro prestamista não foi contestado pelos requeridos, aqui apelados, todavia impuseram em contratação que o pagamento deveria ser em 75% da Carta de Crédito do bem* (437); (B) a cláusula 6.1. do contrato, que se refere ao item 16, garante indenização no equivalente a 100% do capital segurado e não 75% como defenderam as rés (fls. 437); (C) perante o CDC é abusiva a regra do item 72 do regulamento que prevê pagamento de indenização em 75% do valor do objeto do plano (fls. 438); (D) a indenização foi negada pela seguradora por

suposta embriaguez do segurado e a resposta veio seis meses após o falecimento do segurado. O motivo da negativa trouxe angústia à família e por isso deve ser indenizado o dano moral causado. (E) Além do mais, a autora é criança, e sua avó não é habilitada, razão pela qual preferem receber o valor a ser restituído em espécie (fls. 440). Prequestiona a matéria.

Apela a corré Disal (fls. 379/405). Aduz, em preliminar, (A) sua ilegitimidade passiva, há vista ser apenas administradora do grupo de consórcio ao qual aderiu o consorciado falecido, cabendo somente à seguradora o pagamento da indenização. No mérito, alega, em resumo, que (B) deve ser afastada a responsabilidade solidária (fls. 389); (C) não se opõe à pretensão da parte autora, entretanto, a seguradora é a responsável pela análise do processo de sinistro e pelo pagamento ou não da indenização securitária (fls. 392); (D) o consorciado pagava pelo percentual de 75% do valor do crédito, nos termos da cláusula 67, do Regulamento de Consórcio (fls. 395); (E) o capital segurado é 75% do saldo devedor, nos termos do contrato de adesão/proposta de seguro de vida prestamista, tópico "capital segurado" (fls. 396); (F) a carta de crédito corresponde a 75% do valor do bem, em razão de adesão ao consórcio simples, na data da quitação do saldo devedor, e não na data da morte ou da sentença (fls. 397); (G) *somente em caso de negativa ao pagamento da indenização e consequentemente a quitação do saldo devedor pela seguradora, a autora fará jus à devolução dos valores pagos pelo falecido, na contemplação da cota excluída* (fls. 404). Prequestiona as disposições da Lei 8.177/91 e Lei 11.795/2008 e a Circular BACEN 3432/2009, dentre outros (fls. 404).

Apela a corré Icatu (fls. 443/473). Pleiteia a reforma da r. sentença, alegando, em suma, que (A) o laudo de corpo de delito necroscópico atestou a presença de álcool no sangue da vítima de acidente de moto, vindo a óbito no local do acidente em 05/06/16 (fls. 451); (B) o segurado, quando da ocorrência do acidente, encontrava-se sob efeito de álcool, agravando o risco do objeto do contrato, situação que exclui a indenização securitária (fls. 453); (C) não há se falar em pagamento da indenização do seguro, já que o segurado se embriagou de forma voluntária e conduziu seu veículo embriagado, por mais que o acidente não tenha sido causado por sua culpa exclusiva (fls. 456); (D) é nítido que o fato de estar embriagado é causa principal do acidente de trânsito com os segurado, não sendo possível falar-se em indenização por morte acidental, uma vez que a embriaguez é suficiente para comprovar o agravante do risco (fls. 458); (E) a quantidade de álcool etílico constante do exame toxicológico do segurado (1,5 g/l) é suficiente para interferir na capacidade cognitiva (fls. 458); (F) houve nexo de causalidade entre o sinistro e a embriaguez do segurado (fls. 462/463). Subsidiariamente, requer, caso se entenda devida a indenização securitária, seja reconhecido que, apenas se o capital segurado individual for superior ao saldo devedor, a diferença remanescente será paga aos demais beneficiários indicados

Acesso ao Sumário

pelo segurado em sua proposta de adesão (fls. 473).

Os recursos foram regularmente processados. Apresentadas contrarrazões (fls. 477/497, 498/499 e 500/515).

FUNDAMENTAÇÃO:

De início, observo que os recursos são tempestivos, o preparo foi devidamente recolhido pela parte ré (fls. 406/408 e 474) e a parte autora está isenta por ser beneficiária da gratuidade da justiça.

Prossigo.

Trata-se de ação buscando indenização securitária ajuizada pela única filha, menor impúbere, do segurado. É ela relativa ao recebimento do valor da indenização de seguro de vida contra acidentes pessoais, previsto no contrato de consórcio de veículo automotor, firmado pelo pai da autora em 07.04.2016 (fls. 49), que sofreu acidente, vindo a falecer em 5 de junho do mesmo ano.

Em preliminar, a administradora do consórcio alega ilegitimidade passiva por ser mera estipulante.

Entretanto, os artigos 7º, parágrafo único, 14, 18, 25, §1º e 34, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), preveem a responsabilidade objetiva e solidária de todos os integrantes da cadeia de consumo pela reparação dos danos causados por defeitos na prestação dos serviços, excluindo tal responsabilidade apenas em caso de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Além do mais, as rés se beneficiaram mutuamente com a parceria mantida entre elas.

Portanto, a corré Disal é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

Esgotada a preliminar, passa-se à análise do mérito dos recursos.

Alega a seguradora recorrente que sua recusa em pagar a indenização é legitima, haja vista ter o segurado contribuído para o risco de acidente quando conduziu veículo em estado de embriaguez. Aduz, ainda, que a conduta do segurado falecido é excludente de pagamento da indenização, conforme prevê a cláusula 8.1, do contrato de seguro prestamista, nos seguintes termos (fls. 140):

> "*8. RISCOS EXCLUÍDOS. 8.1. Além do risco descrito na Cláusula nº 7 supra, estão expressamente excluídos de todas as garantias deste Seguro os eventos ocorridos em consequência: (...) de atos ilícitos dolosos praticados pelo segurado, pelo beneficiário ou pelo representante legal, de um ou de outro, bem como pelos sócios controladores, dirigentes e administradores.*"

Pois bem.

Já se pacificou nos tribunais que ao ocorrer sinistro de morte do segurado e inexistindo a má-fé dele, a embriaguez, por si só, não importa agravamento

Acesso ao Sumário

intencional do risco. É necessária a comprovação do nexo de causalidade, a cargo da seguradora, que assim autorize a concluir pela exclusão.

Definitivamente, para a configuração da hipótese de exclusão da cobertura securitária prevista no artigo 768 do Código Civil, exige-se que a conduta direta do segurado importe em agravamento, por culpa grave ou dolo, do risco objeto do contrato.

A mera embriaguez não incide em tal hipótese, mantendo aqui, a seguradora, o seu dever de indenizar.

Cabia a ela, ora apelante, nos termos do artigo 373, II, do CPC, comprovar o nexo de causalidade entre a embriaguez e o acidente que vitimou o segurado, o que não ocorreu.

As rés apelantes limitaram-se a juntar, tão somente, a proposta de adesão do segurado ao consórcio e o contrato de seguro de vida.

Assim, não houve prova da almejada excludente (que o segurado contribuiu com dolo ou culpa para o acidente automobilístico causador da sua morte). O boletim de ocorrência juntado ao processo não comprova a pretensa culpabilidade do segurado.

Neste sentido, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. RECUSA INDEVIDA DE PAGAMENTO. EMBRIAGUEZ DO SEGURADO. AGRAVAMENTO DO RISCO NÃO CONFIGURADO. CONTRARIEDADE À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. DECISÃO MANTIDA. 1. Nos termos da jurisprudência dominante desta Corte Superior, "a embriaguez do segurado, por si só, não pode ser considerada causa de agravamento de risco, a exonerar, em qualquer hipótese, a seguradora, em caso de acidente de trânsito. Precedentes" (AgRg no AREsp 635.307/MG, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/3/2015, DJe 26/3/2015). 2. No caso, de acordo com a moldura fática delimitada pelas instâncias de origem, não houve comprovação da causa do acidente que levou a segurada a óbito. Dessa forma, foi possível a aplicação de entendimento firmado por esta Corte, sem a necessidade de reexame de fatos e provas. 3. Em se tratando de seguro de vida, esta Corte Superior decidiu que "é vedada a exclusão de cobertura na hipótese de sinistros ou acidentes decorrentes de atos praticados pelo segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas (Carta Circular SUSEP/DETEC/GAB nº 08/2007)" (REsp 1.665.701/RS, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 31/05/2017). 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1110339/SP, 4ª Turma, rel. min. Antonio Carlos Ferreira, data do

Acesso ao Sumário

julgamento 05.10.2017, DJe 09.10.2017).

Quanto à indenização no equivalente a 100% do capital segurado, verifica-se que o segurado optou pelo "Plano Simples" quando da assinatura da "proposta de participação em grupo de consórcio" (fls. 133).

Na proposta de seguro de vida prestamista juntada a fls. 134 também consta de forma clara e precisa na cláusula "condições de aceitação" o seguinte: "*Prêmio Mensal do Seguro - O prêmio deste seguro é o resultado da multiplicação do valor do bem (sem taxa de administração) pela respectiva taxa do seguro, no caso do Plano Simples e o prêmio do seguro é o resultado da multiplicação da taxa do seguro pelo valor equivalente a 75% do valor do bem (sem taxa de administração)*".

Diante disso, embora na cláusula 6.1 das condições gerais de contrato de seguro prestamista firmado entre as rés conste que a indenização será no equivalente a 100% do capital segurado para o caso de morte (fls. 139), na proposta assinada pelo segurado falecido este foi informado de que a indenização será paga no valor equivalente a 75% do valor do bem.

Além do mais, tendo o segurado optado pelo "Plano Simples", o contrato de seguro prestamista firmado entre as rés prevê na cláusula 10.2.1 a fls. 142 que "*Os segurados componentes deste grupo (Simples) poderão optar, em sua Proposta de Adesão, pelo pagamento correspondente a 75% ou 100%, do valor do crédito, nesses casos, o pagamento de eventual indenização observará a proporcionalidade definida.*".

Portanto, correta a. r. sentença que considerou as cláusulas do contrato assinado pelo segurado e não as condições gerais do contrato firmado entre as rés, e declarou quitado 75% do contrato de consórcio.

Quanto ao dano moral, não faz jus a autora apelante. A negativa do pagamento da indenização do seguro prestamista caracteriza mero dissabor, não havendo comprovação de situação vexatória que tenha causado à autora aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem estar.

Quanto aos honorários de sucumbência, foram adequadamente fixados. Ficam sem alteração nesta sede recursal, pois nela ninguém obteve êxito. Observo, ademais, que houve a concessão da gratuidade à parte autora.

Por derradeiro, ficam **prequestionados** todos os dispositivos constitucionais e legais ventilados nestes autos.

DISPOSITIVO:

Diante disso, voto pelo não provimento dos recursos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1028928-14.2017.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante/apelado CARLOS FERNANDO PARREIRA JUNIOR (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO MERCANTIL DO BRASIL 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: "Por maioria de votos, negaram provimento aos recursos, vencido o 3º Desembargador. Em julgamento estendido foram colhidos os votos dos Exmos. Srs. Des. Walter Fonseca e Gil Coelho, resultando em final julgamento: Por maioria de votos negaram provimento aos recursos, vencido o 3º Desembargador, que declara voto" e integra este acórdão. **(Voto nº 23.862)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WALTER FONSECA (Presidente), MARINO NETO, GILBERTO DOS SANTOS e GIL COELHO.

São Paulo, 1º de março de 2019.

RENATO RANGEL DESINANO, Relator

Ementa: DANO MORAL - Responsabilidade civil - Hipótese de que o autor foi retido indevidamente em agência bancária - Constrangimento que superou o limite do mero aborrecimento - Dano moral configurado - Manutenção da indenização fixada em primeiro grau - RECURSOS NÃO PROVIDOS.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos em face de sentença, cujo relatório se adota, que, em "*ação de responsabilidade civil c/c indenização por danos morais*", proposta por CARLOS FERNANDO PARREIRA JUNIOR contra BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A, julgou procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento de indenização no valor de R$ 4.000,00, com correção monetária desde a data da sentença e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. O réu ainda foi condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados 20% sobre o valor da condenação (fls. 95/99).

Recorre o autor. Alega que foi retido indevidamente em agência do banco réu, tendo sofrido humilhação e constrangimento perante terceiros. Afirma que, em razão da conduta arbitrária dos funcionários do réu, perdeu exame de

Acesso ao Sumário

renovação de sua carteira de habilitação. Requer a majoração da indenização por dano moral para quantia equivalente a 200 salários mínimos (fls. 101/105).

Recorre o réu. Afirma que o autor infringiu norma que restringe a utilização de aparelho de telefonia celular em agências bancárias. Sustenta que em momento algum teve a intenção de causar humilhação ou constrangimento ao autor. Alega a inexistência de dano moral. Subsidiariamente, requer a redução do valor da indenização (fls. 108/112).

Recursos recebidos e contrariados (fls. 118/124 e 125/129).

É o relatório.

PASSO A VOTAR.

A r. sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir.

Consigna-se que a r. sentença assentou corretamente:

"*Cuida-se de ação através da qual o autor pretende indenização por alegados danos morais sofridos em razão de ato ilícito praticado pelo réu.*

Basicamente, sustenta que foi impedido de sair da agência do banco réu, o que lhe causou danos morais.

Citado, o réu alegou que o autor, ao ser informado da necessidade de apresentação de documentos de identidade e comprovante de residência, começou a realizar filmagem com seu celular no interior da agência, o que não é permitido, por força da legislação municipal transcrita às fls. 29.

Não negou que reteve o autor dentro de sua agência.

Por outro lado, a testemunha Claudir Castanheira afirmou que presenciou o segurança do banco réu impedir a saída do autor da agência. Narrou que os demais clientes presentes na agência não foram retidos.

Do relato extrai-se que a conduta causou constrangimento, eis que liberação somente foi autorizada com a chegada da polícia, o que certamente chamou a atenção dos demais clientes. Houve intenso dissabor, suficiente para reconhecimento de dano moral indenizável, que decorre do fato violador.

É certo que fortes são os indicadores de que o autor promoveu filmagem no interior da agência.

Tal aspecto foi narrado perante a autoridade policial, sem que contraversão tenha sido lançada no boletim de ocorrência (vide fls. 21/22).

A própria réplica, não contém negativa categórica do fato.

Acesso ao Sumário

Seja como for, embora a conduta seja vedada pela legislação municipal, da legislação copiada não se extrai que a instituição financeira estaria autorizada a reter o cliente até chegada de força policial, se não evidenciada insistência na prática após a orientação preconizada pela lei (vide 29, art. 4º, Lei Complementar n. 901/2015: 'Art. 4º. O possuidor de telefone móvel que descumprir o disposto no artigo 1º deverá ser imediatamente orientado pelos seguranças ou responsáveis pelas agências e postos bancários para que cesse a utilização e, persistindo a conduta, se necessário, poderá acionar a força policial para que se cumpra o estabelecido nesta lei complementar').

Em tal contexto, a despeito da postura do requerente, a conduta dos prepostos do réu foram abusivas. Extrapolaram os limites do razoavelmente permitido por lei, dando ensejo ao dever de indenizar, na forma do art. 14 do CDC, combinado com artigo 187 do Código Civil.

(...)

As passagens transcritas aplicam-se ao caso, na medida em que demonstrada a desproporcional reação e atuação do réu.

(...)

A quantia de R$4.000,00 é razoável, compatível o alcance do incidente, necessidade de causar razoável satisfação à parte lesada e, ao mesmo tempo, atuar como fator inibidor de conduta semelhante por parte do réu" (fls. 97/99).

De fato, os prepostos do réu praticaram ato ilícito ao impedirem o autor de sair da agência bancária, a pretexto de que ele teria realizado filmagem no local, até a chegada de policiais militares.

Frise-se que não há nos autos prova de que, após orientado pelo segurança da agência a cessar a utilização de aparelho celular, o autor tenha persistido na prática da suposta conduta.

Portanto, não restou configurada a hipótese prevista no art. 4º da Lei Complementar Municipal nº 901/2015 (fls. 29), que somente autoriza o acionamento de força policial em caso de descumprimento de orientação e persistência no uso de telefone móvel.

Mesmo que o autor tivesse insistido no uso do aparelho, não haveria respaldo legal para a privação de sua liberdade, ainda que momentânea, uma vez que não houve prática de qualquer delito. Se não há delito é incabível prisão em flagrante qualquer forma de detenção.

Verifica-se, assim, que o abuso na grave conduta do réu gerou evidente constrangimento ao autor, que supera o limite do mero aborrecimento, sendo-lhe devida indenização por dano moral.

Acesso ao Sumário

A fixação do dano moral deve ser ponderada, visando a inibir a repetição da conduta danosa, sem importar enriquecimento sem causa do lesado.

Considerando as circunstâncias do caso, e tendo em vista os padrões de quantificação de ressarcimento reiteradamente adotados pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça e por esta Câmara, tem-se que o valor de R$ 4.000,00 fixado na r. sentença revela-se adequado aos fins colimados.

E outros fundamentos são dispensáveis diante da adoção integral dos que foram deduzidos na r. sentença.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 40.991)

A r. sentença de fls. 95/99, de relatório adotado, julgou procedente a ação para o fim de condenar o réu a pagar R$ 4.000,00 com juros e correção monetária a título de compensação por danos morais, além das custas, despesas processuais e honorários de advogado fixados em 20% do valor da condenação.

Apelaram ambas as partes.

O autor pedindo a majoração da condenação para o valor equivalente a 200 salários mínimos.

E o réu pedindo a reforma do julgado sob alegação de que a conduta do autor fora inadequada, ferindo legislação municipal que proíbe filmagem no interior de agência bancária, e além disso não decorreu dano moral indenizável. Em alternativa, pediu redução do valor da condenação.

Recursos regularmente processados e contrariados.

É o relatório.

Com a devida vênia, ousei divergir do voto do ilustre Desembargador Relator sorteado, porquanto entendia que a solução adequada para o caso seria a da improcedência da ação.

Acesso ao Sumário

Com efeito, conforme destacou a r. sentença, toda a celeuma se originou de conduta do próprio autor, que não se conformou com a exigência de documentação por parte do Banco para pagamento do benefício previdenciário e passou a filmar os acontecimentos com seu telefone celular. No entanto, isso é vedado pela Legislação Municipal citada (fls. 97) e inclusive autoriza o acionamento da força policial.

No caso, com a devida vênia, não me pareceu tivesse havido exagero ou abuso de direito algum por parte dos prepostos do Banco e nem, muito menos, situação vexatória ou de menoscabo capaz de caracterizar verdadeiramente dano moral.

Da análise dos elementos dos autos, entendo que, quando muito, pode ter havido mero aborrecimento ou transtorno normal do cotidiano, o que não autoriza concessão de compensação financeira.

Comentando sobre a "vitimização" do dano moral, o ilustre Juiz ANTONIO JEOVÁ bem diz: "Além da vontade de alguns em serem vítimas de danos morais, existem aqueles que enxergam a lesão espiritual em qualquer situação que se lhes apresente". E obviamente não pode ser assim, pois no mais das vezes a situação não passa de mero aborrecimento e desconforto causado por um simples fato da vida.

Atenta a esse mau vezo que se vai instalando, a jurisprudência tem repelido pedidos de indenização baseada unicamente nesses fatos menores. Nessa linha, o Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu:

> "*A configuração do dano moral pressupõe uma grave agressão ou atentado a direito da personalidade, capaz de provocar sofrimentos e humilhações intensos, descompondo o equilíbrio psicológico do indivíduo por um período de tempo desarrazoado.*"
>
> (STJ - REsp 1653865 / RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, J. 23/05/2017, DJe 31/05/2017)

Pois bem, analisando-se objetivamente o caso dos autos, é fácil ver que nem mesmo com a melhor das boas vontades seria possível enquadrá-lo no modelo acima.

Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta pelo meu voto, prejudicado o recurso do autor, dava provimento ao recurso do réu para o fim de reformar a r. sentença e julgar a ação improcedente, com a condenação do autor ao pagamento das custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa, com as ressalvas da gratuita de justiça.

GILBERTO DOS SANTOS, 3º Desembargador

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1054227-21.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado BANCO SANTANDER (BRASIL) S/A, é apelada/apelante MIRELLY DE ALBUQUERQUE QUINZINHO BRANDER (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 24ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso do réu e deram parcial provimento ao recurso da autora. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este

acórdão. **(Voto nº 15053)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DENISE ANDRÉA MARTINS RETAMERO (Presidente sem voto), WALTER BARONE e JONIZE SACCHI DE OLIVEIRA.

São Paulo, 14 de março de 2019.

PLINIO NOVAES DE ANDRADE JÚNIOR, Relator

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - INDENIZAÇÃO - EMPRÉSTIMO - Imposição indevida de restrição cadastral à autora, com base em contratos não celebrados - Relação de consumo caracterizada - O réu não comprovou, tal como lhe competia, a teor do art. 373, II, do novo Código de Processo Civil, a contratação dos empréstimos questionados - Falha na prestação do serviço - Responsabilidade objetiva do banco - Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor - Excludente de responsabilidade não demonstrada - Dano moral presumido - Recurso do réu improvido, neste aspecto.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - RESTRIÇÃO DE CRÉDITO INDEVIDA - VALOR DA CONDENAÇÃO - Imposição indevida de restrição cadastral à autora, com base em contratos que não foram celebrados - Indenização fixada em R$ 2.000.00 (dois mil reais) - Apelo da autora visando à majoração deste valor para quantia não inferior a R$ 46.850,00 (quarenta e seis mil, oitocentos e cinquenta reais) e do réu postulando a redução desta quantia - Valor da condenação elevado para R$ 10.000,00 (dez mil reais), levando em conta critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, bem como as peculiaridades do caso, corrigido a partir da data da sentença, ocasião em que a indenização foi arbitrada - Súmula 362 do STJ - Recurso do réu improvido e recurso da autora provido em parte, neste aspecto.

JUROS MORATÓRIOS - Os juros moratórios não são contados a partir da citação, por se tratar de ilícito extracontratual, configurando a hipótese prevista na súmula 54 do STJ, que versa sobre responsabilidade

Acesso ao Sumário

extracontratual - Juros moratórios contados desde a indevida imposição de restrição cadastral à autora - Recurso da autora provido, neste aspecto.

SUCUMBÊNCIA - Reconhecido o direito à indenização por dano moral, cabe ao banco réu arcar, por inteiro, com as verbas decorrentes da sucumbência, ainda que o valor arbitrado pelo Juízo seja inferior ao pleiteado pela autora - Verba honorária fixada em 20% sobre o valor da condenação, a teor o artigo 85, § 2º, do novo Código de Processo Civil. RECURSO DO RÉU IMPROVIDO E RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO

VOTO

Trata-se de "ação de indenização por danos morais c/c pedido de tutela antecipada e inexigibilidade de débito", ajuizada por Mirelly de Albuquerque Quinzinho Brander contra o Banco Santander S/A, julgada parcialmente procedente pela respeitável sentença de fls. 81/83, cujo relatório adoto, para declarar a inexistência de relação jurídica entre as partes e, consequentemente, a inexistência do débito, cancelando definitivamente as restrições e condenar a ré a pagar indenização, a título de dano moral, no valor de R$ 2.000,00, corrigido pela tabela judicial a partir da publicação da sentença, e acrescido de juros legais, da ordem de 1% ao mês, contados da mesma data. Em razão da sucumbência recíproca, as custas e despesas processuais foram rateadas em iguais proporções. Cada parte arcou com os honorários advocatícios de seus respectivos patronos, observada a gratuidade processual concedida à autora.

Inconformadas, ambas as partes recorreram.

O réu, em seu apelo de fls. 86/93, alegou, em suma, que as partes celebraram contrato de crédito pessoal, cujo valor foi creditado na conta da autora e por ela utilizado.

Afirmou que o valor, ora questionado, tem sido pago pela autora, desde 2014, sem qualquer objeção.

Procurou demonstrar a inexistência de dano material, pois a cobrança da parcela referente ao referido empréstimo foi legítima e prevista contratualmente.

Sustentou, também, a inocorrência de dano moral passível de indenização, sob o argumento de que se tratava de mero dissabor.

Requereu, então, o provimento de seu recurso para reformar a r. sentença a fim de que a ação fosse julgada totalmente improcedente.

A autora, por sua vez, em seu recurso adesivo de fls. 97/105, pleiteou a majoração do valor da indenização por dano moral, alegando que o montante

Acesso ao Sumário

fixado, a este título, na r. sentença, era insuficiente para reparar os prejuízos imateriais decorrentes da humilhação que lhe foi causada, uma vez que foi considerada inadimplente indevidamente.

Ademais, a quantia arbitrada era irrisória diante do porte econômico da instituição financeira ré, postulando a sua majoração para valor não inferior a R$ 46.850,00.

Requereu, ainda, a elevação da verba honorária advocatícia, decorrente da sucumbência, para 20% do valor da ação, nos termos do artigo 85, § 11, do novo Código de Processo Civil.

Pleiteou, ainda, a incidência dos juros moratórios a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Pediu, então, o provimento de seu recurso, para os fins supramencionados.

Recursos tempestivos, regularmente processados, acompanhado dos comprovantes de preparo o apelo interposto pelo réu (fls. 94) e sem preparo da autora, por ser beneficiária da justiça gratuita (fls. 26).

A autora apresentou contrarrazões (fls. 106/112), pugnando pelo improvimento do recurso interposto pelo réu.

O banco réu indicou o nome de seus advogados, o que deverá ser anotado para fins de intimação (fls. 115).

As partes não se opuseram ao julgamento virtual, nos termos da Res. 772/2017 - TJSP, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados da publicação da distribuição dos presentes autos.

É o relatório.

Cuida-se de ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização, decorrente de empréstimos, cujas contratações foram negadas pela autora.

O banco réu, por sua vez, sustentou, na contestação (fls. 32/41), que o indigitado empréstimo foi regularmente contratado mediante a utilização da senha pessoal ou assinatura eletrônica do correntista, inexistindo cobrança ilícita.

Todavia, o réu não comprovou, tal como lhe incumbia, nos termos do artigo 373, II, do novo Código de Processo Civil, a adesão da autora aos contratos de empréstimos em questão, que motivaram a inserção de seu nome nos órgãos restritivos de crédito, como foi bem ponderado na r. sentença, nos seguintes tópicos:

"*Consistente a pretensão em parte na medida em que, na espécie, não cabe à autora prova negativa, ou de que não contratou o débito. Caberia ao réu comprovar a contratação apresentando a documentação pertinente na forma do art. 434 do CPC, o que não ocorreu, oportunidade preclusa. O réu limitou-*

se a apresentar impressão de tela de computador no corpo da própria defesa. Tal não tem qualquer validade, não só porque seria necessária a apresentação de contrato com a assinatura da requerente ou, se contratado mediante senha pessoal, a comprovação do encaminhamento do cartão utilizado para contratação além do ingresso da receita contratada em conta aberta pela própria requerente. No caso concreto nada disso foi apresentado. Nem se sabe se efetivamente houve pagamento de parcelas porque o documento foi de produção unilateral" (fls. 81/82).

Com efeito, a instituição financeira ré, na condição de fornecedora de serviços de natureza bancária, está sujeita à Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Neste sentido, é o entendimento predominante do Colendo Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado na súmula nº 297, que dispõe: "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

No caso, a responsabilidade da instituição financeira é objetiva e independe da existência de culpa, consoante o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, em se tratando de relação de consumo, e sendo verossímil a versão apresentada pelo consumidor, a sua defesa deve ser facilitada, com a inversão do ônus da prova, a teor do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Ressalte-se que, ao consumidor, não poderia ser atribuído o ônus de provar um fato negativo, isto é, de que não contraiu as dívidas discutidas.

Neste contexto, considerando a ausência de comprovação da origem da dívida questionada, prova esta cujo ônus cabia à empresa ré, impõe-se o reconhecimento da irregularidade da inscrição do nome da autora nos cadastros restritivos de crédito.

Por tais razões, mostra-se correto o decreto de inexistência do débito.

Todavia, respeitado o entendimento do Meritíssimo Juiz sentenciante, a r. sentença comporta um pequeno reparo, apenas no tocante ao valor da indenização a título de dano moral e ao termo inicial dos juros moratórios.

Com efeito, é evidente o prejuízo à autora, decorrente da indevida restrição cadastral que lhe foi imposta, dano este que é presumido e não necessita de comprovação, dado o notório constrangimento e vexame a que o consumidor é submetido, ao ter o seu nome inserido, indevidamente, no rol de inadimplentes.

Todavia, conforme decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, "a indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa" (RT 706/67).

Acesso ao Sumário

Segundo entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em indenizações desta natureza, "a verba devida há que ser fixada, pelo Juiz, segundo critérios de razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de molde a evitar que a reparação constitua-se em enriquecimento indevido às vítimas, arbitrando a verba com moderação e de maneira proporcional ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, contribuindo, também, para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo a sua conduta" (REsp 215.607-RJ - 4ª T. - j. 17.09.1999 - rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJU 13.08.1999 RT 775/211).

Na espécie, o valor da indenização arbitrado na r. sentença, isto é, R$ 2.000,00 (dois mil reais), afigura-se insuficiente e comporta majoração, sob pena de se dar à consumidora lesada uma reparação insuficiente.

É certo que, o montante pleiteado pela autora, isto é, R$ 46.850,00 (quarenta e seis mil e oitocentos e cinquenta reais), afigura-se excessivo, de modo a acarretar enriquecimento sem causa.

Assim, atendendo-se aos critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, a indenização por dano moral fica arbitrada em R$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia suficiente para reparação da humilhação, angústia e aborrecimentos suportados pela autora, em decorrência desta indevida restrição cadastral que lhe foi imposta, conforme critérios adotados pelo Superior Tribunal de Justiça para indenizações desta natureza, evidenciados no seguinte julgado daquela Corte Superior:

"**AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA 182/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. INDENIZAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. VALOR ARBITRADO. IRRAZOABILIDADE. AGRAVO PROVIDO**.

1. A impugnação pelo agravante dos fundamentos da decisão de inadmissão do especial impõe o afastamento da súmula 182/STJ. Decisão agravada reconsiderada.

2. Esta Corte, em casos de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, tem fixado a indenização por danos morais em valores equivalentes a até cinquenta salários mínimos.

2. O valor arbitrado a título de reparação de danos morais está sujeito ao controle do Superior Tribunal de Justiça, desde que seja irrisório ou exagerado, o que ocorre no presente caso em que fixado em 603 (seiscentos e três) salários mínimos, à época dos fatos.

3. Quantia reduzida para R$ 10.000,00 (dez mil reais), em atenção às peculiaridade do caso em concreto, aos parâmetros jurisprudenciais pertinentes e ao primado da razoabilidade.

4. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO DE INSTRUMENTO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL" (AgRg no Ag 1138180/TO - Agravo Regimental no Agravo

Acesso ao Sumário

de Instrumento 2008/0284281-8 - Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino - Terceira Turma Julgado em 16/09/2010 - Data da Publicação/Fonte: DJe 28/09/2010).

O montante da condenação deve ser corrigido a partir da data do arbitramento, nos termos da súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça que dispõe: "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento". Na espécie, a correção monetária incide a partir da data da sentença, época em que a indenização foi arbitrada.

No que tange aos juros moratórios, assiste razão à autora.

É que os juros moratórios não são contados a partir da citação, por se tratar de ilícito extracontratual, configurando a hipótese prevista na súmula 54 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que versa sobre responsabilidade extracontratual.

Assim, os juros de mora devem incidir desde a data do evento danoso, isto é, desde a negativação indevida.

Neste sentido, vale lembrar os seguintes precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

"DANO MORAL - Negativação indevida - Denunciação da lide Contestação da denunciada em que se requereu a condenação exclusiva da denunciante - Caracterização da responsabilidade da denunciada e denunciante - Condenação solidária - Necessidade - Art. 75, II, do CPC e art. 7º, parágrafo único do CDC: Após o deferimento da denunciação da lide e apresentação de contestação pela denunciada por meio da qual se requereu condenação exclusiva da denunciante, uma vez caracterizada a responsabilidade de ambas pela negativação indevida do nome da autora, é possível a condenação solidária das duas à reparação dos danos experimentados, a teor do art. 75, II, do CPC e 7º, parágrafo único do CDC. DANO MORAL - Inclusão indevida do nome do consumidor nos cadastros de restrição de crédito - Indenização - Cabimento - Danos presumidos na espécie: A indevida inclusão do nome do consumidor nos cadastros de restrição de crédito gera, por si só, o dever de indenizar por danos morais, que são presumidos na espécie. DANO MORAL - Fixação que deve servir como repreensão do ato ilícito - Enriquecimento indevido da parte prejudicada - Impossibilidade - Razoabilidade do quantum indenizatório: A fixação de indenização por danos morais deve servir como repreensão do ato ilícito e pautada no princípio da razoabilidade sem que se transforme em fonte de enriquecimento indevido da parte prejudicada. **JUROS MORATÓRIOS - Termo inicial - Responsabilidade extracontratual - Evento danoso - Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça: em se tratando de responsabilidade extracontratual os juros de mora incidem desde o evento danoso, a teor da Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça.** RECURSOS NÃO PROVIDOS." (Apelação 054296-14.2006.8.26.0114, 24ª Câmara de Direito Privado, Relator: Desembargador Nelson Jorge Júnior, julgado em 17.10.2014).

Acesso ao Sumário

"APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE c.c INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO E CONDENOU O RÉU AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO DA LESÃO AO DIREITO DE PERSONALIDADE (DANO 'IN RE IPSA'). MAJORAÇÃO DO VALOR DA COMPENSAÇÃO PARA O IMPORTE DE R$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), QUANTIA ESTA QUE SE AFIGURA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO O SEU CARÁTER COMPENSATÓRIO, PEDAGÓGICO E AS PECULIARIDADES DO CASO EM ANÁLISE. **JUROS DE MORA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA PRÉVIA. EM SE TRATANDO DE RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL, OS JUROS DE MORA FLUEM A PARTIR DO EVENTO DANOSO (ART. 398 DO CC E SÚMULA 54 DO STJ)**. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO DO PEDIDO DE MAJORAÇÃO. A FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS EM 15% DO VALOR ATUALIZADO DA CONDENAÇÃO É SUFICIENTE PARA REMUNERAR O PATRONO DA AUTORA DE FORMA CONDIGNA, DIANTE DO GRAU DE ZELO DO PROFISSIONAL, NOS TERMOS DO ART. 85, § 2º, DO CPC. RECURSO PROVIDO EM PARTE" (TJSP; Apelação 1033932-86.2015.8.26.0114; Relator: Desembargador Alberto Gosson; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 08/11/2018; Data de Registro: 08/11/2018).

Vale salientar que, de conformidade com a súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça, "na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".

Assim, reconhecido o direito à indenização por dano moral, cabe ao banco réu arcar, por inteiro, com as verbas decorrentes da sucumbência, ainda que o valor arbitrado pelo Juízo seja inferior ao pleiteado pela autora, cujos honorários advocatícios são fixados em 20% sobre o valor da condenação, a teor o artigo 85, § 2º, do novo Código de Processo Civil.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso interposto pelo banco réu e dou provimento parcial ao recurso da autora, a fim de majorar o valor da indenização, a título de dano moral, para R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido a partir da data da sentença (súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça) e acrescido de juros moratórios legais contados desde o evento danoso (súmula 54 do STJ). Ficam prequestionadas as matérias alegadas pelas partes, para fins de interposição de recursos perante os Tribunais Superiores.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022719-57.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante SPIN'N SOUL

ACADEMIA DE GINÁSTICA LTDA., é apelado STÊNIO FELIX DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8306)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AZUMA NISHI (Presidente), FORTES BARBOSA e HAMID BDINE.

São Paulo, 21 de março de 2019.

AZUMA NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. FRANQUIA. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C.C DECLARATÓRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL. Sentença de procedência. Rescisão fundada na cláusula 9.2 "e" do contrato entabulado entre as partes. Hipótese verificada justifica a devolução de 50% da Taxa de Franquia ao promissário - franqueador. Celebração do contrato de aluguel não afasta a incidência da referida cláusula, dado que o imóvel não contava com os requisitos necessários para instalação e operação da unidade franqueada. Manutenção da observância da cláusula de não concorrência nos moldes estipulados. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

VOTO

Vistos.

Cuida-se de apelação interposta contra r. sentença de fls. 193/194 que, nos autos da AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C.C DECLARATÓRIA DE RECISÃO CONTRATUAL ajuizada por **STÊNIO FELIX DA SILVA** em face de **SPIN'N SOUL ACADEMIA DE GINÁSTICA LTDA.**, julgou PROCEDENTE a ação, rescindindo o contrato celebrado entre as partes, além de condenar a ré à devolução do valor de R$ 40.000,00 ao autor, com a incidência de juros a contar da citação e correção monetária, esta a partir da notificação de fls. 85/86. Houve condenação da ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios à parte adversa, fixados em 10% do valor da condenação.

Opostos embargos de declaração ao r. *decisum*, que foram rejeitados à fl. 207, a ré recorre com vistas à reforma da decisão.

Acesso ao Sumário

Alega, em apertada síntese, que a hipótese prevista na cláusula 9.2 "e" (fl. 61) não se configurou devidamente, razão pela qual não há justa causa para rescisão do pré-contrato. Nesse diapasão, afirma que o franqueado já havia, inclusive, realizado contrato de locação de imóvel destinado à instalação do empreendimento. Aduz que a circunstância da lide amolda-se à desistência do negócio pelo promissário - com base na cláusula 9.2 "b" e "f".

Desse modo, a presente resolução contratual deve ser disciplinada pela cláusula 9.4 (fl. 62), que dispensa a restituição ao franqueado da Taxa Inicial de Franquia ou de qualquer despesa efetuada.

Por fim, assevera que as condições relativas à não concorrência devem permanecer em vigor após a rescisão contratual.

Por esses e pelos demais fundamentos presentes em suas razões recursais, pugna pelo provimento do apelo, com o fito de reconhecer indevida a restituição de quaisquer taxas determinadas no contrato; subsidiariamente que seja imposta a observância da cláusula de não concorrência.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 235/244.

O recurso é tempestivo. As custas foram devidamente recolhidas, vide fls. 230.

Ausente oposição ao julgamento virtual.

É o relatório do necessário.

1. O recurso comporta parcial provimento.

2. Trata-se de apelação em ação de restituição de valores cumulada com declaratória de contrato de franquia, ajuizado pelo franqueado em face da franqueadora.

O magistrado de piso julgou a ação procedente, para rescindir o contrato, bem como para condenar a ré a devolver ao autor R$ 40.000,00, com a incidência de juros e correção monetária.

3. Passando à análise do mérito, frisa-se inicialmente, que o pré-contrato de franquia, sob o qual se erige a relação jurídica entre as partes, estabelece em sua cláusula 9ª as hipóteses de rescisão. Para melhor elucidação, pede-se vênia para transcrever os itens 9.2, 9.4 e 9.5 (fls. 61/62):

> "*9.2 Constituem ainda justa causa para rescisão automática do presente Pré-Contrato, independentemente de qualquer aviso ou notificação, dentre outras já previstas neste instrumento, as seguintes hipóteses:*
>
> *a) Se o PROMISSÁRIO FRANQUEADO não pagar a taxa inicial de franquia prevista neste instrumento na forma acordada com a FRANQUEADORA;*
>
> *b) Se o PROMISSÁRIO FRANQUEADO desistir da assinatura do Contrato de Franquia ou der causa à rescisão pela Franqueadora;*

c) Se o PROMISSÁRIO FRANQUEADO descumprir qualquer das obrigações aqui estipuladas ou apresentar informações e dados falsos na sua ficha cadastral ou, ainda, ficar constatada qualquer omissão de dados relevantes sobre a sua pessoa ou sobre a pessoa de seus fiadores;

d) Se o PROMISSÁRIO FRANQUEADO não for aprovado no treinamento promovido pela FRANQUEADORA;

e) Se o PROMISSÁRIO FRANQUEADO não encontrar o ponto comercial necessário para a operação da Unidade Franqueada, de acordo com o território acordado com a Franqueadora e características estabelecidas para o negócio dentro no prazo fixado em comum acordo com a Franqueadora;

f) Se o Promissário Franqueado não assinar o Contrato de Franquia no prazo prevista na cláusula 8.2 acima.

9.4 Em ocorrendo as hipóteses (b), (c) e (f) elencadas no caput, o PROMISSÁRIO FRANQUEADO não fará jus à devolução da Taxa Inicial de Franquia ou de qualquer despesa efetuada.

9.5 Em ocorrendo as hipóteses (d) e (e) elencadas no caput, o PROMISSÁRIO FRANQUEADO fará jus à devolução do valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) da taxa inicial de franquia já paga, sem qualquer correção.

4. A controvérsia do caso em exame reside, especialmente, na aplicação das disposições acima transcritas.

As circunstâncias relatadas nos autos permitem concluir que o empreendimento não fora plenamente concretizado por causa alheia à vontade das partes, sendo a questão do imóvel, o óbice determinante. A despeito de o franqueado ter celebrado o contrato de locação do edifício, no qual funcionaria a academia, este possuía entraves que impediram o desenvolvimento das atividades da franquia.

O parecer acostado às fls. 71/72, aponta pendências estruturais da edificação tocantes à (i) vagas de estacionamento, (ii) recálculo das áreas permeáveis, (iii) instalação de sistemas de aquecimento solar e proteção acústica, dentre outros. Ademais, a regularização do imóvel estava sujeita a decreto municipal a ser editado.

Dessa forma, como bem decidido pela D. Magistrada de primeira instância, é de rigor a aplicação das cláusulas 9.2 "e" e 9.5 do contrato. Com efeito, o promissário não encontrou ponto comercial apropriado à operação da unidade franqueada, motivo que justifica recebimento de 50% da Taxa Inicial de Franquia em devolução, acrescidos de correção monetária e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

5. Subsidiariamente, merece acolhimento o pedido de respeito à cláusula

da não concorrência, expressa no item 11 do contrato (fl. 63), *in verbis*:

> 1. "*Durante o prazo de vigência do Pré-Contrato de Franquia e 2 anos após seu término sem assinatura do contrato de franquia, ou ainda, em caso rescisão do pré-contrato da Franquia, deverá o Promissário Franqueado, por si, por seus sócios, por seus ascendentes, descendentes e cônjuges, abster-se de utilizar ou implantar qualquer outra operação concorrente, ou semelhante ao Sistema de Franquia SPIN N SOUL - será considerando negócio concorrente aquele que, de maneira geral, concorra com a rede de franquias SPIN N SOUL, ou seja, que inclua exercícios intensos que trabalham com todo o corpo aliados ao componente mental, em estúdio ou eventos relacionados, no Estado em que estabeleceria a Franquia, sob pena de se sujeitar ao pagamento de multa no valor de R$ 1.000.000,00, cumulada com multa diária, não compensatória, no valor de R$ 10.000,00 por cada dia em que o novo negócio esteja ativo, devidamente ajustada de acordo com a variação do índice IGP-M, publicado pela Fundação Getúlio Vargas, ou de qualquer outro índice que venha a substituí-lo, na menor periodicidade permitida em lei. Esta multa setá devida sem prejuízo da Franqueadora intentar quaisquer medidas, cíveis ou criminais, em decorrência do descumprimento em questão, inclusive para pleitear perdas e danos havidos.*"

O referido instrumento estabelece uma limitação legítima ao Princípio da Livre Concorrência, no intento de resguardar a segurança das informações transmitidas através da relação contratual. Desta maneira, coíbe-se a utilização indevida do know-how, assim como, o desvio de clientela e condutas afins.

Corroborando esse entendimento tem-se a jurisprudência deste Tribunal:

> *CONTRATO DE FRANQUIA - Ação de resilição contratual julgada procedente, com condenação do réu à abstenção do uso de marca, nome e imagem da autora, à observância de cláusula de não concorrência, e ao pagamento de multa por inadimplemento - Inconformismo do réu que merece prosperar, em parte - Revelia não configurada - Tempestividade da contestação, enviada pelo correio dentro do prazo, inobstante a data do protocolo judicial tenha ocorrido fora dele - Convênio nº 24/2013, firmado entre TJSP e os Correios, que permite a utilização das agências da ECT para recebimento e protocolo de petições endereçadas às unidades judiciais - Evidências nos autos de que o requerido não foi devidamente notificado pela autora acerca de seu interesse em resilir o contrato - Continuidade do uso, pelo réu, da marca, título do estabelecimento e materiais da autora por breve período de tempo que não configurou efetivo inadimplemento contratual, a ensejar a imposição de multa - Devida, porém, a manutenção dos decretos de resilição contratual, abstenção do uso de marca, nome e imagem da autora, e observância de*

cláusula de não concorrência, até porque o próprio requerido admite que a franqueada se encontra há muito tempo inativa - Recurso parcialmente provido. [1]

Inclusive, pacífica a aplicação da cláusula visto que não houve qualquer insurgência do apelado quanto a sua incidência.

6. Sendo assim, o provimento deste recurso de apelação é tão somente para determinar o respeito da cláusula de não concorrência nos moldes contratados. No mais, mantém-se a r. sentença proferida às fls. 193/194.

7. Por fim, entende-se que a parte procedente deste recurso não enseja quaisquer alterações na disciplina sucumbencial adotada pelo juiz a quo.

Faz-se necessária, apenas, a majoração da verba honorária, consoante o § 11 do Art. 85/CPC, que fixo no patamar de 15% do valor da condenação em favor do autor.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009323-47.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado EURICO ANTONIO VARELA SANTOS, é apelado/apelante SERGIO DE CARVALHO SAMEK e Apelado NADIME JORGE.

ACORDAM, em 22ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do recurso do ex-advogado do embargante e deram provimento em parte ao recurso do embargado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44819)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MATHEUS FONTES (Presidente), ROBERTO MAC CRACKEN e EDGARD ROSA.

São Paulo, 14 de março de 2019.

MATHEUS FONTES, Relator

Ementa: EMBARGOS DO DEVEDOR - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - ALEGAÇÃO VEROSSÍMIL DE AGIOTAGEM - PROVA DA REGULARIDADE JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO -

Acesso ao Sumário

1 TJSP; Apelação 0073114-78.2009.8.26.0576; Relator (a): FRANCISCO LOUREIRO; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de São José do Rio Preto - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/11/2016; Data de Registro: 11/11/2016).

ÔNUS DO CREDOR - MPN nº 2.172-32/01 - NULIDADE DECLARADA DA ESTIPULAÇÃO USURÁRIA - CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL ENTRE PESSOAS FÍSICAS - MULTA CONTRATUAL - REDUÇÃO - DECRETO Nº 22.626/33 - RECÁLCULO DA DÍVIDA DETERMINADO POR LIQUIDAÇÃO MEDIANTE ARBITRAMENTO, ABATIDOS OS VALORES PAGOS E EXCESSO RESULTANTE DE USURA - EMBARGOS ACOLHIDOS PARCIALMENTE - APELAÇÃO DO EMBARGADO PROVIDA EM PARTE

APELAÇÃO - INTERPOSIÇÃO POR ADVOGADO QUE, NO CURSO DO PROCESSO, SUBSTABELECEU O MANDATO SEM RESERVA DE PODERES - AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA RECORRER DA QUESTÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - RESSALVA DE DISCUSSÃO EM AÇÃO PRÓPRIA - RECURSO NÃO CONHECIDO.

VOTO

A sentença acolheu embargos do devedor para extinguir execução por título extrajudicial, declarando a nulidade de escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária. Condenou o embargado no pagamento das custas, despesas e verba honorária de R$ 5.000,00, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

Rejeitados embargos de declaração, apelaram o embargado e o ex-advogado do embargante.

O embargado diz que a sentença contrariou a lei, a jurisprudência e a prova contida nos autos. Reitera preliminar de inépcia da petição inicial, pois os embargos do devedor não foram instruídos com cópias das peças relevantes do processo de execução. Defende a validade da escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária. Não houve prova da prática de agiotagem e, mesmo que provada estivesse, não tornaria nulo o negócio jurídico, mas somente levaria ao expurgo dos juros ilegais.

O ex-advogado do embargante rebela-se contra o capítulo da sentença que arbitrou os honorários de sucumbência em R$ 5.000,00, bem como contra decisão que rejeitou seus embargos de declaração, por não ter sido observada a regra prevista no art. 85, § 2º, do CPC nem disposto sobre a porção que cabe a

Acesso ao Sumário

cada um dos advogados que atuaram no processo.

Recursos tempestivos, preparados (fls. 450, 482), ambos respondidos, complementado preparo (fls. 531 e seguintes).

É o Relatório.

O advogado dr. Sérgio de Carvalho Samek substabeleceu, sem reservas de poderes, o mandato recebido de Nadime Jorge, deixando de representa-lo (fls. 151, 230).

Substabelecimento sem reserva de poderes importa renúncia ao poder de representação judicial da parte (AgRg nos EREsp 36.319/GO, Corte Especial, Rel. Min. Dias Trindade, DJ 08.05.1995; REsp 713.367/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 27.06.2005; REsp 1.207.216/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 03.02.2011) e, nesse caso, o ex-causídico perde a qualidade de terceiro interessado, não tendo mais legitimidade para recorrer da questão dos honorários advocatícios (AgInt nos EDcl no AREsp 43.083/SP, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 27.04.2017).

Ressalte-se que o advogado que teve sua procuração revogada não pode reclamar da parte adversa honorários de sucumbência. Cabe-lhe pleitear indenização em ação autônoma. Posto que o art. 22, § 4º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB) possibilite a reserva nos próprios autos dos honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais, tal dispositivo não se aplica quando o advogado não mais representa a parte (REsp 423.152/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 19.12.02; REsp 556.570/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 17.05.04; RMS 1.012/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 23.08.93; REsp 766.279/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 18.09.06; REsp 1.093.648/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 01.02.12; REsp 1.181.250/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 01.02.12; AgRg no REsp 867.641/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 17.02.12; EDcl Acordo no REsp 1.386.176/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 04.12.14; AgRg no AREsp 757.537/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 16.11.15; AgRg no AREsp 275.001/RS, Rel. Min. Marco Buzi, DJe 16.02.16; AgRg no AREsp 795.770/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 25.02.16; AgInt no REsp 1.546.305/PR, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 03.08.16).

No mesmo sentido são os precedentes da Seção de Direito Privado desta Corte: Agravo de Instrumento nº 2085392-44.2018.8.26.0000, Rel. Des. Hélio Nogueira, 22ª. Câmara, j. 19.06.2018; Agravo de Instrumento nº 2033524-27.2018.8.26.0000, de São Paulo, Rel. Des. Christine Santini, 1ª. Câmara, j. 22.08.2018; Agravo de Instrumento nº 2071752-71.2018.8.26.0000, de São Paulo, Rel. Des. Moreira Viegas, 5ª. Câmara, j. 21.06.2018; Agravo de Instrumento nº 2148377-49.2018.8.26.0000, de Osasco, Rel. Des. Adilson Araújo, 31ª. Câmara, j. 14.08.2018; Agravo de Instrumento nº 2124830-77.2018.8.26.0000, de São Paulo, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, 1ª. Câmara, j. 20.08.2018; Agravo

Acesso ao Sumário

de Instrumento nº 2125350-71.2017.8.26.0000, de Ribeirão Preto, Rel. Des. Marcondes D'Angelo, 25ª. Câmara, j. 18.05.2018.

Não conheço, pois, do recurso do advogado, dr. Sérgio de Carvalho Samek.

A apelação do embargado preenche requisitos do art. 1.010 do CPC. A reprodução na apelação das razões já deduzidas em primeiro grau não determina a negativa de conhecimento do recurso, se existe compatibilidade com os temas decididos na sentença (REsp 924.378/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 11.04.08; REsp 998.847/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 12.05.08; AgRg no Ag 807.531/MS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 31.10.07; REsp 766.163/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 13.11.06; REsp 742.027/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 26.09.05; REsp 604.548/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 17.12.04; REsp 556.783/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 22.03.04; REsp 512.969/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 19.09.05; REsp 354.278/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 25.03.02; REsp 341.479/MS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 25.02.04; REsp 256.189/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 25.09.00; REsp 203.066/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 16.10.00).

Quanto à preliminar de inépcia da inicial, por determinação da juíza, o embargante emendou a inicial para juntar aos autos as principais peças da ação de execução (fls. 61/129). Assim sendo, bem rejeitada pelo saneador a preliminar de inépcia da petição inicial (fls. 374).

No essencial a sentença deu solução adequada ao caso e merece subsistir por seus próprios fundamentos, que passam a integrar o voto (Regimento Interno, art. 252), porque proferida em harmonia com o conjunto probatório.

Como bem decidiu a juíza, o embargante trouxe narração pormenorizada de empréstimo tomado a juros exorbitantes, superiores ao dobro da taxa legal, e instruiu seus embargos com documentos sugestivos de estipulação usurária, que conferiram verossimilhança à alegação de agiotagem, pois, ao pedir empréstimo ao embargado de R$ 993.000,00, teve de assumir uma dívida de R$ 1.288.000,00, sendo a diferença de R$ 295.000,00 fruto da cobrança de juros usurários.

E demonstrada a verossimilhança da alegação, ao credor ou beneficiário do negócio incumbiria o ônus de provar a regularidade jurídica da obrigação, nos termos do art. 3º da Medida Provisória nº 2.172/32, de 23.08.01 (cf. Theotonio Negrão, CPC e legislação processual em vigor, art. 333:4, p. 448, Saraiva, 42ª. ed.; Ag 445.010/MG, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 06.08.02; REsp 722.600/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 29.08.05), do qual, todavia, não se desincumbiu, pois deixou de comprovar que o valor da diferença de R$ 295.000,00 seria oriundo de outros empréstimos anteriores.

A propósito, recolho da sentença o seguinte trecho:

Acesso ao Sumário

"De fato, verifica-se que restou comprovado o empréstimo do valor de R$ 993.000,00, consubstanciado por meio de dois cheques emitidos pelo embargado em benefício do embargante, em dezembro de 2013, nos valores de R$ 800.000,00 e R$ 193.000,00(fls. 109/110). Em que pese o embargado Eurico, em depoimento pessoal colhido por mídia digital, negar a prática de agiotagem sob o fundamento de que o valor expresso na escritura pública de confissão de dívida seria proveniente da consolidação de diversos empréstimos entre as partes, não logrou comprovar a existência do repasse de outros valores ao embargante. Destacam-se, nesse contexto, as diversas mensagens, via whatsapp, enviada pelo embargado ao embargante, nas quais expressamente se reporta à cobrança de juros, algumas delas cujo recebimento foi inclusive presenciado por testemunhas ouvidas em instrução. Portanto, dúvida não resta no sentido de que o embargado emprestou dinheiro ao embargante mediante a prática de agiotagem, eis que o valor repassado foi de R$ 993.000,00 e o expresso no instrumento de fls. 111/114 remonta a R$ 1.288.000,00, revelando a cobrança de juros ilegais, acima, portanto, de 1% ao mês" (fls. 419).

Todavia, o reconhecimento da prática de agiotagem não resulta em extinção automática do processo executivo, pois, nesses casos, devem ser declaradas nulas apenas as estipulações usurárias, conservando-se o negócio jurídico estipulado pelas partes, mediante redução dos juros aos limites legais, conforme firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 925.907/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 04.08.2014; REsp 1.396.951/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 28.11.2013; REsp 1.106.625/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 09.09.2011; AgRg no AREsp 116.476/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 08.05.2012; REsp 1.046.453/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 01.07.2013; AgRg no REsp 1.370.532/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 03.08.2015; REsp 1.560.576/ES, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 23.08.2016; AgInt no REsp 1.244.217/ES, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), DJe 04.12.2017; AgInt no AREsp 1.322.146/PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 13.12.2018).

Diante disso, afasto o decreto de extinção da execução e, como há condições, prossigo (CPC, art. 1.013, § 3º, inciso I).

Sobre o valor comprovadamente repassado ao embargante (R$ 993.000,00) - ou seja, já abatido o valor de R$ 295.000,00, oriundo da prática de agiotagem - incidirão do vencimento correção monetária pactuada pelo IGPM/FGV e juros de mora de 1% ao mês até o efetivo pagamento, sem prejuízo da multa penal que - conquanto não se cuide de relação de consumo, por ver no caso linha de crédito para financiar capital de giro do empresário, com vistas ao incremento de seu ramo de negócios, sem conotação de destinatário final -, reduzo de 20% para 10%, compatível com disposto no art. 9º do Decreto nº 22.626/33. Do total

Acesso ao Sumário

apurado serão deduzidos os valores pagos, atualizados e com juros de mora pelo mesmo critério, a partir dos depósitos comprovadamente efetuados na conta corrente do embargado, o que, ante as peculiaridades do caso, determino se apure em liquidação de sentença por arbitramento. (CPC, art. 509, I).

Recíproca a sucumbência, custas e despesas se dividem. Vedada compensação de honorários na sucumbência parcial (CPC, art. 85, § 14), o embargado pagará ao advogado do embargante honorários advocatícios de 10% do proveito econômico obtido, correspondente à procedência de parte dos embargos, nos termos da fundamentação, e o embargante irá pagar ao advogado do embargado verba honorária de 10% do valor da condenação, aferível conforme diretrizes postas na fundamentação do voto.

Observo que, provido em parte o recurso, não há espaço para honorários recursais a que alude o § 11 do art. 85 do CPC (EDcl no AgInt no REsp 1.573.573/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 08.05.2017).

Pelo exposto, não conheço do recurso do ex-advogado do embargante e dou provimento parcial ao recurso do embargado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028164-68.2018.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante JOÃO BOSCO BARROSO, é apelada TELEFONICA BRASIL S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 18486)**

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

São Paulo, 18 de março de 2019.

CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA, Relatora

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO - Ação declaratória - Suposta inscrição irregular - Renúncia ao direito devidamente homologada - Condenação do autor ao pagamento de multa no importe de dez salários mínimos e indenização à parte contrária, no mesmo patamar, em razão de litigância de má-fé - Pretensão de reforma

- Inadmissibilidade - Indenização pela prática de litigância de má-fé - Apelante que, cristalinamente, litigou alterando a verdade dos fatos - Conduta que demanda reprimenda - Redução das penalidades - Possibilidade - Redução quanto a cada uma das penalidades, multa e indenização à parte contrária, para dois salários mínimos - Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **João Bosco Barroso** em face da r. sentença de fls.74/76, proferida pelo MM. Juiz da 5ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba, nos autos da ação declaratória ajuizada contra a **Telefônica Brasil S/A**, por meio da qual homologada a renúncia ao direito, nos termos do art. 487, III, "c", do Código de Processo Civil, tendo sido o autor condenado ao pagamento de multa, no importe de dez salários mínimos e a indenizar a parte contrário no mesmo patamar, pela prática de litigância de má-fé, além dos honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados em R$ 1.000,00, em razão do princípio da causalidade.

Busca o autor, a reforma parcial do decidido. Sustenta, em síntese, que propôs a ação em razão da ausência de notificação prévia, renunciando ao direito tão logo resolveu a questão, diretamente, com a ré. Argumenta ter se limitado a exercer direito constitucional de ação, sem exceder ou violar as normas processuais e materiais. Aduz que não há prova de conduta dolosa, razão pela qual, a litigância de má-fé não restou caracterizada. Pugna pelo afastamento ou redução do valor fixado a título de multa (fls.79/89).

A ré apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da r. sentença (fls.93/98).

Apelo tempestivo e regularmente processado, sem necessidade de preparo nos termos da lei.

É o relatório.

Conheço do recurso, haja vista a presença dos pressupostos de admissibilidade. No mérito, a despeito do entendimento do d. magistrado *a quo* dou parcial provimento ao recurso.

Trata-se de ação declaratória decorrente de restrição creditícia, suspostamente, indevida realizada pela ré em face do autor.

Alegou o autor ter tomado conhecimento da inserção de seus dados nos órgãos restritivos, em razão de suposto débito vencido em 11/08/2014, no valor de R$ 169,78, oriundo do contrato nº 0203016385, avença por ele ignorada.

De sua parte, a ré apresentou defesa, afirmou que o autor celebrou contrato

Acesso ao Sumário

de prestação de serviço, cuja obrigação restou inadimplida. Juntou aos autos cópia do contrato assinado pelo autor (fls.62/63).

Intimado a se manifestar a respeito do documento juntado pelo réu, o autor renunciou ao direito sobre o qual fundado a ação, sob fundamento de que teria resolvido a pendência (fls.68).

A insurgência manifestada pelo autor está restrita à condenação por litigância de má-fé.

Não se olvida que a Constituição Federal garantiu, nos termos do disposto no artigo 5º, XXXV, o acesso à justiça por meio do direito de ação, o que não implica ausência de limitação ao seu exercício.

O legislador infraconstitucional elencou deveres a serem observados pelas partes no exercício do direito de ação, tais como, a exposição dos fatos em juízo conforme a verdade e a atuação em conformidade com os princípios da boa-fé e da lealdade.

Destarte, nota-se que o autor descumpriu os deveres supracitados, porquanto é possível inferir, diante dos documentos coligidos pela ré, que ele detinha ciência do débito inscrito nos órgãos de proteção ao crédito, desde o início e tentou ocultar a relação jurídica estabelecida junto à requerida, com a finalidade de influir no julgamento da lide.

Vale dizer que o autor, em sede da exordial, não afirmou, categoricamente, ter sido cliente da ré, limitando-se a empregar termos genéricos e abstratos, com intuito de confundir.

Em verdade, o autor pretendera valer-se de eventual inversão do ônus da prova, não havendo documentos juntados nos autos, porém, tendo sido surpreendido com a juntada do contrato, houve por bem renunciar ao direito, sob a justificativa de resolução da pendência, que tampouco se sustenta.

Nesse sentido, oportuna a lição do Professor Arruda Alvim a respeito do tema:

"*O art. 14, inc. III, ao tratar da formulação de pretensão, e, bem assim, defesa (termos que comportam interpretação extensiva), assegura, claramente, que a verdade é a verdade subjetiva, como é admitida em geral, na doutrina. Por outras palavras, aquele que relata os fatos e, conse--quentemente, formula pretensão, deve crer no relato e na pretensão oriunda dos mesmos fatos, valendo o mesmo para o réu, e, bem assim, para o interveniente. Subjetivamente deve estar convencido do seu direito, muito embora, objetivamente, possa estar errado e o juiz dessa forma o venha a entender*. (Alvim, Arruda. Tratado de direito processual civil. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 2 p. 407 e 408)."

Ensina o Professor italiano Virgílio Andrioli, citado por Humberto Theodoro Júnior em sua obra, que:

"*Ocorre, outrossim, violação do dever de lealdade em todo e qualquer ato inspirado na malícia ou má-fé e principalmente naqueles que procuram desviar o processo da observância do contraditório. Isto se dá quando a parte desvia, astuciosamente, o processo do objetivo principal e procura agir de modo a transformá-lo numa relação apenas bilateral, onde só os seus interesses devam prevalecer perante o juiz.*" (ANDRIOLI, Virgílio. Lezioni di Diritto Processuale Civile. Napoli: Jovene, 1973, v. I, n. 62, p. 328 *apud* Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento - vol. I - Humberto Theodoro Júnior - Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 197)"

Desse modo, já se pronunciou o E. Superior Tribunal de Justiça:

"'**O processo não é um jogo de esperteza, mas instrumento ético da jurisdição para efetivação dos direitos de cidadania.' (REsp 65.906/DF, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). O Código de Processo Civil (artigo 14, inciso II) impõe aos litigantes um comportamento regido pela lealdade e pela boa-fé, o que se traduz na obediência a um padrão de conduta que razoavelmente se espera de qualquer pessoa em uma relação jurídica impedindo a conduta abusiva e contrária à equidade**" (STJ, 3ª T., AgRg no REsp 709.372, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 24.05.2011, DJe 03.06.2011).

As partes que postulam em juízo sem o devido respeito aos princípios da boa-fé e lealdade devem ser penalizadas por litigância de má-fé, isto porque subtraem, do Poder Judiciário, recursos humanos e materiais necessários à análise das pretensões legítimas, que buscam a pacificação social.

Destarte, tendo o autor extrapolado os limites do direito de ação postos à sua disposição, porquanto, mesmo sabendo da legitimidade da contratação, alterou a verdade dos fatos, a fim de locupletar-se ilicitamente, deve ser mantido o decreto de condenação à pena prevista nos artigos 80 c.c 81, ambos do Código de Processo Civil.

Por outro lado, impõe-se a redução da penalidade, porquanto o montante de dez salários mínimos a título de indenização e de multa revela-se exagerado.

Desse modo, o importe merece redução para condenar o autor ao pagamento de dois salários mínimos a título de multa e dois salários mínimos a título de indenização à parte contrária, diante da gravidade e da deslealdade verificadas nos autos.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000091-40.2018.8.26.0488, da Comarca de Queluz, em que é apelante L.R.S. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado E.F.S. (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34078)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAMON MATEO JÚNIOR (Presidente) e HELIO FARIA.

São Paulo, 19 de março de 2019.

HENRIQUE RODRIGUERO CLAVISIO, Relator

Ementa: Ação de Indenização por danos morais - Responsabilidade civil - Ausência de ato ilícito, dano e nexo de causalidade - Alegação de infidelidade/traição - Fato que, por si só, não gera direito à indenização por dano moral - Intenção de causar lesão ou humilhação não configurada - Inexistência de lesão aos direitos da personalidade humana ou de afronta à dignidade - Compensação indevida - Sentença mantida - RITJ/SP, artigo 252 - Assento Regimental nº 562/2017, artigo 23. Recurso não provido.

VOTO

Vistos,

A r. sentença de fls. 316/318 julgou improcedente a ação indenizatória, com condenação da autora ao pagamento das custas e demais despesas, além de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor pretendido a título de danos morais, que corresponde ao proveito econômico pretendido, na forma do art. 85 § 2º do CPC, ressalvado, no ponto, a assistência judiciária concedida a autora, pelo que as verbas de sucumbência ficam com exigibilidade suspensa, a teor do art. 98 § 3º do CPC.

Apela a autora buscando o ajustamento do julgado de modo a alcançar a integral procedência da demanda, com a condenação da requerida no pagamento de indenização por danos morais, pelo fato de ter sido traída pelo requerido, além de ter sido impedida por ele de ver seu filho (fls. 320/324).

Processado e respondido o recurso (fls. 332/335), vieram os autos a esta

Acesso ao Sumário

Instância e após a esta Câmara.

É o relatório.

A autora propôs ação visando indenização por danos morais, alegando a mesma que foi traída, além do réu não ter deixado por um período a mesma ver seu filho.

Sem razão o apelo.

Para a admissão do pleito de indenização, seja por danos materiais, seja por danos morais, é necessária a demonstração do ato, ou da omissão, causador do dano, o próprio dano e o nexo de causalidade. No caso dos autos, não se verificou ilicitude no ato tido como causador do dano, tampouco efetivo dano, sendo, pois indevida a compensação moral reclamada.

No caso dos autos, embora não se desconheça haver sofrimento experimentado pela autora em razão do rompimento se seu relacionamento com o réu, não é ele, contudo, ensejador de indenização por dano moral, não se podendo admitir que tal fato possa ensejar responsabilização civil, sobretudo porque ausente qualquer circunstância excepcional.

Não obstante a prova oral apontar a ocorrência da alegada traição do réu, não foram apresentadas provas de que tal fato tivesse causado qualquer situação que atentasse contra a dignidade da autora, seja de ordem física ou moral.

Assim, não houve circunstância provocada pela réu que ensejasse situação de excepcional vexame, exposição ou desonra. Não há notícia de que o réu tenha ridicularizado ou ofendido a autora. Não se vislumbra, portanto, cabimento para o pedido de indenização por danos morais.

No mesmo sentido, temos os seguintes julgados: "*Dano moral. Adultério. Circunstância que, em si mesma, salvo excepcionalidade inocorrente na hipótese, não acarreta dano moral indenização. O relacionamento extraconjugal é apenas a consequência de uma união cujos sentimentos iniciais não perduraram no tempo, dando ensejo a que outros se sobrepusessem e levassem alguns dos cônjuges ou companheiros à relação afetiva com outras pessoas*." (TJSP, Apelação nº 361324-4/7, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. MAIA DA CUNHA, j. 27.03.2008).

"*RESPONSABILIDADE CIVIL DANOS MORAIS - Alegação de adultério - Adultério que, por si só, não gera o dever de indenizar - Ausência de circunstâncias extraordinárias que caracterizem o dano moral - Precedentes jurisprudenciais - Manifestações do réu, em ação de alimentos, que também não caracterizam dano moral - Sentença de improcedência mantida - Recurso desprovido.*" (0005944-79.2011.8.26.0007 - Apelação/Indenização por Dano Moral - Relator(a): Alexandre Marcondes - Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 03/09/2013)

Quanto ao reclamo da autora de ter sido impedida, pelo réu, de ver seu

Acesso ao Sumário

filho por certo período de tempo, cumpre registrar, como ressaltado pelo MM. Juiz de Primeiro Grau, que a apreciação de tal questão foi relegada ao Juízo da noticiada ação de regulamentação e visitas, conforme consta de fls. 59/273, de modo que até momento não se pode concluir pela ocorrência de qualquer ato do réu, nesse ponto, a infligir qualquer dano à autora. Nesse sentido, o afirmado pelo MM. Juiz de Primeiro Grau: "*Relativamente a guarda do filho, esta questão esta sendo objeto de ação apropriada, não podendo ser imputada ilicitude no ato do requerido de querer ficar com a guarda do seu filho e não devolve-lo a requerente*".

Daí não comprovada a ocorrência de danos morais no caso concreto, impõe-se a rejeição da pretensão recursal formulada pela apelante relativamente ao pleito indenizatório, ficando mantida a r. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos aqui adotados em complemento aos do presente voto (RITJ/SP, artigo 252, Assento Regimental nº 562/2017).

Nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010228-74.2018.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante SILVIO RODRIGUES DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado ITAÚ UNIBANCO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 48538b)**

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

São Paulo, 25 de março de 2019.

MELO COLOMBI, Relator

Ementa: DANO MORAL. VERDADE FORMAL. DANO IN RE IPSA. MERO ABORRECIMENTO. 1. A verdade formal colhida nos autos demonstra a ausência de contratação entre as partes. 2. Entretanto, não houve prova de que a cobrança indevida tenha tido repercussão na dignidade, honra e imagem do autor. 3. A simples cobrança indevida e a necessidade

Acesso ao Sumário

de se valer do Judiciário para solucionar o impasse configuram meros aborrecimentos não indenizáveis. Recurso não provido.

VOTO

A r. sentença de fls. 173/174, cujo relatório ora se adota, julgou parcialmente procedente ação declaratória c/c indenizatória ajuizada por Silvio Rodrigues da Silva contra Itaú Unibanco S/A, para declarar inexigível o débito, deixando de condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Inconformado, apela o autor, requerendo a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais.

Pugna pela reforma da sentença para procedência do feito.

Recurso bem processado e respondido.

É o relatório.

A parte autora alegou desconhecer a origem do débito que estava gerando cobranças indevidas pelo réu.

Restou incontroverso nos autos que o réu não provou da contratação de seus serviços pelo autor, tampouco a origem da dívida, sendo declarada inexigibilidade das cobranças realizadas no nome da parte autora.

Entretanto, não houve prova da negativação do nome do recorrente.

Com relação ao dano moral, de forma escorreita o juízo rejeitou o pedido indenizatório.

Apesar da cobrança indevida, a parte autora não trouxe aos autos prova da negativação de seu nome e/ou prova de que a simples cobrança tenha tido repercussão negativa na sua honra, dignidade ou imagem.

Não se vislumbra abalo psíquico passível de reparação sofrido pelo requerente em razão do recebimento de cobranças, bem como da negativa de solução amigável do problema e da necessidade de ingresso no Judiciário.

Tais fatos são aptos a provocar no homem médio meros aborrecimentos. Não dano moral indenizável.

Em suma, as razões recursais não abalaram os sólidos fundamentos da r. sentença guerreada.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007541-

Acesso ao Sumário

33.2018.8.26.0068, da Comarca de Barueri, em que é apelante LUCIANO MARQUETTO, é apelada AZUL LINHAS AÉREAS BRASILEIRAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª 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 42902)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NELSON JORGE JÚNIOR (Presidente) e FRANCISCO GIAQUINTO.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

HERALDO DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - Transporte aéreo - Prestação de serviço - Autor que teve a bagagem extraviada e ocasionou a perda da conexão para segundo voo - Mala localizada e bens entregues em local diverso do ajustado - Parcial procedência - Relação de Consumo - Inconformismo em relação à fixação do valor da indenização por danos morais - Regra de incidência - Decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal - (RE 636331 - Tema 210 de Repercussão geral e ARE 766618) - Convenção de Montreal - Dano moral configurado e majorado - Sentença reformada - Recurso provido

VOTO

Trata-se de ação julgada parcialmente procedente pela r. sentença de fls.105/112, cujo termos ora se transcreve: "***Ante ao exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos iniciais para condenar a ré a pagar à parte autora compensação pelos danos morais sofridos, consistente em 1.000 Direitos Especiais de Saque, a ser apurada e corrigida nos moldes consignados acima. Como houve mínima sucumbência autoral (apenas em relação ao quantum dos danos morais), condeno a ré ao pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios, que fixo em R$ 2.000,00. Julgo, assim, EXTINTO o presente processo, com resolução de mérito, nos termos 487, I do Código de Processo Civil. Eventual pedido de cumprimento de sentença deverá ser feito na forma de incidente, sob a classe 156 Cumprimento de Sentença.***"

Não se conformando com os termos da r. sentença, o autor apresentou apelação às fls. 121/136, sustentando que a aplicação da Convenção de Montreal

Acesso ao Sumário

é aplicável apenas ao tocante ao danos matérias decorrente de extravio de bagagens, devendo os danos morais serem regulados pelo Código de Defesa do Consumidor. No que se refere ao julgamento com Repercussão Geral no Recurso Especial 636331, ficou cedido que a Convenção de Montreal se aplica exclusivamente aos danos materiais, não se aplicando aos danos morais. Sustenta ainda, que o transporte de passageiros é caracterizado pela relação de consumo, nos termos do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. Por sua vez, a empresa ré é prestadora de serviços aeroviários, a companhia aérea, configurando-se como prestadora de serviços, nos moldes do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. Referente ao valor da indenização o autor levanta a tese de que em casos semelhantes o E. Tribunal de Justiça se posiciona no sentindo de condenar a companhia aérea ao pagamento de indenizações por danos morais no valor de R$ 10.000,00 para cada passageiro. Pleiteia pela majoração de honorários advocatícios em sede recursal. Pede provimento ao apelo.

Recurso tempestivo, preparado e respondido.

É o relatório.

O autor propôs a presente ação de indenização por danos materiais e morais. Alega ter sofrido danos materiais e morais decorrentes do extravio de bagagem durante o serviço de transporte aéreo prestado pela ré.

O inconformismo do autor cinge-se ao valor fixado para indenização por danos morais.

No caso, é fato incontroverso o extravio de bagagem relacionada no documento de fls.30, bem como, sua não localização pela companhia aérea, além da perda da conexão.

Cabe esclarecer, que a r. sentença proferida reconheceu a aplicação ao caso concreto das regras previstas na Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal) que prevalece sobre o Código de Defesa do Consumidor, considerando o fato de que o extravio de bagagem, no pagamento de danos materiais e morais.

Cumpre ressaltar que o Recurso Extraordinário RE 636331 do Supremo Tribunal Federal de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, deixa claro em seu inteiro teor do acórdão que a Convenção de Montreal no tocante a aplicabilidade do limite indenizatório pelos acordos internacionais, alcança tão somente a indenização por dano material, não se estendendo a reparação por dano moral. Segundo o Relator, a exclusão se justifica pela disposição do artigo 22, que não realiza referencia à reparação por dano moral.

No tocante ao dano moral, haja vista que configura dano *in re ipsa*, existe a necessidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor que é responsável por estabelecer a responsabilidade objetiva atinente aos danos

Acesso ao Sumário

causados ao consumidor.

A respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor para a decisão da questão, temos o trabalho do Dr. Luís Pinto de Carvalho, intitulado "O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Aeronáutico, publicado na RT, v.673/47", bem como a lição do advogado paulista, Francisco Chagas de Moraes, sob o título "Acidentes de Consumo no Esporte e Turismo" em RT, v.681/275, que expressamente afirma:

"***a relação de consumo ajustado entre a Panam e as pessoas que adquiriram bilhetes de passagem para o exterior, tendo em vista a suspensão da atividade por parte da primeira, passou a constituir típico acidente de consumo***".

"***O dever de indenizar pode derivar, também do contrato de consumo já concluído entre o fornecedor e o consumidor. Essa responsabilidade contratual tem fundamento no artigo 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, que garante ao consumidor o direito à efetiva prevenção e reparação dos danos morais e patrimoniais, individuais, coletivos ou difusos***" (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor "Ada Pellegrini Grinover, Ed. Forense Universitária, 1991, p.314").

Por certo que o autor deve ser ressarcido pelos danos materiais sofridos pela má prestação do serviço, sendo que o dever de indenizar está caracterizado, pois decorreu do risco da atividade exercida pela requerida, uma vez que essa não responde por culpa (fato subjetivo), e sim pelo risco (fato objetivo). Portanto, a responsabilidade da requerida é objetiva.

A responsabilidade da empresa aérea é inserida no art. 2º do Decreto 60.967/67 nos seguintes termos:

"*Se o transportador de fato efetua todo ou parte de um transporte que, de acordo com o contrato a que se refere o artigo I, alínea b, rege-se pela Convenção de Varsóvia, tanto o transportador contratual como o transportador de fato ficarão submetidos, salvo disposição em contrário da presente Convenção, às disposições da Convenção de Varsóvia, o primeiro com relação a todo o transporte previsto no contrato, o segundo somente em relação ao transporte que efetue*".

E o artigo 3º, em seu item 2, estabelece o seguinte:

"*Os atos e omissões do transportador contratual ou de seus prepostos que atuem no exercício de suas funções, relativas ao transporte efetuado pela transportadora de fato serão considerados como atos e omissões do transportador de fato*".

Aplica-se ao caso, o disposto nos artigos 186, 389, 927 e 932, inciso III, do Código Civil atual, antigo 159, 1.056 e 1.521, inciso III, do Código Civil de 1916, impondo à companhia aérea o dever de indenizar os prejuízos causados o

Acesso ao Sumário

autor em razão da deficiência dos serviços prestados.

A jurisprudência é nesse sentido:

"***Transporte aéreo - indenização - Danos morais e materiais - atraso em vôo internacional e extravio momentâneo de bagagem - Convenção de Varsóvia que limita indenizatória somente ao dano material - Irrelevância, uma vez que o preceito constitucional inserido no art.5º, inciso V e X, se sobrepõe aos tratados e convenções ratificados pelo Brasil - Verbas devidas. Ementa da redação: O atraso de vôo internacional, bem como o extravio momentâneo de bagagem, impõe à cia transportadora o dever de indenizar o passageiro pelos danos morais e materiais experimentados, em observância ao preceito constitucional inserido no artigo 5º, incisos V e X, pouco importando que a Convenção de Varsóvia limite a verba indenizatória somente ao dano material, pois a carta política da república se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil.*** *AGRG em AGIN 198380-9RJ, 2ª Turma, j.27.04.98, Rel. Min. Marco Aurélio DJU 12.06.98.*"

PROCESSO CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. EXTRAVIO DE BAGAGEM. EMPRESA AÉREA. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS E DEVIDOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE DO QUANTUM FIXADO.

1. Divergência jurisprudencial comprovada, nos termos do art. 541, § único, do CPC, e art. 255 e parágrafo, do Regimento Interno desta Corte.

2. Com base nos documentos comprobatórios trazidos aos autos, tanto a r. sentença singular quanto o eg. Tribunal de origem, tiveram por verossímil as alegações do autor - uma vez que a relação dos bens extraviados mostra-se compatível com a natureza e duração da viagem - aplicando, então, a regra do art. 6, VIII, do CDC, invertendo-se o ônus da prova.

3. A inversão do ônus da prova, de acordo com o art. 6º, VIII, do CDC, fica subordinada ao critério do julgador, quanto às condições de verossimilhança da alegação e de hipossuficiência, segundo as regras da experiência e de exame fático dos autos. Tendo o Tribunal a quo julgado que tais condições se fizeram presente, o reexame deste tópico é inviável nesta via especial. Óbice da Súmula 07 desta Corte.

4. Como já decidiram ambas as Turmas que integram a Segunda Seção desta Corte, somente é dado, ao STJ, em sede de recurso especial, alterar o quantum da indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado o valor.

Acesso ao Sumário

5. Considerando-se as peculiaridades fáticas assentadas nas instâncias ordinárias e os parâmetros adotados nesta Corte em casos semelhantes a este, de extravio de bagagem em transporte aéreo, o valor fixado pelo Tribunal de origem, a título de indenização por danos morais, mostra- se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso, pelo que se impõe a respectiva redução a R$ 4.000,00 (quatro mil reais). 6. Recurso conhecido e provido. (REsp 696.408/MT, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, 4ª Turma, julgado em 07/06/2005).

Ficou caracterizado que o extravio da bagagem causa transtorno e abalo moral, já que o autor se deparou com uma situação muito desagradável de se ver sem suas roupas e objetos pessoais em local estranho, bem como pela incerteza se seriam localizadas ou não a mala com seus pertences.

Assim, para possibilitar a indenização, não se faz necessário a demonstração dos prejuízos causados, pois segundo o escólio de Yussef Said Cahali:

*"'Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos'; e se classificando, assim, em dano que afeta 'a parte social do patrimônio moral' (honra, reputação, etc.) e dano que moleste 'a parte afetiva do patrimônio moral' (dor, tristeza, saudade, etc.) e dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.), e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)" (**Dano e Indenização, ed. 1980, p. 7**).*

Para Teresa Ancona Lopez de Magalhães, os danos morais podem ser das mais variadas espécies, apurando-se entre eles aqueles que dizem respeito à reputação, à segurança e tranquilidade, à liberdade, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, etc. (**O Dano Estético, Responsabilidade Civil, p. 8, ed. 1980**).

Acesso ao Sumário

Para o Professor Caio Mário da Silva Pereira, '*na ausência de um padrão ou de uma contraprestação, que dê o correspectivo da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização*' (Responsabilidade Civil, 2ª ed., Forense, p. 338).

Vale assinalar também, que deve ser aplicado pelo juiz o princípio da razoabilidade, pois o valor da indenização dependerá do bom senso do julgador no exame do caso concreto, graduando-a pelo dano moral de acordo com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições do ofendido, entre outros aspectos que serão analisados no caso

concreto.

Certo é que a indenização deve se prestar a coibir reincidência da conduta ilícita do causador do dano, porém sem proporcionar o enriquecimento sem causa da vítima.

Desta forma, a r. sentença merece ser reformada, afim de ser julgada procedente a presente ação para majorar os danos morais sofridos pelo autor, em R$ 8.000,00.

Pela sucumbência o requerido arcará com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre o valor dado a causa.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para o fim acima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1039654-17.2013.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ASSOCIAÇÃO DE ENSINO PROFESSOR DE PLACIDO E SILVA, JOSÉ CAMPOS DE ANDRADE e LAZARA CAMPOS DE ANDRADE, é apelado ANTONIO CARLOS GUIMARÃES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32278)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente sem voto), GILSON DELGADO MIRANDA e J. B. FRANCO DE GODOI.

São Paulo, 1º de abril de 2019.

PAULO ROBERTO DE SANTANA, Relator

Ementa: SUCUMBÊNCIA - EMBARGOS DO DEVEDOR - NULIDADE DA CITAÇÃO POR HORA CERTA - ANULAÇÃO DETERMINADA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO NOS AUTOS DA EXECUÇÃO - INVALIDADE DOS ATOS POSTERIORES, INCLUSIVE A OPOSIÇÃO DESTES EMBARGOS, A SENTENÇA E, CONSEQUENTEMENTE, O ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA FIXADO - APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 281 E 282 DO CPC - RECURSO

Acesso ao Sumário

PROVIDO.

VOTO

Apelação interposta pelos embargantes contra sentença que julgou extinto o feito sem resolução de mérito e lhes impôs o ônus da sucumbência.

Defendem que o reconhecimento da invalidade da citação nos autos da execução e a anulação dos atos posteriores também engloba estes embargos que foram opostos por negativa geral de curador especial. Pleiteando a concessão de efeito suspensivo na apelação e na execução, requerem a procedência do recurso para afastar o ônus da sucumbência.

Recurso processado na forma da lei.

É o relatório.

Com razão os apelantes.

Depreende-se dos autos que estes embargos foram opostos por curador especial em decorrência da citação por hora certa dos executados, ora embargantes.

Posteriormente, os embargantes, através de advogados por eles constituídos, suscitaram a nulidade da citação nos autos da execução 0140096-76.2011.8.26.0100 via exceção de pré-executividade, que embora rejeitada em primeiro grau, fora acolhida no julgamento do Agravo de instrumento 2073443-23.2018.8.26.0000 cuja ementa passo a transcrever:

> "EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CITAÇÃO COM HORA CERTA - NULIDADE - OCORRÊNCIA - EXECUTADOS PESSOA JURÍDICA E FÍSICA - CITAÇÃO QUE SE DERA EM ENDEREÇO DIVERSO DOS RESPECTIVOS DOMICÍLIOS, TANTO AQUELE INFORMADO AO EXEQUENTE QUANDO DA EMISSÃO DOS TÍTULOS EXECUTIVOS, QUANTO DAQUELE INFORMADO PELOS FUNCIONÁRIOS DA PESSOA JURÍDICA PARA CUJO ENDEREÇO SE DIRIGIRA O ATO CITATÓRIO, DIVERSA DA EXECUTADA, RESSALTE-SE - FATO DE OS EXECUTADOS PESSOAS FÍSICAS TEREM ASSUMIDO A DIREÇÃO DESTA CITADA PESSOA JURÍDICA (ASSIM COMO DE OUTRAS, COMO É O CASO DA PRÓPRIA EXECUTADA) QUE NÃO OS OBRIGA A ESTAREM NELA PRESENTES FISICAMENTE, RAZÃO PELA QUAL A RESPECTIVA AUSÊNCIA NÃO FAZ PRESUMIR A OCULTAÇÃO AO ATO CITATÓRIO, NEM JUSTIFICA NÃO TENHA SIDO TENTADA A CITAÇÃO NOS RESPECTIVOS ENDEREÇOS DE DOMICÍLIO, DE CONHECIMENTO DO EXECUTADO E DO PRÓPRIO JUÍZO - NECESSIDADE DE ANULAÇÃO DO ATO, DEVOLVENDO-SE O PRAZO DE DEFESA AOS EXECUTADOS (DESCONSIDERADOS

Acesso ao Sumário

OS EMBARGOS DO DEVEDOR OFERECIDOS PELO CURADOR NOMEADO, E JÁ JULGADOS IMPROCEDENTES), EM PRESTÍGIO À GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ACOLHIDA PARA ESTE FIM - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE." (grifos não originais)

Extrai-se do referido acórdão o seguinte trecho:

"(...) Nestas condições, e considerado inclusive o já mencionado decreto de improcedência de embargos à execução opostos pelo curador especial, é de rigor, para que se evite ofensa à ampla defesa e ao contraditório, o acolhimento em parte da exceção de pré-executividade para reconhecer a nulidade da citação com hora certa realizada, reabrindo-se o prazo para pagamento ou oferecimento de embargos pelos executados, agora por meio de seus advogados constituídos, prazo este que passará a fluir a partir da publicação deste acórdão (...)"

Como se vê, a decorrência lógica da nulidade da citação é a anulação dos atos posteriores com o pronunciamento do juiz sobre os atos atingidos, nos termos dos artigos 281 e 282 do CPC, sendo que, no caso, foram desconsiderados estes embargos e dada possibilidade de nova oposição.

À evidência, restaram anulados não só a oposição destes embargos, como a sentença aqui proferida, e consequentemente, o ônus da sucumbência imposto em desfavor dos embargantes.

Acrescenta-se que os embargantes já opuseram novos embargos do devedor distribuídos sob o número 1104111-82.2018.8.26.0100 em trâmite perante o juízo *a quo*, conforme pesquisa no SAJ, cujo desfecho resultará em nova sentença e, assim, no ônus da sucumbência.

Daí porque não há que se falar em ônus da sucumbência imposto aos embargantes na sentença proferida nestes embargos do devedor, atos estes que foram anulados em razão da irregularidade verificada na citação por hora certa.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003260-96.2008.8.26.0619, da Comarca de Taquaritinga, em que são apelantes F.L.F. (JUSTIÇA GRATUITA) e M.C.C.F. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado B.S.B.S.A.

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

"Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37250)**

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

São Paulo, 1º de abril de 2019.

IRINEU FAVA, Relator

Ementa: APELAÇÃO - Ação de prestação de contas - Segunda Fase - Contas que envolvem lançamentos em conta corrente - Apresentação de extratos com as movimentações de débito e crédito e a evolução do saldo - Meio adequado ante as peculiaridades do caso - Contas corretamente prestadas e de acordo com a sistemática legal exigida - Sentença confirmada - Recurso desprovido, majorada a verba honorária.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação tirado contra sentença de fls. 533/537, cujo relatório fica adotado, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Taiana Horta de Padua Prado que julgou boas as contas prestadas pelo apelado, extinguindo o feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I do CPC.

Sustentam os apelantes, em preliminar, cerceamento de defesa pelo imediato julgamento do feito. Entendem ainda ser nula a decisão por não ter declarado qualquer saldo em seu favor. No mérito, aduzem que o apelado não cumpriu a determinação judicial, afirmando que as contas apresentadas deveriam seguir os termos dos artigos 551, §2º e 552 do CPC. Afirmam que o recorrido não prestou contas da conta corrente ou mesmo dos contratos de empréstimos conforme determinado na r. sentença, deixando ainda de exibir as autorizações que deram origem aos lançamentos efetuados. Entendem assim violado o dever de guarda dos documentos pelo que deve a instituição bancária ser responsabilizada por sua conduta. Transcrevendo julgados que entendem aplicáveis ao caso, pedem seja a decisão anulada com o retorno dos autos à origem para realização de perícia e apresentação dos documentos pelo recorrido ou, no caso desse não ser o entendimento, aguardam o julgamento de procedência da ação com a condenação do réu no pagamento dos débitos indevidos (fls. 540/564).

Recurso tempestivo e respondido (fls. 568/579). Anotada a concessão da gratuidade processual ao recorrente (fls. 540/564).

É O RELATÓRIO.

Acesso ao Sumário

Desde já cumpre afastar a preliminar de cerceamento de defesa suscitada.

Não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide.

Como se sabe, compete ao magistrado, destinatário da produção de provas, a análise de sua conveniência e necessidade.

Nesse sentido, oportuna a anotação de Theotonio Negrão, em comentário ao art. 370 do CPC de 1973:

"Sendo o julgador o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre necessidade ou não de sua realização: JTJ 317/189(AP 964.735-0/3), 344/387(AP. 7.055.145-6), 350/29(AI 7.393.526-1), RJM 185/213(AP 0313.07.219415-9/001)." - *in* CPC e Legislação Processual em Vigor - Saraiva - 47ª Ed. - 2016).

E ainda, "O propósito de produção de provas não obsta ao julgamento antecipado da lide, se os aspectos decisivos da causa se mostram suficientes para embasar o convencimento do magistrado" (STF- RE 96725/RS - Rel. Min. Rafael Mayer).

Assim, o Ilustre Magistrado de Primeiro Grau, sentindo-se suficientemente seguro diante da prova documental produzida, houve por bem julgar a ação de forma antecipada, não restando configurado, pois o alegado cerceamento de defesa suscitado.

No mérito, melhor sorte também não assiste aos autores.

Funda-se a irresignação recursal na inadequação da forma de prestação das contas, inclusive pela ausência dos documentos contratuais justificativos dos lançamentos promovidos pela instituição financeira.

Desde logo, destaca essa relatoria que a pretensão deduzida na inicial beira às raias da falta de interesse de agir posto que genérica e abstrata, sem qualquer especificação dos lançamentos e períodos dos quais discordam.

Conforme expressamente lá consignado, pleiteiam os demandantes a prestação de contas, englobando toda a relação jurídica havida entre as partes, decorrente de abertura de conta corrente e celebração de contratos diversos, de modo a verificar a evolução do saldo devedor com restituição dos valores que sequer apontam.

Contudo, admitindo a viabilidade da pretensão às contas o processo seguiu em suas fases, culminando com extensa e detalhada prestação de contas por parte do apelado, através da juntada de documentos que demonstram satisfatoriamente toda a movimentação financeira realizada na conta corrente em questão.

Ora, por se tratar de contas relativas à conta corrente, o meio contábil apropriado é exatamente o fornecimento de extratos que demonstrem todas as

Acesso ao Sumário

operações efetivamente realizadas pelo correntista.

Nesse rumo, tem-se que as contas foram consideradas boas, concluindo o magistrado de piso pela inexistência de qualquer valor a ser restituído para os apelantes.

No mais, anote-se que eventual conclusão de natureza revisional das cláusulas entabuladas não teria espaço nos presentes autos à vista da orientação firmada em sede de Recurso Repetitivo (REsp. nº 1.497.831 - PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino), restando, portanto, irrelevante no caso em comento, a apresentação de todos os contratos firmados entre as partes.

Na esteira desse entendimento tem-se que a sentença deu justa e adequada solução ao litigio, merecendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso, majorando-se a verba honorária devida ao patrono do réu para 15% do valor da causa atualizado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0002485-93.2015.8.26.0180, da Comarca de Espírito Santo do Pinhal, em que é apelante RITA DE CÁSSIA ORMASTRONI FLAUSINO, é apelado REGINALDO MUNHOZ DE MEDEIROS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 17ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34481)**

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

São Paulo, 3 de abril de 2019.

SOUZA LOPES, Relator

Ementa: Monitória - Embargos - Nota promissória - Declinação da causa debendi - Desnecessidade - Entendimento consagrado no STJ - Alegação de agiotagem e quitação - Ausência de provas nesse sentido - Embargos rejeitados - Decisão correta - Recurso improvido, com majoração dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, §§1º e 11, do CPC.

Acesso ao Sumário

VOTO

Cuida-se de apelação contra a r. sentença de fls. 142/144, que julgou improcedentes os embargos monitórios apresentados por RITA DE CÁSSIA ORMASTRONI FLAUSINO contra REGINALDO MUNHOZ DE MEDEIROS, declarando constituído o título executivo no valor original de R$ 2.500,00, acrescido de correção monetária e de juros moratórios, desde a data do vencimento.

Sustenta, em síntese, que tomou empréstimo com o pai do embargado, que cobrava juros onzenários, quitando-os de forma parcelada. Afirma que o pai do apelado era um agiota conhecido na cidade, o qual movia e respondia por vários processos da mesma natureza, sendo que após o seu falecimento, seu filho, ora apelado, apossou-se dos títulos e ingressou com ações, sem qualquer comprovação da regularidade da transmissão das cártulas. Ainda, diz que não houve comprovação da *causa debendi* pelo embargado, e sendo o título fruto de agiotagem é inexigível. Busca a reforma do *decisum* e a condenação do recorrido por litigância de má-fé.

Contrariado o recurso, subiram os autos.

É o relatório.

Não prospera a irresignação recursal.

Trata-se de ação monitória ajuizada pelo apelado contra a apelante, objetivando o recebimento do valor de R$ 2.500,00, fundado em nota promissória, com vencimento em 16/03/2011.

Primeiro, a questão da declinação da *causa debendi* em ação monitória, tendo como instrumento nota promissória prescrita, está superada segundo entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido:

> ***"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO MONITÓRIA. PROVA DA CAUSA DEBENDI DA NOTA PROMISSÓRIA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MANTIDA.***
>
> ***1. Incabível o exame de tese não exposta no recurso especial e invocada apenas em momento posterior, pois configura indevida inovação recursal.***
>
> ***2. É desnecessária a demonstração da causa debendi de título de crédito que perdeu a eficácia executiva para o ajuizamento da ação monitória. Precedentes.***
>
> ***3. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt nos EDcl no AREsp 156.735/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 23/06/2017)***
>
> ***"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA.***

Acesso ao Sumário

DEMONSTRAÇÃO DA CAUSA DEBENDI. DESNECESSIDADE. TEMA DEVIDAMENTE PREQUESTIONADO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Na ação monitória é desnecessária a demonstração da causa de emissão do título de crédito que perdeu a eficácia executiva, cabendo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito.

3. Agravo interno a que se nega provimento." (AgRg no REsp 696.279PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 30/03/2012).

No caso, a nota promissória apresentada à inicial constitui "*A prova escrita sem eficácia de título executivo*" de que trata o art. 700 do NCPC (art. 1.102-A do CPC/73).

E no caso, não se pode olvidar que a própria apelante admitiu o recebimento do empréstimo pelo pai do embargado, Sr. José Cardoso Medeiros, da quantia de R$ 2.500,00, assinando como garantia de pagamento a nota promissória em epígrafe (fls. 22-verso).

Não existe na situação concreta prova da agiotagem. Resultados de outras demandas judiciais, envolvendo outras pessoas, desconexas com a presente demanda, não constituem prova da prática de usura para o caso em análise.

E não se cogite em ausência de legitimidade da cobrança pelo apelado, pois a nota promissória foi emitida sem a indicação do beneficiário da cártula (fls. 06), situação que torna o portador do título o legítimo possuidor.

Nesse sentido:

"Indenização por danos morais. Ausência de julgamento simultâneo da ação principal e ação Reconvencional pelo juízo de primeiro grau. Inexistência de prejuízo. Incidente apreciado pela instancia revisora nos termos do artigo 515 § 1º do CPC. Nota promissória em branco. Emissão Irrelevância. Título de crédito assinado pelo devedor. Conquanto deva a nota promissória achar-se revestida dos requisitos essenciais, o título de crédito pode ser emitido em branco facultado ao portador preenche-la posteriormente. Entendimento doutrinário e jurisprudencial prestigiado. Nota promissória enquanto não desconstituída continua produzindo seus efeitos a justificar o protesto pela inadimplência do devedor. Prejudicado o incidente prejudicial, procedente a ação Reconvencional e improcedente a ação de indenização por danos morais com reflexo nas verbas de sucumbência, observando-se o disposto nos artigos 11 e 12 da Lei nº 1.060/50." (TJSP; Apelação Cível 0037857-42.2007.8.26.0000; Relator (a): Júlio Vidal; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cubatão - 1ª V.CÍVEL; Data do Julgamento: 23/08/2011; Data de Registro: 25/08/2011)

Acesso ao Sumário

No mais, a apelante alega que já efetuou a quitação do título.

Ora, pagamento se comprova com a posse do título ou com recibo que se refira especificamente à dívida e, no caso, este documento não veio aos autos, portanto, não há razões para se acolher as alegações neste sentido.

Em suma, observa-se que foi dado correto desate ao litígio, nada havendo para ser alterado no r. *decisum*.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso. Em observância ao disposto no art. 85, §§ 1° e 11, do Novo Código de Processo Civil e considerando que os honorários advocatícios foram arbitrados pelo MM. Juiz de piso em 10% sobre o valor do débito atualizado, ficam eles majorados em face da apelante para 15% sobre o mesmo montante, tendo em vista o trabalho adicional realizado em sede recursal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008734-81.2018.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CREUZA SANTOS LIMA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39532)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOVINO DE SYLOS (Presidente sem voto), MIGUEL PETRONI NETO e MAURO CONTI MACHADO.

São Paulo, 4 de abril de 2019.

SIMÕES DE VERGUEIRO, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R. SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA IMPROCEDENTE AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO - ALEGAÇÃO DE INCORREÇÃO, COM PEDIDO DE REFORMA - MANUTENÇÃO DA R. SENTENÇA - CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO - AQUISIÇÃO DE AUTOMÓVEL POR VALOR DE AVALIAÇÃO

Acesso ao Sumário

SUPERIOR A MÉDIA DE MERCADO - QUESTÃO ESTA QUE SE MOSTRA IRRELEVANTE PARA MODIFICAR OS LIMITES DOS JUROS PACTUADOS LIVREMENTE ENTRE AS PARTES LITIGANTES - CASA DE VALORES RECORRIDA QUE ATUA COMO SIMPLES AGENTE FINANCEIRO, ESTE RESPONSÁVEL APENAS PELA LIBERAÇÃO DE CRÉDITO - INADEQUADA LIMITAÇÃO DOS JUROS A TAXA MÉDIA DE MERCADO - JUROS REMUNERATÓRIOS QUE DEVEM INCIDIR NO PATAMAR EM QUE LIVREMENTE CONTRATADOS ENTRE AS PARTES LITIGANTES - RECORRENTE QUE DEVE HONRAR OS LIMITES DA AVENÇA, INCLUSIVE DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE SE ALEGAR A PRÓPRIA TORPEZA EM JUÍZO - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO QUE SE MOSTRA DE RIGOR - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Tratam os autos de Recurso de Apelação interposto contra R. Sentença que vem encartada a fls. 127/131, pela qual foi julgada improcedente Ação Revisional de Contrato Bancário, esta proposta por **CREUZA SANTOS LIMA** contra **AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A**, momento em que o Juízo afastou a pretensão inicialmente deduzida, assim condenando a autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como a arcar com Honorários Advocatícios, estes por sua vez fixados em percentual definido em 10% sobre o valor atualizado da causa, ainda que ressalvada a gratuidade de justiça que lhe foi concedida.

Inconformada com os termos da R. Sentença proferida, apresenta a demandante suas razões de inconformismo (fls. 134/139), para tanto clamando pela reforma do posicionamento adotado em 1º Grau, pois segundo sustenta, busca ver reconhecidos presentes abusos que permeiam o contrato de financiamento celebrado entre as partes ora litigantes, abusos estes decorrentes tanto do superfaturamento do veículo objeto da contratação, quanto em razão da incidência de encargos indevidos, motivo pelo qual pediu pelo integral acolhimento de seus reclamos, com a consequente e necessária reforma do entendimento como adotado pelo Juízo.

Processado o recurso, vieram a seguir aos autos as devidas contrarrazões (fls. 144/174), momento em que a financeira recorrida pugnou pela integral

Acesso ao Sumário

manutenção da R. Sentença a seu ver indevidamente hostilizada, subindo então o feito a esta E. Corte, de sorte a que venha a ser reapreciada a matéria já decidida junto ao 1º Grau de Jurisdição.

É o relatório.

O recurso como intentado pela autora não deve ser merecedor de acolhimento por parte desta Turma Julgadora, uma vez que os limites definidos quando da prolação da R. Sentença hostilizada se mostraram plenamente adequados a realidade que vem regularmente estampada no curso do todo processado.

Conforme se observa do conjunto dos autos, busca a recorrente a revisão de contrato de financiamento celebrado entre as partes hoje litigantes, sustentando a presença de abusos na exigência de juros, pois segundo alega, devem estes ser limitados a taxa média de mercado, acenando também com aspecto relativo a supervalorização do bem objeto da contratação, porque avaliado de forma indevida, em valor muito superior ao definido pela tabela "FIPE", motivo pelo qual pediu pela efetiva redução do valor das parcelas mensais devidas.

Importante anotar no presente momento, que a relação jurídica de direito material que deu causa a lide em questão, se apresenta como típica relação de consumo, relação esta que deve ser apreciada à luz das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, e que tem por verdadeiro escopo a proteção da relação entre desiguais, assim concedendo verdadeiro dinamismo ao Magistrado na prestação jurisdicional, de modo a assegurar efetiva igualdade no tratamento despendido às partes.

No entanto, o fato de ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso em exame, não significa dizer que a consumidora tenha que ter razão na pendenga, isto porque a legislação consumerista apenas assegura que devem ser respeitados os princípios em defesa da parte mais vulnerável na relação, o que mesmo que se mostre aplicável ao caso dos autos, não permite interpretação que apenas favoreça aquele que se coloca na posição de consumidor, no caso dos autos, consumidora.

Definidos tais pontos, e agora enveredando pela questão de fundo em si enfrentada, é de se dizer que não comporta acolhida a irresignação apontada pela recorrente, sendo certo que a alegada supervalorização do automóvel objeto do contrato de financiamento entre as partes litigantes não se mostra suficiente para modificar os limites correspondentes aos percentuais de juros que foram indicados no corpo da Cédula de Crédito Bancário que vem copiada a fls. 17/20 dos autos, e que bem retrata as operações ajustadas entre os litigantes.

Ora, ainda que se reconheça que o automóvel indicado nos autos foi adquirido pela inconformada por valor superior a média de mercado, certo é que a referida questão não possa ser oponível a financeira recorrida, uma vez que a ocupante do polo passivo, enquanto agente financeiro, somente se

Acesso ao Sumário

coloca como responsável pela liberação do crédito ao consumidor, porque a este compete a escolha, o que se dá livremente, do bem de consumo que pretende adquirir, ainda que, para tanto, se valha de recursos obtidos junto aos inúmeros agentes financeiros e de crédito existentes no mercado.

Superado mais esse aspecto, e com relação aos juros remuneratórios praticados pela financeira recorrida, de rigor observar que razão também não assista a demandante, isso porque não se deve falar em limitação dos juros a tal título nominados, uma vez que sua exigência deve se dar nos exatos limites em que contratados entre as partes litigantes, motivo pelo qual, igualmente sob tal enfoque, se mostra de rigor a rejeição dos reclamos como deduzidos pela ocupante do polo ativo da lide.

Na busca de corroborar o quanto exposto até o presente momento, é caso de se conferir o posicionamento jurisprudencial adotado a respeito de tal matéria, conforme se verifica através da seguinte ementa para tanto selecionada:

"**APELAÇÃO - Embargos à Execução - Cédula de Crédito bancário - Alegação de juros abusivos, acima da taxa média de mercado divulgada pelo BACEN - inocorrência - Impossibilidade de redução - sentença mantida - Recurso não provido**". (TJP, 13ª Câmara de Direito Privado, Recurso de Apelação nº 0008853-34.2013.8.26.0554, Relatora Desembargadora Claudia Sarmento Monteleone, recurso julgado em 05/08/2016).

Assim, de rigor ter por certo que o contrato, nos limites em que celebrado, desde que não se mostre revestido de patente ilegalidade, deve ser no todo preservado. Ademais, é de se deixar claro que não resultou demonstrada qualquer prática que implicasse em abuso na definição da taxa de juros ajustada entre as litigantes, uma vez que também se deve considerar que: "**A simples pactuação de taxa de juros remuneratórios superior à taxa média do mercado não denota, por si só, abusividade**" (REsp n.º 1.061.530/RS). Assim, diante do quanto indicado, se apura que a contratação questionada, esta discutida nos autos, se deu em plena conformidade com as diretrizes econômico/financeiras em vigor, estas que se amoldam aos pontos que se buscou ter por recolocados em debate, motivo pelo qual não deve ser alvo de acolhida a pretensão nesse sentido deduzida pela autora.

Acesso ao Sumário

Diante de tal realidade, forçoso reconhecer que inexiste qualquer suporte jurídico que possa dar guarida aos reclamos da autora, tanto acerca da avaliação do bem objeto da contratação, quanto em relação aos juros remuneratórios contratados, razão pela qual deve a recorrente honrar o compromisso que assumiu perante o estabelecimento de crédito recorrido, o que deverá se dar nos exatos limites da avença, inclusive diante da consagrada máxima pela qual se mostra vedada alegação da própria torpeza em Juízo.

Diante de tais considerações, necessário que se entenda que o posicionamento de 1º Grau deve ser mantido inalterado, porque de maneira

adequada apreciou o Juízo todas as questões como colocadas em debate no feito, inclusive no tocante as verbas de sucumbência, uma vez que também nesse particular, aplicou com absoluta correção o quanto vem disposto pela legislação processual hoje em vigor, fato que justifica sua plena manutenção, manutenção esta que se dá com o mais pleno suporte em seus próprios, legítimos, jurídicos, e adequados fundamentos, salvo quanto aos Honorários Advocatícios devidos, que ora devem ser majorados para 15% sobre o valor atualizado da causa, o que se dá nos termos do quanto disposto pelo artigo 85, §11, do CPC, observada a gratuidade de justiça.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, nos exatos termos do Voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0006722-36.2013.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante JOÃO FIGUEIREDO (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado OMNI S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.520)**

O julgamento teve a participação dos Excelentíssimos Desembargadores JACOB VALENTE (Presidente sem voto), CASTRO FIGLIOLIA e CERQUEIRA LEITE.

São Paulo, 5 de abril de 2019.

SANDRA GALHARDO ESTEVES, Relatora.

Ementa: CONTRATO BANCÁRIO. DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DO INDÉBITO. FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. LITISPENDÊNCIA CONFIGURADA. SENTENÇA MANTIDA. Da leitura da ação nº 0913578-25.2012.8.26.0506 (em apenso) e desta nº 0006722-36.2013.8.26.0506, é possível concluir que há litispendência, pois possuem as mesmas partes, causa de pedir e pedido. Apelação não provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos,

1. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença, prolatada às fls. 78/80, que reconheceu a litispendência e julgou extinto o processo, dessa ação declaratória de inexigibilidade de valores que o autor JOÃO FIGUEIREDO move em face do réu OMNI S/A - CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO.

O autor narra na inicial que celebrou com o réu um mútuo feneratício, destinado à aquisição de veículo automotor, que seria quitado em 48 parcelas de R$ 332,50. Sucede que a avença previu diversas cobranças abusivas. Sustenta que: (a) o contrato firmado é de adesão e fere o disposto no Código de Defesa do Consumidor; (b) são vedadas as cobranças de tarifa de cadastro (R$335,00), de avaliação do bem (R$665,00), e IOF (R$121,86); (c) é vedada a cobrança de tarifas administrativas, pois inerentes à própria atividade do réu; (d) todo o valor cobrado indevidamente deve ser restituído em dobro. Acostou documentos (fls. 23/30).

Em contestação, o réu sustenta a legalidade das cobranças e dos encargos pactuados. Acostou documentos (fls. 45/48).

Sobreveio a r. sentença de fls. 78/80, que julgou extinto o processo, nos termos do artigo 267, inciso V, do CPC. Condenou o autor em custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios, fixados em R$ 2.000,00.

O autor apela às fls. 86/107. Alega, em suma, que: (a) a ação visa à declaração de inexigibilidade do débito referente à cobrança da tarifa de serviço de terceiro; (b) o pedido dessa ação não coincide com o pedido da ação que tramita perante a 9ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto; (c) naquela ação o pedido visa a exclusão de tarifas, capitalização de juros e comissão de permanência; (d) nessa ação o pedido visa a exclusão das tarifas de registro e avaliação do bem; (e) os feitos são distintos; (f) a r. sentença deve ser reformada, para que seja acolhido o pedido principal.

O réu ofereceu contrarrazões (fls. 109/119).

É o relatório do essencial.

2. A r. sentença não merece qualquer reforma.

Ao contrário do que o autor sustenta em seu recurso de apelação, a inicial desta ação é clara no sentido de que pretende a declaração e exclusão das tarifas de avaliação do bem, cadastro e IOF, ou seja, mesmo pedido formulado na Ação nº 0913578-25.2012.8.26.0506, em apenso.

Portanto, tendo a ação mesma causa de pedir, mesmo pedido e, mesmas partes, há litispendência configurada.

3. Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a r.

Acesso ao Sumário

sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1076410-49.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FABIO BELANDA TROFINO, é apelado AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S/A (AVIANCA LINHAS AÉREAS S/A).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2652)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCILA TOLEDO (Presidente sem voto), KLEBER LEYSER DE AQUINO E JAIRO BRAZIL FONTES OLIVEIRA.

São Paulo, 5 de abril de 2019.

ELÓI ESTEVÃO TROLY, Relator

Ementa: Apelação. Transporte Aéreo. Sentença de procedência. Cancelamento de voo nacional. Incontroversa a falha na prestação de serviço. Autor que pleiteia majoração do valor da indenização por dano moral fixada em R$ 5.000,00. Verba indenizatória majorada no limite do pedido inicial (R$ 10.000,00). Sentença parcialmente modificada. Recurso provido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação (fls. 290/298) contra sentença de fls. 282/288 que julgou procedente a presente ação de indenização por danos morais, condenado a ré a pagar ao autor R$ 5.000,00 a título de indenização por danos morais e R$ 476,27 de danos materiais, bem como, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios no valor de 20% sobre o valor atualizado da condenação.

O autor recorre e pleiteia, em síntese, a majoração da indenização por dano moral.

Regularmente processados, vieram aos autos as contrarrazões (fls. 302/323). Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório do necessário.

Acesso ao Sumário

O recurso comporta provimento.

Depreende-se dos autos que o autor busca indenização pelos danos decorrentes do cancelamento do voo nacional contratado com partida da cidade de Porto Alegre/RS em 24.06.2018, às 10h40min e chegada no mesmo dia na cidade de São Paulo. Ocorre que o voo foi cancelado levando o autor a adquirir nova passagem por outra companhia aérea para chegar ao destino.

Sobreveio sentença de procedência, sendo incontroversa a falha na prestação de serviços, o que motivou a condenação da ré ao pagamento de indenização do dano moral.

A irresignação do autor limita-se ao valor da indenização.

Com efeito, indiscutíveis o aborrecimento e o incômodo decorrentes do cancelamento do voo, sendo inegável a ocorrência de dano moral, não se tratando, pois, de mero dissabor. Houve efetivo e típico abalo do estado anímico do demandante, como é peculiar em situação da espécie.

O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado de forma a proporcionar a justa compensação pelos transtornos narrados pelo autor, não implicar enriquecimento sem causa e proporcionar inibição da prática ofensiva e ilícita, de maneira que, no caso, deve ser majorada para R$ 10.000,00 o caráter educativo-punitivo que deve permear a indenização na espécie e, no caso em questão, conclui-se o valor fixado em sentença (R$5.000,00) não atende este parâmetro, razão pela qual deve ser **majorado para R$10.000,00**, como requerido na petição inicial e reiterado nas razões de recurso.

Neste sentido, o seguinte julgado desta 15ª Câmara de Direito Privado:

TRANSPORTE AÉREO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Voo internacional - Atraso - Sentença que julgou a ação parcialmente procedente, condenando a requerida a pagar à autora a título de danos morais a importância de R$ 4.000,00, bem como a pagamento das custas, despesas processuais, e honorários advocatícios, fixados em 20% do valor da causa - Apelo da autora pedindo, em síntese, majoração da verba indenizatória no valor sugerido de R$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), bem como da verba honorária sucumbencial, que deve ser fixada de forma equitativa - Prevalência do CDC em detrimento da Convenção de Montreal - Verba indenizatória majorada para R$ 10.000,00 diante das circunstâncias do fato, proporcional ao dano, e com observância ao caráter educativo punitivo que a compõe - Verba honorária fixada em 20% do valor da condenação que renumera adequadamente o trabalho desempenhado pelo patrono da autora - Sentença modificada em parte - Apelo provido parcialmente. **(TJSP; Apelação nº 1117011-68.2016.8.26.0100; Rel. Des. José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; j. 26 de maio de 2017)**.

O valor da indenização deverá ser acrescido de correção monetária, a

Acesso ao Sumário

contar deste arbitramento, e de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, por se tratar de responsabilidade contratual.

Por fim, mantêm-se os honorários advocatícios, fixados no percentual máximo na sentença.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000600-40.2018.8.26.0562, da Comarca de Santos, em que é apelante M.E.Q.M. (MENOR(ES) REPRESENTADO(S)), é apelado COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUICAO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.815)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente), CESAR LUIZ DE ALMEIDA e CELSO PIMENTEL.

São Paulo, 11 de fevereiro de 2019.

DIMAS RUBENS FONSECA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Queda acidental de criança em piso molhado de estabelecimento comercial. Ausência de sequelas, apenas equimose de pouca monta. Mero dissabor que não caracteriza lesão moral e desautoriza a compensação pretendida a este título. Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por **M.E.Q.M.** nos autos da ação de indenização por dano moral que move contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, com pedido julgado improcedente, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e verba honorária fixada em dez por cento (10%) do valor da causa, observada a justiça gratuita.

Sustentou, em síntese, que houve dano moral, pois caiu em piso molhado do estabelecimento da apelada, o que lhe causou hematomas e a necessidade

Acesso ao Sumário

de uso de medicamento por alguns dias; que há contradições nas afirmações da apelada, devendo a indenização ser fixada em R$15.000,00 (quinze mil reais).

Foram oferecidas contrarrazões, com pleito de desprovimento do recurso.

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

É fato incontroverso que a apelante - na época com sete anos de idade - escorregou em piso molhado no interior do estabelecimento comercial da apelada e caiu, tendo o incidente ocorrido possivelmente pelo acúmulo de água que escoou de um aparelho de refrigeração de bebidas.

Alegou que suportou dor física intensa e que o episódio foi presenciado por várias pessoas, além da necessidade de uso de medicamento anti-inflamatório, tudo isso lhe gerando angústia e sofrimento, razão pela qual pretende uma compensação financeira pelo dano moral havido.

Embora assim tenha sido afirmado, as fotografias apresentadas às fls. 17/18 revelam que a apelante sofreu leve equimose na região das costas, quase imperceptível, em razão da queda.

De se observar que a própria apelante descreveu que o gerente da apelada ofereceu-lhe o apoio necessário, prontificando-se a levá-la ao hospital.

Apesar da prescrição de uso de medicamento anti-inflamatório, não houve maiores consequências para a menor, ante a inexistência de sequelas incapacitantes.

Alinhe-se que o dano moral pressupõe ofensa anormal à personalidade, suscetível de causar grande abalo psicológico ou afronta à honra e dignidade de alguém, capazes de interferir intensamente em seu comportamento psicológico.

O fato descrito pela apelante não configura dano moral indenizável, mas mero dissabor, máxime em se considerando que eventos dessa natureza são corriqueiros na vida de uma criança, em atividades recreativas, por exemplo, portanto, fazem parte de sua formação física e psicológica.

Acesso ao Sumário

Não é de se ignorar que tanto na jurisprudência quanto na doutrina prevalece o entendimento de que mero aborrecimento, dissabor ou frustração, não são suscetíveis de configurar ofensa moral indenizável, conforme já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça: "*CIVIL. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. 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 parcialmente conhecido e, nessa parte, provido*"[1], sendo esta exatamente a hipótese dos autos.

Assim, não se justifica a condenação da apelada ao pagamento de

1 REsp nº 215.666/RJ, Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, j. 21.06.2001.

indenização por dano moral.

Alfim, tendo em vista a necessidade de fixação de remuneração pelo trabalho adicional realizado pelo patrono da apelada na fase recursal e observados os parâmetros legais, com espeque no art. 85, § 11, do CPC/2015, a verba honorária devida pela apelante é majorada de dez por cento (10%) do valor da causa para doze por cento (12%) do valor da causa, observada a justiça gratuita.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000347-92.2017.8.26.0075, da Comarca de Bertioga, em que é apelante/apelado BANCO BRADESCO S/A, são apelados/apelantes AUTO POSTO FAROL LTDA. e AUTO POSTO RIVIERA DE SÃO LOURENÇO LTDA.-ME.

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 aos recursos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15613)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO KODAMA (Presidente), JOÃO PAZINE NETO e SERGIO GOMES.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2019.

PEDRO KODAMA, Relator

Ementa: Apelações. Prestação de serviços bancários. Roubo ocorrido nas dependências da agência do banco/réu. Responsabilidade objetiva. Falha na prestação de serviço caracterizada. Ausência de prova inequívoca para amparar a pretensão da autora com relação ao valor de danos materiais pretendidos. Ressarcimento de danos materiais estabelecido pela média dos depósitos bancários das empresas autoras a cada dois ou três dias, nos meses anteriores, correspondente a R$ 24.000,00, com fundamento nos extratos acostados nos autos. Sentença mantida. Recursos improvidos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença de fls.

273/281, objeto de embargos de declaração, rejeitados a fls. 291, cujo relatório adoto em complemento, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação de reparação de danos materiais proposta por Auto Posto Farol Ltda. - Me e Auto Posto Riviera de São Lourenço Ltda. - Me contra Banco Bradesco S/A, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 24.000,00, equivalente à média dos depósitos bancários dos dois meses anteriores ao ajuizamento da ação, corrigido monetariamente desde a data do evento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, devidos desde a citação. Em razão da sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformadas, ambas as partes apelam.

O banco/réu apela, sustentando ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, tendo em vista que o roubo ocorreu fora das dependências da agência bancária, ou seja, segundo relatos, a representante da autora foi assaltada quando ia entrar na agência, não podendo o banco ser responsabilizado pela parte ter assumido o risco de não contratar serviço especializado para retirada de valores. Alega que os fatos narrados na inicial ocorreram na calçada, quando a autora fora conduzida pelo meliante e que o banco não tem responsabilidade por fatos ocorridos fora das dependências de sua agência. Afirma que o meliante tinha informação privilegiada de que naquele dia a representante da apelada estava com valores a serem depositados e seguiu a sua preposta até o banco. Aduz que os representantes da apelada não mencionaram no boletim de ocorrência o valor subtraído, alegando que não sabiam ao certo sobre os valores e que após realizado o cálculo na empresa, emendaria o referido documento, o que não ocorreu até o presente momento, pois não há qualquer emenda do boletim de ocorrência em anexo (fls. 302). Assevera que não foi responsável por qualquer tipo de dano suportado pelas apeladas, não havendo que se falar em ressarcimento de valores, tampouco em indenização. Acrescenta que não contribuiu para o evento e que não estão presentes os requisitos ensejadores para caracterizar a responsabilidade civil. Diz que se o crime ocorreu foi decorrente da falta de segurança pública e, portanto, nenhum estabelecimento poderia evitar. Relata que houve ação humana imprevisível e alheia à esfera de controle do réu, não havendo violação a qualquer dever objetivo. Narra que os danos materiais não foram comprovados, sendo inaceitável a pretensão reparatória, já que a apelada sequer relata os valores subtraídos. Por entender ser excessiva a condenação no importe de R$ 24.000,00 requer, subsidiariamente, que seja reformada a sentença para minorar a condenação. Requer o provimento do recurso para que seja acolhida a preliminar arguida ou subsidiariamente postula para que os pedidos iniciais sejam julgados improcedentes ou para que o valor da indenização seja reduzido (fls. 294/310).

Acesso ao Sumário

As empresas autoras apelam insurgindo-se contra o valor fixado a título de danos materiais. Alegam que o valor pleiteado de R$ 81.227,65 foi obtido mediante a verificação do movimento de caixa dos postos das apelantes (fls. 47 a 85). Tais documentos (termos de conferência de caixa) são originados a partir dos documentos fiscais eletrônicos devidamente auditados pela Secretaria de Fazenda do Estado para fins de tributação. Afirmam que a sentença se baseou no valor médio dos depósitos realizados pelas apelantes nas contas que possuem perante o banco apelado, deixando de considerar que os depósitos eram feitos em contas distintas e que eles não poderiam se contrapor ao que foi encontrado nos termos de conferência de caixa (fls. 323). Argumentam que verificando tais documentos (termos de conferência de caixa) percebe-se com clareza que o valor em dinheiro que foi recebido pelas vendas está plenamente identificado, pois ele é a exata diferença entre o total de recebimentos e aquilo que foi recebido por outros meios de pagamento (tipo de recebimento) estando apontado no termo sob a rubrica despesa (assalto). Aduzem que essa prova não pode ser desprezada para os fins de se quantificar o valor que foi subtraído durante o assalto porque ela está totalmente apta a amparar a pretensão das apelantes. O valor total de R$ 72.993,86, apontado como subtraído na inicial equivale aos valores dos recursos em dinheiro que foram apurados nos dias 28 (sexta-feira), 29 (sábado) e 30 (domingo) do mês de outubro de 2016 nos dois postos de gasolina das apelantes, valores que têm origem no caixa da empresa cujos dados são apurados com base em cada bico (ponto de abastecimento) e mais o que foi faturado nas lojas de conveniência. Asseveram que não há incoerência nas provas produzidas uma vez que o valor do pedido está amparado na prova documental, consistente no termo de conferência de caixa documentos (fls. 47 a 85), que é considerado documento de escrituração contábil, uma vez que sustentam o movimento financeiro das empresas apelantes para efeito de tributação. Relatam que aos extratos bancários que constam a fls. 86/179 tinham o condão de demonstrar apenas a média de depósitos realizados de forma a reforçar o pedido e demonstrar o grau de probabilidade de que os valores que estavam sendo transportados, referentes a três dias de produto das vendas e após um final de semana, eram exatamente aqueles apontados no pedido inicial. Ressaltam que os extratos bancários não visavam ao estabelecimento de um parâmetro de fixação de valor de indenização, pois a obtenção de tais montantes já era possível de se determinar no exame dos termos de conferência de caixa. Inobstante duas provas convergentes é possível concluir que o *quantum* indenizatório contido no pedido está correto. Enfatizam que o apelado não produziu nenhuma prova capaz de afastar o valor do pedido a título de indenização ônus que lhe competia e do qual não se desincumbiu. Requerem o reexame da causa para modificar o valor da indenização elevando-a para o valor pleiteado na inicial (fls. 315/326).

Recursos tempestivos e preparados (fls. 311 e 327).

Acesso ao Sumário

As partes apresentaram contrarrazões (fls. 328/338 e 342/355).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o Relatório.

A decisão recorrida foi disponibilizada no DJe de 11.10.2018 (fls. 283), na vigência do novo Código de Processo Civil, de modo que o recurso deve ser analisado pelos parâmetros nele previstos. O enunciado nº 3, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, destaca:

> *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

Versa o feito sobre reparação de danos materiais, na qual as empresas/autoras alegam que em 31.10.2016, por volta das 13:30 horas, a preposta, Gislaine dos Santos Pereira, dirigiu-se ao estabelecimento bancário do réu para fazer o depósito da quantia arrecadada com a venda dos produtos por elas comercializados (combustíveis e produtos de conveniência) no período de 27 a 31 de outubro do ano de 2016. Na ocasião, Gislaine se encontrava acompanhada de Regina Walls que a tudo presenciou. Relata que depois de ter descido do automóvel em que se encontrava com Regina, Gislaine com uma discreta sacola de mão cruzou o curtíssimo espaço que separa a calçada da porta da agência do réu e adentrou no estabelecimento bancário. Assim que se colocou da porta para dentro, foi empurrada com força por um indivíduo que já estava no interior da agência bancária que sob a ameaça de arma de fogo subtrai-lhe a sacola com o montante a ser depositado, tudo conforme se verifica do incluso Boletim de Ocorrência nº. 3627/2016, lavrado pela Delegacia de Polícia de Bertioga. Conforme se verifica nas inclusas imagens fotográficas, a distância entre a rua e a porta do banco é muito curta, equivalente a cerca de três metros de distância, o que permite para quem está dentro da agência acompanhar toda a movimentação externa que foi o que aconteceu neste caso. Discorre que o bandido de dentro da agência acompanhou a chegada das vítimas e preparou-se para a prática do delito. Alegam que tiveram danos de ordem material, avaliados em R$ 81.227,65, oriundos do roubo perpetrado. Requerem a procedência dos pedidos iniciais para que o réu seja condenado ao pagamento de indenização no valor total equivalente a R$ 81.227,65, a título de danos materiais, sendo este valor formado pela quantia de R$ 44.327,00, em espécie do Auto Posto Farol, R$ 28.627,65, em espécie do Auto Posto Riviera e R$ 8.273,00 pertencentes aos dois estabelecimentos, quantias que deverão ser acrescidas de correção monetária e juros de mora até a data do efetivo pagamento.

Acesso ao Sumário

O réu, em contestação, aduz que os danos suportados pelas autoras foram causados em decorrência de ato ilícito praticado por terceiros, que mediante grave ameaça, assaltaram a representante das autoras, de modo que o banco

é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação. Afirma que não tem responsabilidade por fatos ocorridos fora das dependências de sua agência, já que os fatos alegados ocorreram na calçada, quando a autora havia sido conduzida pelo apelante.

Não é o caso de se acolher a preliminar de ilegitimidade de parte arguida pelo banco/réu.

As autoras imputam ao banco a responsabilidade do prejuízo sofrido por conta de um roubo ocorrido nas dependências de sua agência, o que caracteriza a sua legitimidade de parte para figurar no polo passivo da ação. Assim, a preliminar deve ser rejeitada.

No mérito, a r. sentença apelada deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, os quais ficam adotados como razão de decidir pelo não provimento do recurso.

Cabe, contudo, acrescentar ao *decisum* algumas considerações.

A alegação do banco/réu de que os fatos ocorreram na calçada, fora das dependências da agência bancária, não restou comprovada nos autos. A testemunha da autora, Maria Regina Wall, ouvida em audiência, foi enfática em afirmar que o roubo ocorreu dentro da agência bancária, espaço onde estariam instalados os caixas eletrônicos e que ainda estava sob a esfera de vigilância do réu.

A falha na prestação dos serviços do réu restou caracterizada. Incumbia ao banco, que exerce atividade de alto risco, tomar as cautelas para evitar desdobramentos como o ocorrido nos autos. Ressalte-se que a ocorrência de roubos, em casos que envolvem circulação elevada de dinheiro é previsível e em se tratando de relação tipicamente consumerista, evidente a responsabilidade da instituição financeira pela reparação de eventuais danos ocorridos independe de comprovação de culpa, exigindo apenas o defeito na prestação do serviço, o dano e o nexo causal entre eles, nos termos do que dispõe o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e a Súmula 479 do C. Superior Tribunal de Justiça:

> "*As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiro no âmbito de operações bancárias*".

Em havendo o reconhecimento da responsabilidade do banco pelo delito sofrido pelas vítimas, de rigor a sua condenação em indenizar as autoras pelos danos materiais decorrentes da atitude negligente do réu.

Nesse sentido, bem ponderou o Juízo *a quo* (fls. 276/280):

> "*Da prova colhida, portanto, não se pode afirmar que o fato ocorreu na via pública, pois a testemunha declarou que a abordagem ocorreu no momento em que o preposto adentrava a agência bancária, e por indivíduo que deixava a agência, local onde inclusive estariam instalados*

Acesso ao Sumário

os caixas eletrônicos e que ainda estava sob a esfera de vigilância do réu, cujo serviço de segurança interna também falhou em evitar ou minimizar a ação do meliante.

No presente caso, a abordagem do cliente por meliante que saia da agência representa fato previsível e fortuito interno que deve ser objeto de ação por parte da instituição financeira. Nesse sentir:

'A análise da situação passa pela aplicação da Teoria do Risco da Atividade. Com efeito, no exercício do seu negócio, por seu objetivo social, a atividade da instituição financeira, essencialmente, gera grande movimentação de valores, atrativos aos oportunistas ocasionais, voltados para o propósito da subtração e cometimento de outros ilícitos contra o patrimônio. Ante essa previsibilidade, cabe ao banco, ao disponibilizar serviços para seus clientes, se aparelhar de mecanismos de segurança que assegurem a regular e segura utilização. Exatamente porque, não escapa a interpretação, ao proporcionar o autoatendimento via caixas eletrônicos, não o faz tão somente à agilidade na prestação do serviço ao cliente, mas também à redução de custos, enxugando seus quadros, tendo em vista que, com a utilização do meio virtual e caixas eletrônicos, necessita de menos atendentes. E isto não pode acontecer em descompasso e prejuízo de sua clientela captada.' (TJSP, Ap. Cível nº 1006752-69.2016.8.26.0564)

O réu, na condição de instituição financeira prestadora de serviços aos consumidores, responde objetivamente perante os consumidores clientes pelos danos decorrentes na falha da prestação de serviços.

Nesse sentido dispõe o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e a Súmula 479 do C. Superior Tribunal de Justiça: 'As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.'

A funcionária foi abordada na porta de vidro de entrada da agência bancária, por agente que saia da agência, não se podendo considerar, de forma singela, que se encontrava na via pública.

Como é cediço, as agências bancárias são responsáveis pela segurança dos correntistas dentro das agências e das demais dependências destinadas aos usuários, devendo assumir o ônus de segurança do cliente inclusive na área em frente à agência, por ser absolutamente presumível a ação de meliantes no local.

Diante dessa situação pode-se concluir que é de responsabilidade do réu a segurança da parte em que instalados os caixas eletrônicos, e a fiscalização das pessoas que acessam o local. (...)"

Acesso ao Sumário

A respeito do tema, já se pronunciou o C. Superior Tribunal de Justiça:

"*RECURSO ESPECIAL DO BANCO BRADESCO S/A - RESPONSABILIDADE CIVIL - LATROCÍNIO OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTACIONAMENTO MANTIDO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - CASO FORTUITO - INEXISTÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO - CONFIGURAÇÃO - DIREITO DE ACRESCER PARA OS BENEFICIÁRIOS DE PENSÃO MENSAL - ADMISSIBILIDADE - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL SOBRE A EXORBITÂNCIA DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS CASOS CONFRONTADOS - AUSÊNCIA - EXAGERO DA VERBA HONORÁRIA NÃO OCORRÊNCIA - RECURSO IMPROVIDO. 1. A instituição bancária responde objetivamente pelos furtos, roubos e latrocínios ocorridos nas dependências de estacionamento que oferecera aos veículos de seus clientes. (...) 11. Recurso especial do Banco improvido. Recurso especial de Marcília Nascimento e de sua filha parcialmente provido*". (REsp 1045775/ES, T3 - TERCEIRA TURMA, DJ 23/04/2009, DJe 04/08/2009, Min. MASSAMI UYEDA). (g.n.).

Nesse sentido, também já decidiu esse E. Tribunal de Justiça:

"*AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. Sentença que julgou procedente a ação para condenar o Banco réu na indenização por dano material no valor de R$ 3.000,00 e danos morais no valor de R$ 5.000,00. Recursos de ambas as partes: Recurso do Banco. Preliminares afastadas. Pretensão para afastar os danos materiais e morais arbitrados. Impossibilidade. Roubo de dinheiro nas dependências do Banco requerido - Conjunto probatório dos autos que leva a conclusão de que o cheque fora sacado pelo autor na Instituição Bancária requerida sem qualquer proteção ou segurança que lhe incumbia - Responsabilidade Civil do Banco - Falta de segurança - Ocorrência - Dever de indenizar tanto os danos materiais quanto os danos morais. Sentença mantida. Recurso não provido. Recurso do autor - Pretensão a majoração dos danos morais arbitrados - Possibilidade - Valor de indenização que deve ser majorado, não no quantum pretendido, mas para o montante de R$ 10.000,00 - Danos morais que devem ser corrigidos da publicação do acórdão (Súmula 362 do STJ) e juros a partir da citação (artigo 405 do CC/02) - Observação dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Sucumbência mantida, em virtude da majoração da condenação - Recurso parcialmente provido.*" *(Apelação nº 1008735-32.2015.8.26.0405, 38ª Câmara de Direito Privado, Rel. ACHILE ALESINA, j. 15.03.2017)*

"INDENIZAÇÃO POR RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ATO ILÍCITO - Assalto a cliente que se encontrava dentro da agência

Acesso ao Sumário

- Responsabilidade decorrente do risco do negócio - Não resta dúvida de que há que se considerar a teoria do risco profissional do empresário, tanto quanto se considera a teoria do risco profissional na moderna atividade mercantil e mesmo de prestação de serviços - Responsabilidade do banco reconhecida. Indenização material fixada pela r. sentença em R$5.200,00 (cinco mil e duzentos reais), corrigida desde o evento danoso, acrescida de juros de mora a partir da citação Juros de mora - Decisão mantida Recurso improvido." (Apelação n.º 0008933-84.2011.8.26.0063; 3ª Câmara de Direito Privado; Rel. BERETTA DA SILVEIRA. j. 26.03.2013)

"RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AUTORA QUE FORA REFÉM DE BANDIDOS NO INTERIOR DE AGÊNCIA BANCÁRIA DA RÉ - CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR - INOCORRÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA RÉ PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS PELA AUTORA - DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO E ADEVISO DA AUTORA IMPROVIDO." (Apelação nº 0134608-77.2010.8.26.0100; 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. NEVES AMORIM, j. 29.11.2012).

A pretensão das autoras para que seja acolhido o valor de R$ 81.227,65 como danos materiais não pode ser acolhida, porquanto desprovida de provas inequívocas de que no momento do roubo havia essa quantia dentro da bolsa que foi subtraída da preposta das autoras. Os documentos intitulados "termos de conferência de caixa", acostados a fls. 47/85, foram produzidos de forma unilateral pelas autoras e não são aptos a demonstrar a quantia subtraída. Ressalte-se que nem as próprias funcionárias que levavam o dinheiro ao banco para ser depositado sabiam qual era a quantia exata que estavam levando.

Assim, a média extraída dos depósitos bancários das empresas autoras a cada dois ou três dias, nos meses anteriores, correspondente a R$ 24.000,00, conforme se observa dos extratos de fls. 86/131 (Auto Posto Farol) 132/179 (A.P. Riviera), deve ser aceita para se estabelecer os danos materiais, ressaltando que para tanto foram utilizadas as informações de depósitos bancários em dinheiro nas empresas especificadas nos documentos acostados a fls. 86, 89, 92, 95, 98, 103, 106, 109, 111, 112, 114, 117, 120, 122, 124, 126, 127, 129, 132, 135, 138, 139, 142, 144, 146, 147 e 151.

Destarte, os recursos de apelação devem ser desprovidos, mantendo- se a r. sentença apelada pelos seus próprios fundamentos e pelos ora acrescentados.

Descabidos os honorários advocatícios recursais já que ambas as partes recorreram e não tiveram os seus pleitos acolhidos.

Por fim, já é entendimento pacífico o de que não está obrigado o julgador a citar todos os artigos de lei e da Constituição Federal para fins de

Acesso ao Sumário

prequestionamento. Assim, ficam consideradas prequestionadas toda a matéria e disposições legais discutidas pelas partes.

Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento aos recursos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1035827-22.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RAFAEL CALHEIROS BERTÃO, é apelada AEROLINEAS ARGENTINAS S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13622)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente sem voto), MELO COLOMBI e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 18 de fevereiro de 2019.

ACHILE ALESINA, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS - Transporte aéreo de passageiros - Sentença de improcedência - Recurso do autor - Insurgência - Impossibilidade - Atraso de voo de aproximadamente quatro horas, sendo prestada assistência quanto à alimentação e informações quanto à hospedagem - Ausência de prejuízo adicional ao autor além do atraso no voo - Autor que nem ao menos comprovou nos autos a sua alegação de perda de compromisso pessoal - Artigo 373, I do NCPC - Fatos resultantes de mero aborrecimento - Dano moral não caracterizado - Precedentes desta Corte - Por força da sucumbência recursal, impõe-se a majoração dos honorários impostos, diante da regra do artigo 85, §11, do CPC/2015 - Sentença mantida - Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de recurso à r. sentença de fls. 104/108, proferida pela MMª. Juíza de Direito da 19ª Vara do Foro Central Cível, Dra. Renata Barros Souto Maior Baião que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada

Acesso ao Sumário

pelo apelante, julgou improcedente os pedidos, condenando a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Recorre o autor pretendendo a reforma do julgado, trazendo argumentos que entende socorrer seu posicionamento.

Recurso regularmente processado (fls. 111/121) e respondido (fls. 125/132).

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada pelo apelante em face da empresa apelada.

Sustenta o autor em síntese que comprou passagens aéreas com saída de San Carlos de Bariloche (AR) para São Paulo (GRU), no dia 12 de agosto de 2017, às 12h25, com conexão de 01h00 em Buenos Aires (AR), com previsão de chegada em São Paulo às 18h10. Destacou que adquiriu tais passagens a fim de que pudesse comparecer a um evento pessoal no dia 12/08/2017 e descansar, pois retornaria ao trabalho no dia 14/08/2017.

Contudo, tendo em vista atraso de uma hora no voo inicial, o autor não conseguiu embarcar no voo de conexão, lá precisando esperar por 4 horas para embarcar o voo para o qual foi realocado, chegando em São Paulo às 22h15.

Aduz a inércia por parte da companhia aérea diante a situação, ao não disponibilizar *vouchers* de alimentação, deslocamento e hospedagem logo de início, sendo que somente após discussão com a ré obteve seu tíquete de alimentação. Esclarece que a ré disponibilizou deslocamento e hospedagem, que não seriam vantajosos ante o risco de perda do voo realocado.

Afirma, ainda, que a espera o impossibilitou de comparecer ao evento pessoal e prejudicou seus dias de descanso e que, em razão de tais fatos, sofreu danos morais. Logo, requereu a procedência dos pedidos para condenar da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00.

Em contestação a ré sustenta em síntese em preliminar pela aplicabilidade da Convenção de Montreal, afastando o Código de Defesa do Consumidor. No mérito, salienta que o primeiro voo sofreu atraso por rotação, fazendo com que o seu tempo de permissão de decolagem expirasse, e que, por conta disso, a aeronave teve que aguardar nova autorização, seguindo procedimentos aeroportuários previstos.

Pondera que o período de atraso da decolagem deste voo foi de aproximadamente uma hora e que todas as providências cabíveis foram adotadas. Sustenta a impossibilidade de inversão do ônus da prova e que o autor foi realocado para o próximo voo disponível e que todos os *vouchers* foram fornecidos a ele, inexistindo quaisquer danos morais. Requer a improcedência dos pedidos e, subsidiariamente, o arbitramento dos danos morais com base na

Acesso ao Sumário

razoabilidade e proporcionalidade.

Réplica às fls. 90/98.

Instadas a se manifestarem a respeito da produção de eventuais provas e sobre a designação de audiência de conciliação (fls. 99), ambas requereram o julgamento antecipado da lide (fls. 101 e 102/103).

A r. sentença julgou improcedente a demanda, nos termos já expostos.

Recorre o autor alegando em síntese pela responsabilidade objetiva da ré, sendo que os procedimentos aeroportuários tratam-se de risco intrínseco à sua atividade, não rompendo o nexo causal com relação aos danos sofridos. Sustenta que o atraso no voo inviabilizou seus compromissos pessoais e seu legítimo direito de repouso, sendo suficiente para que seja conferida a indenização pretendida.

O recurso não deve prosperar.

Com efeito, restou incontroverso nos autos que o voo de retorno do apelante de San Carlos de Bariloche, com conexão em Buenos Aires, no dia 12/08/2017, com destino a São Paulo, chegou atrasado aproximadamente 04 (quatro horas).

O pedido e, consequentemente, o apelo, fundam-se na responsabilidade objetiva da apelada pela falha no serviço do transporte, que decorreu do atraso.

A falha em questão, no dizer do apelante, caracteriza-se pela impossibilidade de participar de seu compromisso pessoal, prejudicar seus últimos dias de descanso e falta de assistência adequada durante a permanência no saguão do aeroporto.

Ocorre que o atraso no seguimento do voo, se deu em decorrência de que a conexão Bariloche/Buenos Aires, sofreu um atraso por rotação da aeronave (procedimentos aeroportuários) de aproximadamente 01 (uma) hora, o que impossibilitou o apelante de embarcar no voo originalmente contratado.

No entanto, o autor foi realocado no próximo voo disponível, além de ter recebido *vouchers* de alimentação, bem como hospedagem, sendo apenas aconselhado de que o deslocamento até o hotel poderia não valer a pena, tendo em vista que o voo partiria em algumas horas, o que poderia acarretar perda de um novo voo.

Dessa forma, o atraso no retorno de aproximadamente 04 (quatro horas), com toda a assistência necessária ao passageiro, não pode mesmo ser considerado aviltante a ponto de abalar psiquicamente o apelante, não ensejando a indenização pretendida.

Repise-se que foram prestadas todas as assistências possíveis ao recorrente, o qual nem ao menos se desincumbiu de comprovar nos autos suas alegações de que efetivamente obtinha um compromisso pessoal no dia de retorno de sua

Acesso ao Sumário

viagem, nos termos do artigo 373, I do NCPC.

Assim, os argumentos são desconectados da realidade, pois o relato conduz à conclusão que chegou a i. Magistrada sentenciante: que tais fatos são resultantes de mero aborrecimento, aos quais, infelizmente, todos estamos sujeitos.

E, além disso, olvida-se o apelante que as partes em uma relação contratual, não importando ser essa relação de consumo ou não, ou ser o contrato por adesão às condições gerais de contratação ou não, todas as partes devem pautar-se por comportamentos calcados na boa-fé objetiva (CC, art. 422 do CC/02).

Em casos análogos, já decidiu esta Corte:

"Transporte aéreo internacional de passageiros. Ação de reparação de danos. Alteração de horário de decolagem do voo, sem comunicação prévia aos passageiros. Espera de quatro horas, por falha no dever de informação, somada ao atraso de uma hora no voo. Prestação de serviço deficiente. Dano moral, porém, não configurado. O atraso no voo é tema incontroverso nos autos, tendo a ré falhado em seu dever de informação, ao deixar de comunicar aos autores a alteração do horário de decolagem. Não obstante, considerando que os autores não são idosos, mas pessoas relativamente jovens, que adquiriram os bilhetes de viagens com finalidade turística, que estavam ambos a fazer companhia um ao outro, em aeroporto dotado de boa infraestrutura, que não foram submetidos a tratamento vexatório, humilhante, expostos ao ridículo, nem noticiaram consequências extraordinárias, tais como sofrimento ou desconforto durante a espera, perda de voos de conexão ou de compromissos importantes, não há como reconhecer que o transtorno por que tiveram de passar causou-lhes dano moral. Apelação não provida." (Apelação n. 0011532-11.2013.8.26.0100, Relator(a): Sandra Galhardo Esteves; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/06/2015; Data de registro: 19/06/2015). (g.n.).

"RESPONSABILIDADE CIVIL - DANOS MORAIS - TRANSPORTE AÉREO - ATRASO NO EMBARQUE E EXTRAVIO DE PERTENCES - EXAME DA PROVA E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO - PEDIDO IMPROCEDENTE - DECISÃO ACERTADA - Infere-se do exame dos autos que o fato verificado para o atraso no embarque no voo com destino à Europa se deu por razão de segurança, não se verificando, ademais, que o fato, por si só, seja hábil a causar danos de natureza moral - Nas relações de consumo podem ocorrer fatos que causem algum aborrecimento ao consumidor, mas, para a efetiva caracterização do dano de natureza moral, nas hipóteses em que não se presume, devem ser demonstradas outras consequências do fato a levar a efetiva alteração do bem-estar,

Acesso ao Sumário

para impor o dever de indenizar, o que se não verifica do exame dos autos - Hipótese, ademais, em que não foram especificados quais os pertences extraviados, nem mais bem esclarecidos os danos alegados à bagagem - Honorários de advogado arbitrados por equidade e em consonância com o princípio da razoabilidade, devendo ser mantido o montante fixado na sentença - Recurso não provido." (Ap. n. 1030983-05.2013.8.26.0100, Des. Rel. Luiz Arcuri, 15ª Câmara de Direito Privado, j. em 25.6.2012.) (g.n.).

Por oportuno, vale transcrever fragmento do relatório do Ministro Aldir Passarinho Junior no REsp 450.669/RJ: "*Exigir-se pontualidade na aviação é desconhecer, por completo, essas circunstâncias, muito próprias, do transporte aéreo, que detém, de outro lado, desempenho bastante satisfatório no que tange à segurança e ao tratamento dispensado aos passageiros, no geral.*"

E ainda, no mesmo v. aresto sobressai as seguintes assertivas:

"... o atraso não foi significativo e ocorreu em aeroporto dotado de boa infraestrutura, o que até justificaria o afastamento do dano moral, se adequadamente suscitada a questão, porque, em verdade, não pode ser ele banalizado, o que se dá quando confundido com mero percalço, dissabor ou contratempo a que estão sujeitas as pessoas em sua vida comum." (STJ - REsp 450.669/RJ - DJ: 10/03/2003).

Logo, não tendo havido comprovação de nenhum prejuízo adicional ao autor além do atraso de aproximadamente quatro horas, inviável o acolhimento da pretensão indenizatória.

Deve, portanto, ser mantida a respeitável sentença, em seus termos e fundamentos.

Por força da sucumbência recursal, impõe-se a majoração dos honorários impostos, diante da regra do artigo 85, §11, do CPC/2015, devendo o autor, ora apelante, arcar com os honorários advocatícios sucumbenciais no total de 11% sobre o valor atualizado da causa, observados os limites estipulados no § 2º do mesmo artigo.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005249-95.2018.8.26.0320, da Comarca de (...), em que é apelante (...) (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada (...).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito

Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.016)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente sem voto), CARLOS DIAS MOTTA e NETO BARBOSA FERREIRA.

São Paulo, 1º de março de 2019.

CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Troca de mensagens por "whatsapp" - Alegação de conteúdo ofensivo - Ação de indenização por danos morais - Sentença de improcedência, com revogação dos benefícios da justiça gratuita - Apelo do autor - Mensagem enviada em âmbito estritamente particular - Ato ilícito e dano moral não caracterizados - Indenização inexigível - Prova documental que não autoriza concluir estarem presentes os requisitos a justificar o benefício da justiça gratuita - Situação econômica não harmonizada com a declaração de pobreza - Sentença mantida - Apelação desprovida

VOTO

A sentença de fls. 83/88, cujo relatório é adotado, revogou os benefícios da justiça gratuita inicialmente concedidos ao autor e julgou improcedente a ação.

Apela o autor (fls. 90/105) pretendendo o restabelecimento dos benefícios da justiça gratuita, argumentando que basta a afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, e que "*é proprietário de uma empresa inativa no ramo do agronegócio, conforme declaração de I.R., inclusive recaindo sobre ela execuções de dívidas, motivo pelo qual o Recorrente está tentando a reinserção de sua empresa no mercado. Na tentativa de recolocação da empresa no mercado, o Apelante realiza viagens e negócios, ou seja, a maioria de suas viagens, são realizadas a trabalho e não a lazer*". Sustenta que o decreto de improcedência da ação foi precipitado e que "*o caminho mais sensato a ser seguido, nesse deslinde, seria o deferimento do depoimento pessoal ou até oitiva de testemunhas, para erradicar toda e qualquer incerteza que poderia gerar no judiciário*", suscitando preliminar de cerceamento de defesa. Quanto ao mérito, afirma serem equivocadas as afirmações da ré, pois "*o conteúdo expressado através de mensagem de texto no aplicativo*

WhatsApp, enviado pela Apelada ao Apelante, houve a real intenção ofender sua dignidade, maculando sua honra subjetivas. E mais, o Apelante nunca adotou condutas que o desabonassem como o homem fidedigno que sempre foi e é, motivo pelo qual repudia veemente todas as alegações da Apelada, posto que são apenas falácias na tentativa de ludibriar o judiciário". Alega que para configuração de injúria não é necessário que se dê publicidade a ofensa, que pode ocorrer no meio privado entre os envolvidos.

O recurso foi regularmente processado, sem apresentação de resposta.

É o relatório.

O apelante propôs ação de indenização por danos morais narrando que é pai do menor (...), filho também da apelada, ao qual sempre amparou com o pagamento da pensão alimentícia e escola. Afirma que ficou acordado que a mãe exerceria a guarda do menor e que a ele seriam garantidas visitas periódicas.

Consta da petição inicial que, no entanto, as partes passaram a se desentender em razão de obstáculos que, segundo o autor, foram impostos pela ré para dificultar suas visitas ao filho.

Afirma o autor que em (...) "*a Requerida enviou uma mensagem ao Autor, via aplicativo WhatsApp (doc. anexo), proferindo ofensas a sua dignidade, declarando que o Requerente é irresponsável pois leva uma vida bagunçada e de bebedeira, maculando a honra subjetiva do Requerente (...) Diante dos fatos, o Requerente tomou as medidas cabíveis, recorrendo a tutela jurisdicional, para garantir seus direitos como genitor, ajuizando uma Ação de Guarda compartilhada, que tramita sob nº (...) na (...) Vara Cível desta comarca. E ainda, apresentou Boletim de Ocorrência de nº (...), lavrado em (...), pois claramente vítima de ilícito penal tipificado pelo art. 140 do Código Penal - Injúria, surgindo então, o direito que busca na presente ação de indenização por danos morais*".

Por tais razões, entende fazer jus à reparação moral alegadamente sofrida e à condenação da ré ao pagamento de indenização.

Em sua defesa (fls. 31/44) a apelada impugna os benefícios da justiça gratuita concedidos ao autor e afirma que a situação de animosidade se agravou quando o menor, filho dela e do autor, "*apresentou queixas a mãe sobre os hábitos do pai, queixou-se a mãe de quando com ele viajava ou passava os fins de semana, o pai só estava com amigos e amigas, o menor queixou-se de que não comia direito, de que não havia comida regular, queixou-se do excesso de bebida, por vezes consumida pelo pai, enfim, começou a se queixar dos hábitos do pai*", esclarecendo que por tais motivos discordou da intenção do autor de levar o menor em uma viagem no fim do ano. Sustenta que o conteúdo da mensagem enviada não veicula qualquer ofensa ou mentira, não havendo dano moral a ser indenizado, em especial considerando-se o conteúdo privado das mensagens e a ausência de intenção de injuriar.

Acesso ao Sumário

A sentença, julgando o feito de maneira antecipada, concluiu que "*Não obstante aduzir que o fato perpetrado pela requerida se subsuma a hipótese de crime de injúria, não há nos autos qualquer cópia da eventual sentença condenatória transitada em julgado imputando a demandada o delito previsto no art. 140 do Código Penal Ainda que a responsabilidade civil é independente da criminal, ex vi art. 935, do Código Civil, dos fatos narrados pelo autor, em que pese o dissabor experimentado, não se vislumbra o alegado dano à honra ou dignidade do requerente. É cediço que as regras gerais concernentes à responsabilidade extracontratual ou aquiliana encontram-se delineadas no art. 186 do Código Civil, in verbis Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito Assim, como pressuposto do dever de indenizar, exsurge a necessidade de demonstração da ação ou omissão do agente, a relação de causalidade, a existência do dano e conduta dolosa ou culposa do agente (...) Assim, somente é devida a indenização quando há lesão aos direitos da personalidade violando sua intimidade, vida privada, honra, imagem, dignidade da pessoa humana, dentre outros bens jurídicos tutelados constitucionalmente. Logo, a perturbação da paz de espírito que gera o dever de indenizar é aquela que extravasa a fronteira do dissabor puro e simples. No caso vertente, ainda que requerida tenha se utilizado de expressões depreciativas na visão do autor, considerando o contexto em que proferidas as palavras, não se infere o animus injuriandi da ré, além do alegado dano à honra do requerente, de modo que, o pedido de indenização não merece acolhimento*".

Fica afastada a preliminar de cerceamento defesa uma vez que o exame da controvérsia não dependia da produção de outras provas além das de natureza documental, considerando que a ofensa contra a qual se insurge o autor foi proferida de forma escrita, por meio de aplicativo de celular, não exigindo prova oral para demonstração do seu conteúdo.

Em outras palavras, a matéria de fato está suficientemente demonstrada por meio de documentos, em especial porque o fato ocorreu em ambiente eletrônico e seu conteúdo está reproduzido nos autos.

A sentença não comporta censura uma vez que os elementos de convicção trazidos ao processo autorizam concluir que não houve prática de ato ilícito e que não ficaram caracterizados os danos alegadamente sofridos pelo autor, de tal modo que a indenização pleiteada é inexigível.

A mensagem enviada ao autor pela ré via "whatsapp" está assim redigida: "*Bom dia, deixa eu te avisar uma coisa....como já tinha te falado o (...) não vai viajar com vc, esquece ele não vai, nessa sua vida bagunçada e de bebedeira eu não vou deixar o meu filho ir para (...), se vc quiser passar o natal com ele ok, mas viajar não...e não adianta dizer que quem decide e o (...), pois ele não tem idade pra isso, quando ele tiver 18 anos ele decide, e agora quem decide sou eu que tenho a guarda dele...agora se vc achar que tem o direito procure a*

justiça, ele não vai e ponto final" (fl. 25).

Não se vislumbra na mensagem conteúdo ofensivo ou difamatório a ponto de afrontar a honra e à dignidade do autor.

Não há, pois, dano moral a ser reparado, mas sim um aborrecimento a que estão sujeitas todas as pessoas que vivem em sociedade.

O conteúdo da mensagem, que atribui ao autor uma vida "bagunçada e de bebedeira", não ultrapassou o limite da tentativa da ré de manifestar contrariedade à viagem do menor e não autoriza concluir que houve intenção afrontar a honra e a dignidade do autor.

Cabe observar também que não houve excesso ou abuso da ré, mas sim sensibilidade exacerbada do autor, e que a mensagem foi enviada diretamente a ele e não em ambiente virtual coletivo (como são os "grupos" de "whatsapp").

Cumpre ressaltar ainda que no âmbito das relações entre pais separados há a possibilidade de que surjam divergências no que se refere às decisões em relação aos filhos. Contudo, não se depreende que o fato aqui examinado esteja dotado de gravidade bastante a ponto de caracterizar a ocorrência de ofensas à honra, à imagem ou à boa fama do apelante, e, portanto, prática de ato ilícito.

Rui Stoco, em seu "Tratado de Responsabilidade Civil", com remissão à obra de Antônio Jeová Santos "Dano Moral Indenizável", cita trecho extraído da Apelação Cível nº 280 346-5/0, Relator Desembargador Paulo Dimas Mascaretti: "'*que o ofendido seja alguém em que a suscetibilidade aflore com facilidade (Antônio Jeová Santos, op. cit., p 36)' (v. RUI STOCO, op. cit., RT, São Paulo) Diferente do que ocorre com o dano material, a alteração desvaliosa do bem-estar psicofísico do indivíduo deve apresentar certa magnitude para ser reconhecida como prejuízo moral. Um mal-estar trivial, de escassa importância, próprio do risco cotidiano da convivência ou da atitude que o indivíduo desenvolva, nunca o configurará. Isto quer dizer que existe um 'piso' de incômodos, inconvenientes ou desgostos a partir dos quais este prejuízo se configura juridicamente e procede sua reclamação. De sorte que o mero incômodo, o enfado e o desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem de suportar em razão do cotidiano não servem para a concessão de indenizações, ainda ulo, 2001, cap XVII, item 15.00, p. 1381). Ademais, em consonância com a doutrina assim posta, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já definiu que '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' (v. RSTJ 150/382)*".

No mesmo sentido, os seguintes julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. Ação de indenização por danos morais. Preliminares: Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de direito não configurado. Aplicação do Enunciado nº 09 desta C.*

Acesso ao Sumário

Câmara. Sentença suficientemente fundamentada. Órgão judicial que não é obrigado a se pronunciar sobre todos os dispositivos legais e/ou argumentos suscitados pelas partes. Decisão sucinta que não se confunde com decisão não fundamentada. Mérito: Ré que enviou mensagens depreciativas à autora via aplicativo WhatsApp. Utilização de palavras de baixo calão que, embora reprovável, não tem o condão de causar o dano moral alegado. Mensagens enviadas diretamente à destinatária, não em ambiente virtual coletivo. Prática corriqueira em ambientes virtuais. Mero aborrecimento não indenizável. Ré que, ademais, aparentemente enviou pedido de desculpas à autora, ato singelo e suficiente à reparação do aborrecimento causado. Elevação dos honorários em sede recursal. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO (Apelação nº 1007574-15.2017.8.26.0664, Relator Desembargador Alexandre Marcondes, 3ª Câmara de Direito Privado, 31.10.2018)

INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE NA CONDUTA DA RÉ. ENVIO DE MENSAGEM ELETRÔNICA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE OFENSA PESSOAL À DEMANDANTE, PESE EMBORA A LINGUAGEM POUCO POLIDA DE QUE SE SERVIU A RÉ. MENSAGEM DE CARÁTER PRIVADO, INEXISTINDO PROVA DE QUE TENHA DESBORDADO DESSES LIMITES PARA CHEGAR AO CONHECIMENTO PÚBLICO OU SOCIAL. AUSÊNCIA DE FERIMENTOS A DIREITOS DA PERSONALIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO (Apelação nº 1001507-80.2017.8.26.0002, a 6ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Vito Guglielmi, 01.9.2017)

Correta ainda a sentença quanto à revogação dos benefícios da justiça gratuita.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXIV ("*O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*"), admite a concessão da assistência judiciária gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos, enquanto que o artigo 98 do Código de Processo Civil ("*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*") também prevê a possibilidade de concessão de tal benefício à pessoa natural com insuficiência de recursos.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, alterou a sistemática da legislação anterior, tornando regra o deferimento da justiça gratuita a quem a requerer, conforme dispõe o § 2º do artigo 99 ("*O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos*

Acesso ao Sumário

referidos pressupostos"), cabendo, no entanto, ao juiz exigir a comprovação do estado de necessidade, caso os elementos disponíveis não apontem nesse sentido.

No caso concreto, o benefício foi inicialmente deferido (fl. 27 dos autos de origem), mas com a apresentação de impugnação pela ré o MM. Juiz de primeiro grau revogou o benefício na sentença.

Os elementos de prova trazidos ao processo apontam que o apelante não se encontra no momento impossibilitado de arcar com o pagamento das despesas processuais.

Analisando-se a declaração de imposto de renda 2016/2017 (fls. 17/21), é possível extrair a conclusão de que o autor é proprietário de empresa, não havendo, entretanto, demonstração de seus rendimentos mensais. Declarou-se como comerciante, e juntou declaração de pobreza.

Nenhum outro documento foi juntado, de rendas ou de despesas, que justificasse a concessão do benefício, cabendo destacar que o autor poderia tê-lo feito quando da interposição da apelação, quando limitou-se a alegar a suficiência da declaração de pobreza.

Ao postular a revogação do benefício, a ré destacou a condição de empresário do autor, suas frequentes viagens e estilo de vida incompatível com o pedido de gratuidade (fls. 52/69).

Ainda que tenham sido realizadas a trabalho, e não como lazer como se afirma nas razões de apelação, tais viagens indicam que o autor tem atividade empresária ativa, e, decerto, benefício econômico, o que, no entanto, não foi por ele esclarecido.

Além disso, apesar de o acesso à justiça ser direito constitucional e de o autor ter contratado advogado, o que não excluiria a possibilidade de obter e de manter o benefício da justiça gratuita, visto não ser causa suficiente a contrapor a alegação de necessidade por ele formulada, o fato é que o apelante não traz elementos probatórios capazes de sustentar a afirmação de que sua situação econômica atual não permite o pagamento das despesas processuais, e nem, diga-se novamente, informações suficientes a possibilitar a avaliação de sua condição econômica.

Por tais razões, era mesmo de rigor a revogação dos benefícios da justiça gratuita, bem como o reconhecimento da improcedência da ação.

Deixa-se de determinar a majoração dos honorários advocatícios em fase recursal por não ter havido resposta ao apelo.

Ante o exposto, o voto é no sentido de se negar provimento à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004185-03.2018.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que é apelante/apelado COMPANHIA PAULISTA DE FORÇA E LUZ - CPFL, é apelado/apelante ANDRÉ LUIS PONTES DA SILVEIRA (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: "Negaram provimento ao recurso da requerida e deram parcial provimento ao recurso do autor, por maioria de votos, vencida a 3º Juíza, que declara. Formada a divergência, em continuidade ao julgamento, nos termos do artigo 942, do Código de Processo Civil, o 4º Juiz acompanhou o voto do Relator e o 5º Juiz acompanhou a divergência." **(Voto nº 11.211)**

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

São Paulo, 6 de março de 2019.

CESAR LUIZ DE ALMEIDA, Relator

Ementa: APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO - ENERGIA ELÉTRICA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SUPOSTA ADULTERAÇÃO NO RELÓGIO MEDIDOR QUE NÃO FOI EFETIVAMENTE DEMONSTRADA PELA REQUERIDA - ELEMENTOS UNILATERAIS - AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA ISENTA CORROBORANDO A ALEGADA MEDIÇÃO A MENOR - IMPOSSIBILIDADE DE EXIGIR DO AUTOR PAGAMENTO PELO CONSUMO SUPOSTAMENTE NÃO REGISTRADO - INTERRUPÇÃO INDEVIDA DOS SERVIÇOS - DANOS MORAIS CONFIRMADOS - QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE COMPORTA MAJORAÇÃO E MATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA QUE NÃO ADMITEM ALTERAÇÃO, POIS QUE FIXADOS EM CONSONÂNCIA COM OS DITAMES LEGAIS - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA

Acesso ao Sumário

- DESPROVIDO O RECURSO DA REQUERIDA E PARCIALMENTE PROVIDO O RECURSO DO AUTOR.

VOTO

Tratam-se de recursos de apelação e adesivo (fls. 267/301 e 371/394) interpostos nos autos da ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. indenização por danos morais contra a r. sentença de fls. 259/261 (disponibilizada no DJE em 05.10.2018 - fls. 262/263) que, confirmando a tutela antes deferida, julgou parcialmente procedentes os pedidos autorais para declarar a nulidade da autuação e da cobrança, condenando a requerida ao pagamento de indenização por danos morais fixada no importe de R$ 4.000,00 (com correção monetária a partir da publicação da sentença e juros de mora a contar da citação).

Ainda impôs à ré o dever de arcar com custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

A requerida apela aduzindo, em síntese, que agiu em observância estrita às previsões legais para apuração da irregularidade constatada no relógio medidor do requerente, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Assevera que o autor utilizou energia elétrica sem a devida contraprestação, tendo em vista que o medidor instalado em seu imóvel não registrava o verdadeiro consumo. Diz que o equipamento contava com manipulação do registrador e do lacre de aferição, o que evidencia a presença de fraude no aparelho.

Destaca que a diferença de consumo foi calculada com base em regulamento da ANEEL e diz que os históricos de consumos corroboram a ocorrência de fraude, ensejando a exigibilidade do débito apurado e possibilitando a suspensão do fornecimento de energia.

Indica que a inspeção foi realizada por técnicos especializados e com vasta experiência. Ressalta, ainda, que o procedimento de vistoria foi autorizado e acompanhado pelo requerente, motivo pelo qual não se trata de prova unilateral.

Salienta que não houve a realização de perícia porque o usuário não a solicitou durante a lavratura do TOI, procedendo-se à regularização do equipamento medidor no momento da inspeção.

Narra que o requerente foi informado a respeito da constatação de débito e da possibilidade de suspensão no fornecimento de energia, deixando de apresentar recurso administrativo.

Aponta que o TOI goza de presunção de legalidade e que a concessionária não praticou conduta ilícita, agindo em exercício regular de seus direitos.

Enfatiza que não ficou comprovada a ocorrência de danos morais e que o valor fixado comporta minoração, evitando-se o enriquecimento sem causa do

Acesso ao Sumário

autor.

Prequestiona a matéria e pugna pelo provimento do recurso, reformando-se a r. sentença combatida para julgar totalmente improcedente a ação, revogando a tutela antecipada deferida e reduzindo a verba honorária para o percentual legal mínimo.

O autor, a seu turno, recorre defendendo a necessidade de majoração da indenização por danos morais para o importe de R$ 10.000,00. Também se insurge contra a verba honorária fixada na origem, asseverando que o montante de 20% sobre o valor da condenação não remunera condignamente o trabalho desempenhado pelo patrono.

Espera o provimento do recurso adesivo, reformando- se parte da r. sentença guerreada para majoração o *quantum* reparatório. Pugna, também, para que os honorários de sucumbência tenham por base de cálculo o valor da causa ou sejam fixados de forma equitativa.

Os recursos foram recebidos apenas em seu efeito devolutivo no que tange à tutela antecipada e em seus regulares efeitos no tocante aos demais temas (fls. 417).

Foram apresentadas contrarrazões pelo autor a fls. 307/370 (com preliminar de não conhecimento do apelo apresentado pela ré por se tratar de mera reprodução da peça contestatória) e pela requerida a fls. 397/414.

Não houve oposição das partes ao julgamento virtual do feito.

É o relatório.

Ab initio, destaco que o apelo da requerida não comporta provimento, merecendo parcial acolhida o recurso interposto pelo autor.

Com efeito, é cediço que o Termo de Ocorrência e Inspeção (TOI) não comprova, por si só, a existência de fraude no sistema medidor da unidade consumidora.

Para a constatação de irregularidade, dispõe a Resolução 414/2010 da ANEEL, em seu artigo 129, §1°, inciso II, sobre a necessidade de realização de perícia técnica para compor o conjunto de evidências sobre a suposta medição a menor.

No caso, levando-se em conta que a concessionária promoveu, no ato da inspeção, o reparo do suposto problema que ocasionava o erro de medição, tem-se que não foram preservadas as características do aparelho aferidor, sendo inviável a realização de perícia.

Aliás, relevante deixar anotado que, quando instada a indicar as provas que pretendia produzir, a ré requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 258).

Assim, diante da ausência de prova técnica, inexistem nos autos elementos suficientes para corroborar as alegações da requerida e suas constatações

unilaterais que apontaram a ocorrência de irregularidade no instrumento de medição.

Ainda que se cogite a verificação de degrau de consumo, é evidente que tal acontecimento não serve para tornar satisfatório o conjunto probatório amealhado aos autos pela ré, sendo imprescindível a realização de prova técnica imparcial no relógio hipoteticamente manipulado, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quanto ao tema, confira-se o que tem decidido esta 28ª Câmara e este Egrégio Tribunal de Justiça bandeirante:

> **A apuração unilateral de eventual fraude no medidor de energia elétrica terá foros de verdade, apenas se se acompanhar de perícia isenta, a da polícia científica ou de instituto oficial de metrologia e, tratando-se de dívida, real ou suposta, de período pretérito e definido, não atual, não se admite o corte do serviço. (Apelação n. 0136560-23.2012.8.26.0100 - 28ª Câmara de Direito Privado - Desembargador Relator CELSO PIMENTEL - j. 28/11/2017 - v.u.). Sic**
>
> **Prestação de serviços - Energia elétrica - Anulatória - Ônus da prova que incumbia à concessionária - Ocorrência de fraude não comprovada - TOI que não se presta a comprová-la - Ausência de perícia isenta - Medidor não preservado para apuração da suposta irregularidade em juízo - Anulação por cerceamento de defesa - Descabimento - Sentença mantida - Improvimento do recurso. (Apelação n. 1004549-08.2016.8.26.0606 - 26ª Câmara de Direito Privado - Desembargador Relator VIANNA COTRIM - j. 10/08/2017 - v.u.). Sic**
>
> **PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - Fornecimento de energia elétrica - Fraude no medidor constatada pela concessionária - Cobrança de valor além da média mensal - Ação declaratória de inexigibilidade de débito proposta pela consumidora - Sentença de procedência - Apelo da ré - Termo de ocorrência e inspeção (TOI) lavrado unilateralmente pela concessionária - Presunção relativa de veracidade - Situação de fato alterada com o decurso do tempo - Perícia não realizada por órgão isento - Inexigibilidade do débito corretamente reconhecida - Honorários advocatícios - Pedido de redução - Descabimento - Sentença mantida - Apelação desprovida. (Apelação n. 1003168-34.2015.8.26.0077 - 29ª Câmara de Direito Privado - Desembargador Relator CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN - j. 12/01/2017 - v.u.). Sic**

Evidencia-se, portanto, que a concessionária deixou de trazer aos autos meios idôneos para confirmar a suposta adulteração havida no sistema medidor

Acesso ao Sumário

de consumo que deu origem às cobranças questionadas pelo autor.

Dessa forma, tendo em vista que são unilaterais os documentos que tratam da irregularidade e que, em juízo, não houve ratificação dos dados que indicaram a fraude, não se pode atestar, com segurança, a existência da diferença de medição apontada.

Por esses motivos, totalmente adequado reconhecer a inexigibilidade da dívida, inexistindo razão para a revogação da tutela antecipada que determinou o restabelecimento dos serviços.

Correta, também, a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais.

Ora, sem dúvida, o corte de energia elétrica sem efetiva comprovação de fraude no medidor mostrou-se lesivo à dignidade do consumidor, gerando o dever de indenizar, uma vez que a suspensão indevida dos serviços ultrapassa os limites do mero aborrecimento, caracterizando verdadeiro abalo moral suscetível de reparação e que se presume existente.

Não se pode, a toda evidência, considerar que a interrupção arbitrária do fornecimento de energia elétrica traduz-se, meramente, em exercício regular de um direito, sendo certo que cabia à concessionária ré acautelar-se sobre a justeza do corte antes de efetivar medida extremamente drástica que, certamente, prejudicou as atividades profissionais desenvolvidas pelo autor no imóvel atingido pelo impasse.

Outro, aliás, não é o entendimento desta 28ª Câmara de Direito Privado, senão vejamos:

> **FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. Ausência de prova das irregularidades encontradas no medidor de energia elétrica. Prova pericial imprescindível. Ônus da prova atribuído à concessionária. Irregularidade não comprovada. Débito inexigível. Corte no fornecimento de energia elétrica indevido. Dano moral caracterizado. Valor arbitrado com razoabilidade e proporcionalidade. Sentença correta. Recurso não provido. (Apelação n. 0012703-14.2009.8.26.0562 - 28ª Câmara de Direito Privado - Desembargador Relator GILSON DELGADO MIRANDA - j. 21/10/2014 - v.u.). Sic**
>
> **1. A apuração unilateral de eventual fraude no medidor de energia elétrica terá foros de verdade, apenas se se acompanhar de perícia isenta, a da polícia científica ou de instituto oficial de metrologia. 2. Se não se produziu no momento oportuno nem no medidor que se diz adulterado, a perícia se revela inócua. 3. Tratando-se de dívida, real ou suposta, de período pretérito e definido, não atual, não se admite o corte do serviço essencial de energia elétrica. 4. Corte inadmissível configura ilícito, ofende a dignidade e a honra do consumidor e**

Acesso ao Sumário

gera dano moral, a cuja reparação obriga-se a concessionária, com arbitramento em cinco mil reais. (Apelação n. 1017592-04.2014.8.26.0114 - 28ª Câmara de Direito Privado - Desembargador Relator CELSO PIMENTEL - j. 24/05/2016 - v.u.). Sic

Confirmado, pois, o dano moral suportado pelo requerente, passo à apreciação da verba indenizatória estabelecida na origem.

Embora não exista fórmula matemática para se chegar ao *quantum* indenizatório, o mesmo deve guardar correspondência com a gravidade do fato e as condições econômicas da vítima e do causador do dano, evitando-se o enriquecimento sem causa e a reiteração da prática ilícita.

Além disso, devem ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse contexto, atento aos parâmetros mencionados, às diretrizes adotadas por essa 28ª Câmara e às particularidades do caso, concluo que o montante fixado pela MM. Juíza de primeiro grau (R$ 4.000,00) comporta certa majoração.

Entendo que o importe de R$ 5.000,00 melhor repara o prejuízo anímico suportado, sem causar enriquecimento ilícito ao autor, sancionando de forma mais eficaz a conduta praticada pela ré.

No mais, destaco que não há nada que justifique qualquer alteração quanto aos honorários de sucumbência estipulados na r. sentença.

Veja-se que a referida verba foi estabelecida pela julgadora *a quo* em plena atenção aos parâmetros previstos no Código de Processo Civil (20% sobre o valor da condenação), inexistindo fundamentos legais para redução da quantia (pleiteada pela ré) e nem mesmo para alteração da base de cálculo ou para fixação dos honorários por equidade (conforme deseja o autor).

Anoto, por oportuno, que os padrões remuneratórios emanados da origem recompensam condignamente o trabalho desempenhado pelo patrono do requerente, mostrando-se compatíveis com a complexidade da causa e o grau de zelo do profissional.

Inaplicável o disposto no artigo 85, §11, do diploma processual vigente, tendo em vista que já houve fixação dos honorários em percentual máximo (20%).

Finalmente, para efeitos de prequestionamento, registra-se que a presente decisão apreciou a matéria constante nas peças recursais e nas contrarrazões sem violar a Constituição Federal ou qualquer lei infraconstitucional, sendo desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais mencionados no recurso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo da requerida e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso do autor, para majorar

Acesso ao Sumário

a indenização por danos morais ao importe de R$ 5.000,00. No mais, conservo os exatos termos da r. sentença guerreada.

DECLARAÇÃO DE VOTO DIVERGENTE

(Voto nº 28436)

Adotando o relatório do voto nº 11.211, do i. Des. Cesar Luiz de Almeida, divirjo em parte da douta maioria no tocante à natureza jurídica do termo de Ocorrência de Infração - TOI e aos danos morais, para dar parcial provimento ao recurso de apelação da Ré e julgar prejudicado o recurso adesivo do Autor na parte referente aos danos morais.

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Ré (e-fls. 267/301) e recurso adesivo interposto pelo Autor (e-fls. 371/394) contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado para o fim de declarar a nulidade da autuação e da cobrança, condenando a Ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 4.000,00, corrigido monetariamente a partir da publicação da decisão, com juros de mora da citação. Em razão da sucumbência, condenou a Ré ao pagamento das custas, despesas processuais, além dos honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

É o relatório.

In casu, frise-se, não se discute o inadimplemento do consumo regular de energia, mas de saldo devedor em aberto, relativo a débitos pretéritos, decorrentes de suposta fraude no aparelho medidor de consumo.

Ocorre que o Termo de Ocorrência de Irregularidade lavrado por preposto da Apelante/Ré, concessionária de serviço público, serve apenas como um indício de fraude, mas não a autoriza a fixar, unilateralmente, o valor da energia consumida supostamente de maneira ilegal e, por conseguinte, suspender o fornecimento da energia elétrica. Nesse sentido tem decidido o C. Superior Tribunal de Justiça:

Acesso ao Sumário

"*ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA NÃO-CONFIGURADA - **INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - DISCUSSÃO DE DÉBITOS PRETÉRITOS** - CONFIGURAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA - REEXAME DE PROVAS. 1. Quanto à apontada violação do art. 535 do CPC, a recorrente limitou-se a alegar, genericamente, ofensa ao referido dispositivo legal, sem explicitar os pontos em que teria sido omisso o acórdão recorrido. Assim, aplica-se ao caso, mutatis mutandis, o disposto na Súmula 284/STF. 2. A Corte a quo não analisou, sequer implicitamente, nem quando do julgamento dos embargos declaratórios, os arts. 91, inciso I, da Resolução 456/00 da ANEEL; 6º, § 3º, inciso II, da Lei n. 8.987/95 (Lei de Concessões); e 188, inciso I, do Código*

Civil. Incidência da Súmula 211 do STJ. ***3. O Tribunal a quo não autorizou o corte do fornecimento de energia elétrica por que entendeu configurada a cobrança de valores pretéritos, não- contemporâneos à previa notificação. Em casos como o presente, não deve haver a suspensão do fornecimento de energia elétrica. 4. O corte de energia elétrica pressupõe o inadimplemento de conta relativa ao mês do consumo, sendo inviável a suspensão do abastecimento, em razão de débitos antigos, em relação a estes existe demanda judicial ainda pendente de julgamento. 5. Para tais casos deve a companhia utilizar-se dos meios ordinários de cobrança pois não se admite qualquer espécie de constrangimento ou ameaça ao consumidor, nos termos do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.*** *6. Afirmou, ainda, a Corte de origem que o consumidor vinha efetuando os pagamentos das faturas, conforme documentos juntados. Entender de forma diversa, como pretende a recorrente, implica reexame do material fático-probatório, dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ. Recurso especial conhecido em parte e improvido*" (REsp nº 845695/RS, Min. Rel. Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 28.11.2006).

Há que se considerar que a cobrança da fuga de energia sob ameaça de suspensão do fornecimento, *sem a instauração de processo administrativo ou produção de perícia oficial de constatação de eventual irregularidade*, implica em arbitrariedade e na violação dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal e, do Código de Defesa do Consumidor que protege o consumidor contra as arbitrariedades e excessos na cobrança de dívidas (art. 42).

Contudo, da mesma maneira que não se deve dar guarida à conduta unilateral da Ré, também não se pode ignorar o indício de fraude e abrir precedentes para que fraudadores e maus pagadores retardem ou deixem de cumprir com as obrigações, em prejuízo daqueles cidadãos que honram os seus compromissos.

Vale citar trecho elucidativo do voto de lavra da i. Des. Rosa Maria de Andrade Nery, no julgamento de caso análogo[1]:

"*A questão toda é simples, mas tem causado celeumas. Isto porque, apesar das numerosas vezes em que se vê a existência efetiva de irregularidade e - muitas vezes - prática criminosa por parte dos consumidores, a concessionária tem agido de forma a criar mais dificuldades para solução desse grave problema social. Ora, a concessionária não é credora privilegiada, não exerce o poder de polícia do estado, nem tem a seu favor privilégio algum para exigir seu crédito. Por outro lado, também, não pode condescender com comportamentos que evidenciam práticas ilícitas, que não podem ser toleradas. Nesses casos, desde que verificada a fraude, a concessionária deveria, exibir-lhe os métodos de que se valeu para a detecção da fraude; esclarecer-lhe de que prova se valeu para imputar-lhe a fraude; exibir-lhe os métodos pelos quais*

1 Apelação c/Revisão - Proc. nº 960060-0/5 - j. 17.MAI.2006

Acesso ao Sumário

chegou ao valor que apontou como devidos; comunicar o fato a autoridade policial para as providências penais pertinentes; iniciar o processo regular de cobrança ou de execução de crédito e, se necessário, como medida extrema, ajuizar ação judicial propondo a cessação do serviço. O que, porém, não lhe é permitido valer-se, é da falta cometida pelo consumidor - ainda que essa falta seja, aparentemente, criminosa - para satisfazer o seu crédito e 'punir' o consumidor, cessando-lhe o serviço".

O Autor, na qualidade de consumidor, e por não haver notícia de estar inadimplente quanto à energia ordinariamente fornecida, tem direito à continuidade do fornecimento do serviço (art. 6º, X e art. 22, do CDC), mas isso não retira o direito da concessionária-Ré de, por meio da via judicial adequada, cobrar o débito que entenda ser devido pelo suposto consumo fraudulento de energia elétrica (TOI).

No que tange aos danos morais, respeitado o entendimento dos demais integrantes da Câmara, o pedido é improcedente.

O dano moral é aquele que lesa o patrimônio anímico do indivíduo humano, causando-lhe dissabores em sua honra, objetiva ou subjetiva, e restringindo-lhe a própria normalidade psíquica, eis que vulnerada essa pelos efeitos que o ato danoso produz no âmbito íntimo do ser.

"Dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade".[2]

Ocorre que nem todos os acontecimentos da vida em sociedade que causam tristeza podem ser configurados como danos morais indenizáveis. Com efeito, não se pode confiar a todas as dores e dissabores experimentados pelos indivíduos o caráter de dano moral para fins de indenização civil, sob pena de serem frustrados e até mesmo banalizados os próprios lastros constitucionais e legais que guiam o instituto da indenização, com toda a seriedade e importância que lhe são inerentes.

No caso em tela, os dissabores advindos da conduta da Ré (-mera cobrança fundada em suposto consumo regular-), sobretudo porquanto pautada em ato administrativo dotado de presunção de legitimidade - embora lavrado de forma unilateral -, não se mostram hábeis a fundamentar a existência de danos morais na espécie, pois que se consubstanciam em meros infortúnios e contratempos inerentes à vida comum, sob pena de latente enriquecimento ilícito da parte contrária.

É o que vem entendendo a jurisprudência, consoante o seguinte aresto do C. Superior Tribunal de Justiça:

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RITO SUMÁRIO. VALOR DA CAUSA ENQUADRADO NA HIPÓTESE LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. ATRASO DE VÔO NÃO SIGNIFICATIVO. DANO

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 277.

Acesso ao Sumário

MORAL NÃO CONFIGURADO. LEI N. 8.078/90 E CÓDIGO CIVIL. (...) III. Demora, todavia, inferior a oito horas, portanto não significativa e que ocorreu em aeroporto dotado de boa infra-estrutura, a ***afastar a caracterização de dano moral, porque, em verdade, não pode ser ele banalizado, o que se dá quando confundido com mero percalço, dissabor ou contratempo a que estão sujeitas as pessoas em sua vida comum***. IV. Recurso especial conhecido e provido. Ação improcedente." (REsp 431303 / SP, 4ª T., Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. 06.MAR.2003, DJ 26.MAI.2003, p. 364).

Tendo em vista a reforma da decisão para improcedência dos danos morais na hipótese dos autos, **PREJUDICADO** o recurso adesivo interposto pelo Autor na parte em que pretendia a majoração de tais danos.

Diante do exposto, **CONHEÇO e DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto pela Ré, para manter a validade do Termo de Ocorrência de Irregularidade, *reforçando que eventual débito deverá ser cobrado pelas vias judiciais próprias*, e julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais, julgando, no mais, **PREJUDICADO** o recurso adesivo do Autor na parte referente aos danos morais.

BERENICE MARCONDES CESAR, Desembargadora, 2ª Juíza

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1022010-05.2016.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante MARCELO DE ALENCAR NUNES (JUSTIÇA GRATUITA), são apelados J.C. COMÉRCIO DE MATERIAIS, PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA e URBES EMPRESA DE DESENVOLVIMENTO URBANO E SOCIAL DE SOROCABA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 26ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.080 - Processo digital)**

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

São Paulo, 6 de março de 2019.

VIANNA COTRIM, Relator

Ementa: Acidente de trânsito - Reparação de danos - Ultrapassagem realizada por motocicleta em infringência às normas de trânsito - Colisão

em caçamba estacionada em local inadequado - Ocorrência de eventual infração administrativa - Irrelevância para a dinâmica do sinistro - Culpa exclusiva do autor evidenciada - Indenização indevida - Apelo improvido.

VOTO

Ação de reparação de danos, derivada de acidente de trânsito, julgada improcedente pela sentença de fls. 342/352, relatório adotado.

Apelou o autor, buscando a reforma da decisão. Brandiu contra o reconhecimento de sua culpa exclusiva pelo advento do sinistro, afirmando que trafegava em velocidade regular, sobretudo em virtude da existência de lombada 10 metros antes do local dos fatos, sendo que à época do acidente não havia placas determinando a velocidade de 30 km/h. Disse que o local é sinalizado com placa de proibido estacionar, de modo que a caçamba da ré JC, em péssimas condições de manutenção, não poderia estar parada em via com faixa contínua branca destinada a tráfego rápido e, ainda, sem autorização municipal, tendo sido esta a causa do embate. Aduziu, em suma, que inexistem faixas refletoras de luz na caçamba que pudessem viabilizar a visualização, em flagrante violação à lei. Discorreu amplamente sobre os temas, colacionando doutrina e jurisprudência em abono às suas teses. Reiterou a pretensão inaugural, protestando pelo decreto de procedência da lide.

Processado o recurso, com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

Trata-se de ação por meio da qual o autor objetiva receber indenização por danos sofridos em acidente de trânsito.

Infere-se da prova dos autos que a motocicleta conduzida pelo requerente colidiu contra a caçamba de propriedade da ré JC Eletric Comércio de Materiais para Construções Ltda. ME, que estava estacionada no local ilustrado pelas fotografias de fls. 78/81.

Da análise das mencionadas fotografias e daquelas juntadas a fls. 213/220, em conjunto com a narrativa constante na inaugural e reiterada no boletim policial, depreende-se que a motocicleta conduzida pelo autor tentou realizar manobra de ultrapassagem de caminhão após passar por uma lombada em trecho de curva, em aclive e sem visibilidade para tanto, em flagrante violação ao disposto no artigo 32 do CTB.

O estacionamento da caçamba em local inapropriado, ainda que configure eventual infração administrativa, não teve repercussão na dinâmica do sinistro, cujo desenrolar decorreu de culpa exclusiva do autor.

Por outro lado, ao que parece, a caçamba continha faixas refletoras, mas,

devido em seu mal estado de conservação, não é possível visualizar com a certeza necessária.

Todavia, a existência ou não das faixas refletoras na caçamba não influiu no desenrolar do acidente.

No mais, ao contrário do que pretende fazer crer o apelante, inexiste placa de proibição de estacionamento ou de alocação de caçamba no exato local onde ocorreu o embate, o que seria imprescindível para imputar à requerida JC Eletric Comércio de Materiais para Construções Ltda. ME a prática de conduta ilícita.

A autarquia municipal e a municipalidade também não praticaram ato ilícito, tampouco foram omissas em suas respectivas atuações, ressaltando-se que a responsabilidade objetiva dos entes públicos deve ser afastada quando comprovada a culpa exclusiva da vítima pelo acidente, tal como se vislumbra "in casu".

A esse respeito, como bem sintetizou o magistrado "a quo", *verbis:*

"*Diante do que nos autos consta, com o devido respeito e por mais que se possa lamentar o infausto acontecimento que acometeu o autor, não há ato ilícito que concretamente possa ser imputado contra os corréus, de modo que não é possível fixar seguramente o dever de indenizar, como será demonstrado. (...)*

A despeito da farta instrução probatória, inclusive de natureza oral, o fato é que não há nos autos prova cabal que comprove ao juízo que o 'container' encontrava-se realmente estacionado de forma irregular.

Diante das fotografias observadas, há na Rua Benedito Ferreira Teles placas proibitivas do estacionamento. Ocorre que, precisamente no local dos fatos, não existe sinalização que proíba a alocação de caçambas ou o estacionamento de veículos, o que seria necessário para que pudesse afirmar a ilicitude do comportamento do réu. (...)

Não há expressa determinação legal que concretamente proíba a alocação de caçambas no local dos fatos. (...)

O dever de indenizar não nasce necessariamente dos danos; nasce da conduta ilícita dos agentes, ainda que por omissão, a qual não se revelou no caso dos autos. (...)

As fotografias de fls. 213/220 permitem avaliar a conduta do autor como decisiva ao trágico evento que ora se examina, uma vez que deixou de pautar-se pela devida diligência na condução da motocicleta no sítio dos acontecimentos.

A rua em que os fatos ocorreram é uma aclive.

Há uma lombada, caracterizando-se como um redutor de velocidade, o que se deveria observar.

Igualmente há placas de sinalização de trânsito determinando seja a

Acesso ao Sumário

velocidade máxima 30 Km/h, o que, pela extensão dos danos e pela violência da colisão, não seria demais afirmar ter sido tal limite ultrapassado.

O autor suportou prejuízos materiais e perdeu em parte de sua capacidade laboral, o que não se pode validamente negar.

Entretanto, é igualmente certo que a reparação pelos danos e pela dor enfrentados não pode ser imputada ao Poder Público ou aos demais réus sem que haja sólida base probatória.

A culpa da vítima rompem o nexo causal entre a conduta e os danos.

Vale dizer, nesse caso, o dano decorre unicamente do comportamento do lesado, de modo que não há imputar à contraparte o dever de indenizar." (fls. 347/350)

Saliente-se, por oportuno, que o juiz é o principal destinatário da prova, incumbindo a ele valorá-la e formar seu convencimento acerca da verdade dos fatos.

Portanto, evidenciada a culpa exclusiva do autor pelo acidente, era de rigor o decreto de improcedência da lide, ficando mantida a sentença, tal como lançada.

Finalmente, em atenção ao disposto no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, majoro os honorários advocatícios devidos pelo autor aos patronos de cada uma das rés para R$ 1.200,00 devidamente corrigidos, observada a suspensão da exigibilidade atinente à gratuidade processual.

Ante o exposto e por esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015333-60.2015.8.26.0224, da Comarca de Guarulhos, em que é apelante UNIVERSIDADE DE GUARULHOS - UNG - SOCIEDADE PAULISTA DE ENSINO E PESQUISA S/S LTDA., é apelada RAQUEL BRITO DE SANTANA (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 19469)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores HUGO CREPALDI (Presidente sem voto), CARMEN LUCIA DA SILVA e KLEBER LEYSER DE AQUINO.

São Paulo, 6 de março de 2019.

Acesso ao Sumário

CLAUDIO HAMILTON, Relator

Ementa: OBRIGAÇÃO DE FAZER - PERDAS E DANOS - Estabelecimento de ensino que não adota medidas necessárias para solucionar problemas relatados pelos alunos - Aulas ministradas em local inapropriado próximo aos sanitários e caixas eletrônicos disponíveis aos usuários do shopping center - Flagrante descaso com o discente - Hipótese em que a autora comprovou os fatos constitutivos de seu direito - Arbitramento dos danos morais em R$ 12.000,00, fixados com razoabilidade - Sentença mantida - Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com perdas e danos ajuizada por RAQUEL BRITO DE SANTANA contra ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE EDUCAÇÃO E CULTURA mantenedora da UNIVERSIDADE DE GUARULHOS julgada parcialmente procedente para condenar a requerida a pagar à título de indenização por danos morais, a quantia de R$ 12.000,00, corrigida na forma da Súmula 362 do STJ, pelo índice da tabela Prática do TJSP, acrescida de juros legais de 1% ao mês a partir da citação.

Em razão da sucumbência, a requerida foi condenada a arcar com o pagamento das custas, despesas do processo, bem como honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

No apelo, a ré busca a reforma do julgado alegando que as fotos de fls. 143/149 são suficientes para demonstrar que as salas de aulas são estruturas aptas para realização da prestação dos serviços educacionais, com kit multimídia, ar condicionado, lousa, carteiras para os alunos, mesa para professor, iluminação, com o único objetivo de maximizar o desempenho do aluno em sala de aula. Invoca a apelante a inexistência de danos morais indenizáveis. Subsidiariamente, postula a redução do *quantum* indenizatório.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

Narra a autora, na qualidade de aluna do curso de Pedagogia ministrado pela requerida, que no ano de 2015 estava matriculada no 2º semestre do curso, com previsão de início das aulas para 05/02/16, o que, porém, somente ocorreu em 23/02/16. Afirmou que as aulas foram ministradas em local inapropriado, tratando-se de um banheiro do Shopping Bonsucesso de Guarulhos, adaptado para funcionar como sala de aula, possuindo 48 alunas. Asseverou que as aulas

Acesso ao Sumário

eram frequentemente interrompidas em decorrência dos usuários dos banheiros próximos, que muitas vezes abriam por engano a porta da sala com a mão no zíper da calça, causando grande constrangimento às alunas. Sustentou que a turma era conhecida pelos demais colegas como as "Meninas do Banheiro". Alegou, ademais, que a requerida fez propaganda enganosa sobre a qualidade do curso, e recebeu cobrança pela emissão de uma certidão. Pediu, em sede de tutela, seu remanejamento para uma sala adequada. E, ao final, a condenação da requerida na obrigação de fazer, bem como pelos danos materiais e morais.

Decisão saneadora de fls. 224/225 com acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva da requerida Associação Paulista de Educação e Cultura e reconhecimento da revelia da correquerida Sociedade Paulista de Educação e Pesquisa S/C Ltda.

A ação foi julgada parcialmente procedente.

A sentença está correta.

Com efeito, o dano moral é inquestionável e decorre da desídia e inércia da ré quanto à adoção das medidas necessárias para solucionar os problemas relatados pelos alunos.

As fotos colacionadas com a petição inicial demonstram as condições em que efetivamente eram ministradas as aulas, em local de pouca ventilação, sem utilização de ar condicionado, o que tornava necessário deixar a porta da sala aberta por considerável período como meio de minimizar a temperatura, ficando os alunos ainda mais expostos ao público que frequentava o shopping, com passagem constante de pessoas e usuários dos caixas eletrônicos e sanitários.

Segundo a testemunha Valdirene a sala era conhecida como "as meninas do banheiro" e que constantemente pessoas que se dirigiam ao banheiro, abriam a porta da sala, quase já abrindo a calça, pois acreditavam que lá efetivamente era o sanitário do shopping, bem como a situação persistiu por dois semestres.

Sobre o tema, esclarecedoras as lições do ilustre Orlando Gomes:

"*Dano moral é, portanto, o constrangimento que alguém experimenta em conseqüência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem. (...) Observe-se, porém, que esse dano não é propriamente indenizável, visto como indenização significa eliminação do prejuízo e das consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial. Prefere-se dizer que é compensável. Trata-se de compensação, e não de ressarcimento. Entendida nestes termos a obrigação de quem o produziu, afasta-se a objeção de que o dinheiro não pode ser o equivalente da dor, porque se reconhece que, no caso, exerce outra função dupla, a de expiação, em relação ao culpado, e a de satisfação, em relação à culpa*". (*in* "Obrigações", 11ª ed. Forense, pp. 271/272).

Quanto à necessidade de comprovação, importante notar que a

caracterização do dano moral decorre da própria conduta lesiva, sendo aferido segundo o senso comum do homem médio, conforme leciona Carlos Alberto Bittar:

"(...) na concepção moderna da teoria da reparação dos danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação (...) o dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge 'ex facto' ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em 'damnum in re ipsa'. Ora, trata-se de presunção absoluta ou 'iure et de iure', como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em contrário. Com efeito corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral." (in "Reparação Civil por Danos Morais", Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed., pp. 202/204).

Por outro lado, na fixação do dano moral urge observar sempre o dimensionamento dos prejuízos suportados, o abalo de crédito sofrido e sua repercussão social, a capacidade econômica das partes, a conduta do agente e o grau de culpa com que agiu, além do comportamento da vítima.

Também deve ser considerado no arbitramento do *quantum* reparatório, o critério sancionador da conduta do agente e compensatório ao sofrimento da vítima, informados também pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade com o fim de evitar o enriquecimento indevido por parte do requerente, bem como de aplicação excessiva da sanção ao agente.

Sendo a indenização forma de composição do dano, cabe ressaltar que o valor pecuniário é o único capaz de compensar a dor, o sofrimento, a aflição, os dissabores, além do estado punitivo que o lesado espera do causador do dano.

Dizia M. I. Carvalho de Mendonça nada equivaler "ao dano moral; nada pode indenizar os sofrimentos que ele aflige. Mas o dinheiro desempenha um papel de satisfação ao lado de sua função equivalente" (*Doutrina e Prática das Obrigações*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, pág. 451).

Assim, tendo em conta as circunstâncias que envolveram a presente demanda, tem-se razoável a manutenção da indenização fixada em R$ 12.000,00.

Consequentemente, fica mantida a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em face do exposto, ao recurso é negado provimento.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003560-90.2016.8.26.0609, da Comarca de Taboão da Serra, em que é apelante ROGERIO ROBSON DA SILVA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA), é apelado TING INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 27562)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente) e CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN.

São Paulo, 7 de março de 2019.

SILVIA ROCHA, Relatora

Ementa: Ação de reparação por danos morais e materiais - Ausência de prova de que o produto adquirido pelo autor apresentasse vício e tivesse causado lesão no dente do autor - Pedido improcedente - Recurso não provido.

VOTO

Insurge-se o autor, em "ação de reparação por danos morais e materiais", contra sentença que julgou o pedido improcedente e determinou que o ele arcasse com o pagamento das custas, despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em R$2.000,00, observada a gratuidade.

Sustenta que: a) houve "error in judicando" do magistrado de 1º grau, pois, diante da relação de consumo, cabe inversão do ônus da prova "uma vez que o Recorrente é hipossuficiente, ou seja, é parte mais fraca na relação de consumo, sendo ainda dificultoso produzir a prova de que sofreu lesão bucal ao consumir o produto vendido pela Recorrida" (fl.180); b) provou por documentos que adquiriu o produto da ré e sofreu a lesão exposta nos autos; c) é aposentado por invalidez, cadeirante, transplantado de fígado, rins e pâncreas, além de ter dificuldade em tratar das lesões que sofreu, por ser diabético; d) o tratamento dentário vai custar R$4.590,00; e) a circunstância lhe causou repulsa e indignação, pois era consumidor assíduo dos produtos da marca "Ting". Pede a reforma da sentença.

Recurso tempestivo. Sem preparo, porque o autor é beneficiário da justiça gratuita.

Houve resposta.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

Narra a inicial que o autor adquiriu, em 05.03.2016, no supermercado ASSAÍ ATACADISTA, um produto da Requerida (azeitona sem caroço) e que "em sua residência, a sua esposa, fez uma maionese com o produto da Requerida e quando ambos foram comer a maionese ao mastigarem viu que a azeitona possuía caroço e quando o Requerido mastigou o mesmo por não saber que tinha caroço (tendo em vista que comprou a azeitona sem caroço) o mesmo teve lesão em seus dentes a qual foi obrigado a fazer tratamento e inclusive implante", que "vai custar por ora o valor de R$4.590,00", o que causou "especial repulsa e indignação, já que era ele consumidor assíduo dos produtos da marca TING, produtos que têm qualidade garantida pela milionária propaganda patrocinada pela empresa, que procura ligar seu nome a personagens das mais famosas e admiradas pelos brasileiros" (*sic*, fl.2).

Diz que embora tenha solicitado a solução do problema da empresa ré, mediante pagamento por danos materiais e morais, ela não tomou nenhuma providência para tanto.

Busca na ação, a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais consistentes no valor do produto (R$4,79) e ao do tratamento dentário (R$4.590,00) e de indenização moral de R$88.000,00, correspondente a 100 salários mínimos (fl.8).

Na inicial, o autor apresentou, dentre outros documentos, "vendas por Ticket - Consulta Itens", datado de 05.03.2016, constando no item 10 "AZ TING VD S/C 155G", no valor de R$4,79 (fl.16); "odontograma do paciente" em nome do autor, emitido em 23.05.2016 (fl.29); previsão de honorários no valor de R$4.590,00, datada de 30.05.2016 (fl.30); prescrição odontológica datada de 09.05.2016 (fl.31); informação da equipe SAC TING negando auxílio ao autor e responsabilidade pelo fato, datadas de 18 e 19.05.2016 (fl.33/34); relatório odontológico datado de 23.05.2016 (fl.35/36); foto de uma boca (fl.37); foto de uma tampa com identificação do lote e data de validade (fl.38); fotos de embalagens de vidro vazias com rótulo da marca Ting de azeitona verde sem caroço em conserva, nos quais se lê "Produto descaroçado mecanicamente, podendo conter fragmentos de caroços" (fls.39/41).

Na contestação, a ré negou o dever de indenizar, alegando que os documentos apresentados pelo autor "apenas demonstram que o Autor faz uso de medicamentos e que possui a saúde debilitada o que pode ter provocado a quebra do pivô e coroa de seu dente sem qualquer relação com produtos da requerida, POIS PROCUROU O PROFISSIONAL DE ODONTOLOGIA MUITOS DIAS APÓS O ALEGADO CONSUMO DO PRODUTO, ou seja, ingeriu outros alimentos que podem ter contribuído para a alegada quebra do pivô e coroa" (fl.52) e que os fatos afirmados pelo autor não possuem verossimilhança, pois "1- os e-mails enviados pelo autor relatam a existência de um pivô no dente e a sua fratura; 2- Nos e-mails pelo requerente enviados há informação de que não possuía a tampa do vidro e a data da ocorrência, lote, etc; 3- Na exordial

Acesso ao Sumário

apresenta fotos do vidro, a tampa e suposta nota fiscal e relata fratura de um dente mas omite que tal dente estava danificado e possuía material artificial com pivô e coroa; 4- Retrata na inicial Dano Material e Moral, sem contudo ter procurado o atendimento especializado, ou seja, manifesta restaurar seu dente, pede uma indenização antes mesmo de ter procurado o dentista que só ocorreu uma semana depois o que comprova não haver gravidade" (fl.54).

A ré, na contestação, apresentou as correspondências eletrônicas trocadas entre SAC de sua empresa e o autor, no período de 22.04.2016 a 18.05.2016 (fls.71/76), bem como "análise de produto acabado azeitona" (fls.110), em que são realizadas análises físico química por unidade e de classificação por defeitos, com descrição, dentre outras, de que não havia "fragmentos de caroços" nos "200 frutos" analisados.

Em decisão saneadora, foi deferida a realização de prova testemunhal e pericial na área de odontologia, bem como foram indeferidos depoimentos pessoais (fl.131).

O laudo pericial elaborado nos autos (fls. 146/158), com base na anamnese, exame físico, análise dos documentos, revisão da literatura médica atualizada e normas sobre o assunto em Odontologia Legal discutido na lide, concluiu que "**não foi possível estabelecer nexo de causalidade dos fatos narrados na inicial por falta de elementos suficiente**" (fl.150), pois não foi visto nos autos "documento de natureza odontolegal, ficha clínica e/ou prontuário odontológico com exame clínico diagnóstico e plano de tratamento com descrição detalhada do procedimento realizado, a técnica utilizada pelo profissional bem como exames radiográficos e tomografia computadorizada anterior ao evento para ser utilizada no planejamento de instalação de cilindros de implantes, o que determina a boa prática odontológica e confirmaria o estado do dente que sofreu avaria" (fl.156), embora tenha sido informado que o autor sofreu "fratura do elemento dental 12", correspondente ao inciso lateral superior direito (fl.150).

A sentença de improcedência baseou-se na conclusão do laudo pericial, porque "não há nenhuma documentação odontológica acerca do estado em que estava o dente do autor antes dos fatos, o ocorrido, as opções de tratamento, entre outas informações que seriam relevantes à apuração do evento" (fl.172) e que "o autor não comprovou adequadamente o nexo causal entre a fratura do dente e o suposto caroço" (fl.171).

Embora a relação jurídica seja de consumo, e a Lei nº 8.078/90 facilite a defesa dos direitos do consumidor em juízo, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova, aqui não se vislumbra verossimilhança nas alegações do autor, que é pressuposto para a inversão (art. 6º, VIII, do Código do Consumidor).

O autor afirma ter sofrido lesão do dente ao mastigar maionese que sua esposa preparou com azeitonas sem caroços da marca ré, porque caroço havia.

Acesso ao Sumário

Além do fato de a própria embalagem do produto, apresentada pelo autor, advertir sobre possível existência de fragmentos de caroços, pois o produto é descaroçado mecanicamente (fl.41), não há prova do nexo causal entre a lesão e o produto da ré.

Consta dos autos que o autor enviou e-mail ao SAC da ré, em 22.04.2016, dizendo que "comprei um vidro de azeitonas sem caroço de 155 denado, ontem, feriado, minha esposa recebeu os parentes dela em casa, fez um almoço para recebe los, fez uma salada de maionese, como ela sabe que eu adoro azeitonas, colocou na maionese, quando estava mastigando, me deu uma dor muito forte no dente (pivo) fui ver era uma azeitona com caroço que mordi e quebrou o pivô. Agora quero saber como vai ficar, vocês vão arcar com o prejuízo ou vou ter que entrar com uma ação, pois comprei um produto que dizia que era sem caroço, e contia azeitona com caroço, aguardo respostas urgente, pois não posso ficar sem dente, obrigado!" (*sic*.,fl.73).

Depois da resposta negativa da ré, em 18.05.2016, no sentido de que não reconhecia o ocorrido, pois seus produtos não apresentavam nenhum vício de qualidade (fls.76), o autor buscou orçamento de dentista, datado de 30.05.2016 (fl.30), a fim de demonstrar o custo do tratamento dentário, no valor de R$4.590,00, para implante ósseo integrado.

Ora, se no feriado de 21.04.2016 o autor tivesse sofrido lesão no dente em virtude de caroço de azeitona, não se compreende a causa de ele ter demorado mais de um mês para obter orçamento dentário e apenas após a negativa da ré.

Pese o fato de haver receituário dentário datado de 09.05.2016 (fl.31), não há prova de que os medicamentos ali prescritos diziam respeito ao tratamento da lesão sofrida pelo suposto caroço nem de que a lesão tivesse sido causada pelo caroço da azeitona.

Se não bastasse, como consignado na sentença, "o produto foi manipulado pela esposa do autor e colocado em uma salada com outros ingredientes, não havendo prova que permita concluir que foi o suposto caroço o responsável pelo ocorrido com o autor" (fl.171).

Não há prova, e esta incumbia ao autor, de que a lesão decorreu do ato de mastigar o caroço da azeitona da marca da ré e nada nos autos permite concluir, portanto, pela responsabilidade dela.

Ausente prova do alegado vício do produto, que fundamenta a pretensão do autor à reparação material e moral, o pedido é improcedente.

Dessa forma, mantenho a improcedência do pedido e elevo honorários recursais para R$2.200,00, observada a gratuidade judiciária concedida ao autor.

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1009280-37.2018.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante MARIA ZULEIDE RUY (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado SUL AMÉRICA SEGUROS DE PESSOAS E PREVIDÊNCIA 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: "Deram provimento em parte ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39617)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente sem voto), SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA e EROS PICELI.

São Paulo, 12 de março de 2019.

MARIO A. SILVEIRA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Interposição contra sentença que julgou improcedente ação condenatória com pedido de tutela antecipada e danos morais. Contrato de seguro de vida em grupo. Segurado que se encontrava embriagado quando da ocorrência do sinistro. Diferença entre o seguro de automóvel e o seguro de vida. Morte de segurado em acidente de trânsito, ainda que ocasionado pelo estado de embriaguez de referido, não afasta a obrigação à cobertura securitária em favor dos beneficiários. Circular Susep/Detec/Gab 08/2007 editada pela Superintendência de Seguros Privados, ademais, que veda a exclusão de cobertura de acidentes decorrentes de atos do segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas. Entendimento consagrado do Superior Tribunal de Justiça. Danos morais não configurados. Existência de meros aborrecimentos. Sentença reformada. Apelação parcialmente provida.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 332/368) interposta por Maria Zuleide Ruy contra a sentença (fls. 325/329) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Cível da Comarca de Araraquara, que julgou improcedente a ação condenatória com pedido de tutela antecipada e danos morais ajuizada por ela contra Sul América Seguros de Pessoas e Previdência S/A. Sustenta, inicialmente, cerceamento defesa pelo não oitiva da testemunha arrolada. Alega que o Juiz

de 1º Grau deixou de se manifestar sobre o pedido de inversão do ônus da prova requerido na inicial. Quanto ao mérito, aduz que há a obrigação da ré em pagar o seguro de vida após o sinistro. Afirma que, nos termos da Circular Susep 08/2007, não há como se excluir o pagamento da indenização devida. Diz que não há no laudo pericial nenhuma alegação de que o segurador estava embriagado. Alicerça suas razões em jurisprudência. Argumenta que faz jus ao recebimento de indenização por danos morais, pela angústia, dissabor e revolta enfrentadas. Postula a reforma da sentença.

As contrarrazões foram apresentadas por Sul América Seguros de Pessoas e Previdência (fls. 378/386), manifestando-se, em síntese, pelo não provimento ao apelo.

É o que havia para relatar.

Não se reconhece a existência de cerceamento de defesa, na medida em que as provas documentais angariadas aos autos já se mostravam suficientes ao convencimento do juiz, permitindo o julgamento antecipado, nos termos do artigo 355, I, do Código de Processo Civil/2015.

De acordo com o referido dispositivo legal, *o juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: I - não houver necessidade de produção de outras provas*.

Note-se, não se trata de faculdade, mas de uma regra de procedimento a ser adotada pelo julgador, em conjunto com a norma do artigo 370, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, que impõe ao juiz, *(...) de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito*.

O julgamento antecipado foi adotado de modo absolutamente legítimo pelo MM. Juízo, tendo em vista que já havia formado o convencimento a partir das provas colacionadas aos autos.

Com efeito, ao contrário do que sustenta a autora, não havia necessidade de determinar a prova oral/testemunhal, cujo resultado seria irrelevante para o desfecho do feito.

Ademais, o Magistrado possui a liberdade de analisar as provas de acordo com o seu livre convencimento, com fundamento no artigo 371 do Código de Processo Civil/2015. Assim, afasta-se a arguição de cerceamento de defesa.

No tocante à arguição de inversão do ônus da prova, tal situação não traz prejuízo à apelante, em razão da aplicação do princípio da devolutividade processual.

Quanto ao mérito, a autora ajuizou a presente ação, alegando que seu filho sofreu acidente de trânsito e que é beneficiária do seguro de vida em grupo firmado com a empregadora Raizen S/A (fls. 104/280).

A seguradora negou-se ao pagar a indenização, sustentando agravamento

Acesso ao Sumário

do risco, uma vez comprovado que o segurado conduza o veículo alcoolizado, hipótese que exclui o pagamento da indenização.

O Magistrado julgou improcedente a ação uma vez demonstrado que o segurado encontrava-se alcoolizado no momento do acidente e que, conforme laudo toxicológico (fls. 68), apresentava a concentração de 2,4 g/l de sangue.

Entretanto, a sentença merece reforma.

Pois bem.

Em que pese o anterior entendimento desta Câmara, recentemente o C. Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, em casos de seguro de vida, é vedada a exclusão da cobertura em caso de sinistro decorrente de ato praticado pelo segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob o efeito de substâncias tóxicas.

O Superior Tribunal de Justiça, em voto do E. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, definiu que há diferenças entre o seguro de dano de veículo e o seguro de vida de pessoas, que, por sua vez, autorizam distinções em relação aos acidentes causados por pessoas embriagadas ou sob efeito de outras substâncias entorpecentes.

Com relação ao contrato de seguro e à embriaguez ao volante, é certo que a Terceira Turma desta Corte Superior possui entendimento de que a direção do veículo por um condutor alcoolizado já representa agravamento essencial do risco avençado, sendo lícita a cláusula do contrato de seguro de automóvel que preveja, nessa situação, a exclusão da cobertura securitária. Isso porque há comprovação científica e estatística de que a bebida alcoólica é capaz de alterar as condições físicas e psíquicas do motorista, que, combalido por sua influência, acaba por aumentar a probabilidade de produção de acidentes e danos no trânsito, entre outros fundamentos (princípios do absenteísmo e da boa-fé e função social do contrato). Assim, nessa espécie securitária, constatado que o condutor do veículo estava sob influência do álcool (causa direta ou indireta) quando se envolveu em acidente de trânsito - fato que compete à seguradora comprovar há presunção relativa de que o risco da sinistralidade foi agravado, a ensejar a aplicação da pena do art. 768 do CC. Por outro lado, a indenização securitária deverá ser paga se o segurado demonstrar que o infortúnio ocorreria independentemente do estado de embriaguez, como, a título exemplificativo, culpa do outro motorista, falha do próprio automóvel, imperfeições na pista, animal na estrada (vide REsp nº 1.485.717/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 14/12/2016). *Todavia, no presente caso trata-se de seguro de vida, integrante do gênero seguro de pessoa, que possui princípios próprios, diversos, portanto, dos conhecidos seguros de dano. Nesse contexto, no contrato de seguro de vida, ocorrendo o sinistro morte do segurado e inexistente a má-fé dele (a exemplo da sonegação de informações*

Acesso ao Sumário

sobre eventual estado de saúde precário - doenças preexistentes - quando do preenchimento do questionário de risco) ou o suicídio no prazo de carência, a indenização securitária deve ser paga ao beneficiário, visto que "(...) a cobertura neste ramo é ampla" (ALVIM, Pedro. Obra citada, pág. 452 - grifou-se). De fato, as cláusulas restritivas do dever de indenizar no contrato de seguro de vida são mais raras, visto que não podem esvaziar a finalidade do contrato, sendo "(...) da essência do seguro de vida para o caso de morte um permanente e contínuo agravamento do risco segurado" (TZIRULNIK E., CAVALCANTI F. Q. B., PIMENTEL A. O Contrato de Seguro: de acordo com o Novo Código Civil Brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 155). Dessa forma, ao contrário do que acontece no seguro de automóvel, a cláusula similar inscrita em contrato de seguro de vida que impõe a perda do direito à indenização no caso de acidentes ocorridos em consequência direta ou indireta de quaisquer alterações mentais, compreendidas entre elas as consequentes à ação do álcool, de drogas, entorpecentes ou substâncias tóxicas, de uso fortuito, ocasional ou habitual, revela-se inidônea (REsp 1665701/RS, 3ª Turma julgado em 09/05/2017, DJe 31/05/2017).

Destacou o Ministro o teor da Carta Circular SUSEP/DETEC/GAB nº 08/2007, a qual orienta as sociedades seguradoras a alterar as condições dos seguros de vida de pessoa, considerando ser vedada a exclusão de cobertura na hipótese de sinistros ou acidentes decorrentes de atos praticados pelo segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas. E logo em 17 de agosto de 2017, no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1081746/SC, o Relator Ministro Raul Araújo, da Quarta Turma, adotou este entendimento da Terceira Turma. Por fim, a Segunda Turma também pacificou e adotou o posicionamento no julgamento de embargos de divergência: *Embargos de divergência em Recurso Especial. Ação de cobrança de seguro de vida proposta por familiares beneficiários da cobertura. Acidente de trânsito. Morte do condutor segurado. Negativa de cobertura pela seguradora. Alegação de agravamento de risco. Ingestão de bebida alcoólica. Embriaguez do segurado. Relevância relativa. Orientação contida na carta Circular Susep/ Detec/Gab n° 08/2007. Precedentes. Embargos de divergência providos. 1. Sob a vigência do Código Civil de 1916, à época dos fatos, a jurisprudência desta Corte e a do egrégio Supremo Tribunal Federal foi consolidada no sentido de que o seguro de vida cobre até mesmo os casos de suicídio, desde que não tenha havido premeditação (Súmulas 61/STJ e 105/STF). 2. Já em consonância com o novel Código Civil, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento para preconizar que "o legislador estabeleceu critério objetivo para regular a matéria, tornando irrelevante a discussão a respeito da premeditação da morte" e que, assim, a seguradora não está obrigada a indenizar apenas o suicídio ocorrido dentro dos dois primeiros anos*

Acesso ao Sumário

do contrato (AgRg nos EDcl nos EREsp 1.076.942/PR, Rel. p/ acórdão Ministro João Otávio de Noronha).3. Com mais razão, a cobertura do contrato de seguro de vida deve abranger os casos de sinistros ou acidentes decorrentes de atos praticados pelo segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas, ressalvado o suicídio ocorrido dentro dos dois primeiros anos do contrato. 4. Orientação da Superintendência de Seguros Privados na Carta Circular Susep/Detec/Gab n° 08/2007: "1) Nos Seguros de Pessoas e Seguro de Danos, é vedada a exclusão de cobertura na hipótese de sinistros ou acidentes decorrentes de atos praticados pelo segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas; 2) Excepcionalmente, nos Seguros de Danos cujo bem segurado seja um veículo, é admitida a exclusão de cobertura para danos ocorridos quando verificado que o veículo segurado foi conduzido por pessoa embriagada ou drogada, desde que a seguradora comprove que o sinistro ocorreu devido ao estado de embriaguez do condutor. Precedentes: REsp 1.665.701/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma; e AgInt no AREsp 1.081.746/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª Turma. 5. Embargos de divergência providos. (EREsp 973.725/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), 2ª Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 02/05/2018).

Dessa forma, mesmo que provada a relação direta entre o acidente e a concentração de álcool presente no sangue do segurado, ainda assim não há perda ao direito de recebimento da indenização.

Assim já decidiu este E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que: *Seguro - Ação de cobrança acidente de trânsito - Contrato de previdência privada - Seguro de vida atrelado - Embriaguez do segurado - Indenização devida - Dano moral não caracterizado - Decisão reformada - Apelação parcialmente provida* (Apelação nº 0016711- 97.2012.8.26.0604; Relator Des. Luiz Eurico; Órgão Julgador, 33ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 18/09/2017).

Seguro de vida. Cobrança. Negativa de pagamento da indenização por parte da seguradora. Inadmissibilidade. Mudança de entendimento do STJ. No seguro de vida, é vedada a exclusão de cobertura na hipótese de sinistros ou acidentes decorrentes de atos praticados pelo segurado em estado de insanidade mental, de alcoolismo ou sob efeito de substâncias tóxicas (Carta Circular SUSEP/DETEC/GAB n° 08/2007). Danos morais não verificados. Alteração desvaliosa do bem estar do indivíduo que deve ser provado nos autos, tratando-se de fatos constitutivos do direito autoral. Sentença reformada. Ação parcialmente procedente. Redistribuição das despesas sucumbenciais. Recurso parcialmente provido (Apelação nº 1015453-14.2017.8.26.0037), Relator Des. Ruy Coppola, 32ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 21/06/2018).

Por outro lado, quando ao pedido de danos morais o mesmo não merece

Acesso ao Sumário

acolhimento. Em que pese toda a argumentação trazida pela autora, não se discute, e não há dúvidas de que a autora tenha passado por transtornos quando teve a negativa da cobertura securitária, porém, o transtorno gerado para solucionar a questão, inclusive culminando na via judicializada da questão, certamente causou aborrecimento, mas não pode ser utilizado como justificativa para a concessão de indenização por danos morais.

A título de argumentação, ressalte-se a Súmula nº 06 do C. Conselho Supervisor do Sistema de Juizado Especiais deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, publicado no DJE de 13 de agosto de 2014, que dispõe: *Mero inadimplemento contratual, sem circunstâncias específicas e graves que a justifiquem, não dá ensejo a indenização por danos morais.*

Dissabores, diferentemente de danos à moral, são situações enfrentadas em diversas ocasiões do cotidiano. Trata-se de um mero aborrecimento que, por vezes, se apresenta em relações de consumo, mas é, de fato, insuficiente para margear condenação a este título, sob pena de se tornar um precedente capaz de acobertar enriquecimento ilícito, nas mais diversas aflições vividas no dia-a-dia. Logo, não se há de falar em dano moral experimentado pela parte autora.

Destarte, Por essas razões, a sentença de 1º Grau merece reforma para julgar-se parcialmente procedente a ação, dando-se parcial provimento ao apelo e condenar a ré ao pagamento da indenização, nos termos da apólice (fls. 281). Tal valor deverá ser corrigido pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir da negativa do pagamento administrativo (fls. 44 - 12 de abril de 2018) e acrescido de juros de mora a partir da citação.

Arcará a ré com custas, despesas processuais e honorários advocatícios dos patronos da autora, que fixo em 10% do valor da condenação atualizado, vez que vencida em maior parte, nos termos do artigo 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil/2015.

Destarte, a decisão proferida em primeira instância merece ser reformada, nos termos deste acórdão.

Posto isto, dá-se parcial provimento à apelação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000240-70.2017.8.26.0294, da Comarca de Jacupiranga, em que são apelantes VALDIVINO GONÇALVES DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), VALDOMIRO DE FREITAS OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), VALDENIR DE FREITAS OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), VALDIRENE DE

FREITAS OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA) e VALDINEIA DE FREITAS OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE JACUPIRANGA.

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 10.866)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUY COPPOLA (Presidente) e FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR.

São Paulo, 13 de março de 2019.

CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - Acidente de trânsito - Ação indenizatória - Atropelamento por ônibus escolar, após o embarque de alunos - Evento letal decorrente de atitude imprudente da vítima que, ao abaixar-se para pegar um objeto que caíra embaixo do coletivo, foi por ele atingida - Ausência de qualquer evidência sobre conduta imperita ou imprudente do preposto da ré - Ação indenizatória desacolhida, elevada a verba honorária arbitrada na sentença - Recurso improvido, com observação.

VOTO

Sentença proferida a fl. 272/4 desacolheu ação indenizatória, fundada em acidente de trânsito e condenou os autores nas custas do processo e em honorários advocatícios de 10% do valor da causa, observada a gratuidade processual deferida.

Eles recorrem, buscando a inversão do julgado, fundados na responsabilidade objetiva da municipalidade pelo acidente de trânsito, em que faleceu a vítima. Sustentam, basicamente, que a prova oral não demonstrou culpa exclusiva da vítima no evento. Reiteram os pleitos indenizatórios.

Recurso tempestivo, isento de preparo e contrariado.

Este o relatório, adotado, no mais, o da sentença.

Nenhum motivo para modificação da decisão proferida, a não ser para que se acresça à sentença, como exige a lei, o nome de todos os autores: Valdivino Gonçalves de Oliveira, Valdomiro de Freitas Oliveira; Valdenir de Freitas Oliveira; Valdirene de Freitas Oliveira; e Valdineia de Freitas Oliveira.

Trata-se de acidente de trânsito ocorrido em 15.3.2016, quando ônibus

Acesso ao Sumário

escolar parou junto ao meio fio, na rua Embuzeiro, altura do nº 293, em Jacupiranga, para embarque de alunos e, ao sair do local para prosseguimento da viagem, foi alertado por pedestres e ao parar o veículo o seu condutor verificou que a vítima falecera, estando embaixo daquele veículo.

Em contestação a Ré atribuiu a ocorrência do acidente, exclusivamente, à vítima que, ao que constava do inquérito policial e laudo pericial, se abaixara ao lado do coletivo, para pegar um objeto, no exato momento em que o motorista iniciava a marcha após o embarque dos alunos, não tendo o seu condutor como evitar o atropelamento.

A decisão baixada desacolheu a ação proposta, com esta fundamentação:

"Em se tratando de responsabilidade civil de pessoa jurídica de direito público, aplica-se a teoria da responsabilidade civil objetiva, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição da República, que acolhe a teoria do risco administrativo.

Assim, a responsabilidade e o dever de indenizar exigem os seguintes elementos: conduta culposa ou dolosa, dano e nexo de causalidade entre aqueles ou em se tratando de um ato omissivo específico da administração pública, o dano, o nexo de causalidade entre a omissão e o dolo e se configura o dever de indenizar por parte do Estado.

A testemunha Bruna Fernandes Rodrigues afirmou que não presenciou o momento exato do atropelamento. Ao notar, já observou a vítima caída no solo e o ônibus passando por cima dela. Sinalizou para o ônibus parar, mas ele demorou a frear o veículo.

De seu turno, Luiz Antônio da Silva Barros relatou que era monitor no ônibus escolar envolvido no acidente. Após acomodar as crianças, o motorista verificou se todas estavam sentadas e partiu, não sendo possível verificar a presença da vítima embaixo do veículo. Após os fatos as pessoas começaram a gritar e, imediatamente, o motorista parou o veículo.

O motorista do veículo, Orville Rodrigues, asseverou ter observado os alunos embarcar normalmente, fechou as portas, conferiu os arredores e partiu com o veículo. Após isso achou que estava passando no quebra-molas, entretanto, com os gritos das pessoas se deu conta do atropelamento. Teve que ser medicado diante dos acontecimentos.

A testemunha Sandra Correia de Araújo estava presente no momento do acidente. Relatou que a vítima se abaixou próximo ao ônibus, provavelmente para alcançar um isqueiro, ao se levantar, o ônibus estava dando partida e na sequência foi atingida. As pessoas próximas gritaram, mas de nada adiantou.

De fato, incumbia à parte autora, conforme disposição do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, demonstrar o fato constitutivo

Acesso ao Sumário

de seu direito. No entanto, o ente público se exonera do dever de indenizar caso comprove a ausência de nexo causal, ou seja, provar a culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro, caso fortuito, ou força maior.

Da análise das provas carreadas ao feito, deflui-se que não há como imputar qualquer responsabilidade objetiva ao Estado no que tange ao dever de indenizar pelos alegados danos morais, pois estes foram ocasionados por culpa exclusiva da vítima, ao se abaixar próximo ao ônibus escolar que estava pronto para partida.

Inviável imputar ao motorista qualquer ação que pudesse evitar o acidente.

Tanto a prova oral, quanto a documental, em especial o laudo acostado às fls. 48 e seguintes, dão suporte a conclusão acima aventada."

E a decisão não comporta alteração.

Não bastassem os depoimentos das testemunhas presenciais do acidente, no laudo pericial do Instituto de Criminalística da Polícia Técnico-Científica (fl. 102/16), realizado no local dos fatos, o perito criminal, quanto à dinâmica dos fatos, concluiu:

"Baseado nos elementos de ordem técnico-material e de tudo o que foi observado e informado no local, o signatário conclui que o acidente pode ter ocorrido da maneira como segue:

Trafegava o ônibus (escolar) pela Rua Sombreiro, alt. do nº 293, sentido bairro/centro- Jacupiranga/SP.

Estacionou na parada de ônibus para escolares e pegou alunos no local. Ao sair e por motivos escusos a perícia veio a vítima adentrar sob i veículo e nesse interim o veículo passou sobre a vítima com seu pneumático traseiro direito interno sobre a vítima vindo a atropelá-la." (fl. 107/8)

E no processo criminal, o digno Promotor de Justiça Ronaldo Pereira Muniz, requereu o seu arquivamento (fl. 117/20), destacando que:

"Diante da prova pericial constante dos autos, bem como da prova oral colhida durante os inquisitoriais, em especial aquele da dinâmica do acidente constante às fls. 43/50, tem-se que, por razões ainda desconhecidas, mas muito provavelmente visando alcançar um isqueiro que teria caído embaixo do veículo, a vítima Eurides se abaixou sob o lado esquerdo frontal do veículo que, ao arrancar do ponto que estava parado para a descida de crianças, passou sobre a vítima com o pneu traseiro interno."

E pouco mais é preciso dizer.

O ônibus estava parado e, após deixar os passageiros, o seu motorista imprimiu velocidade para prosseguir viagem e jamais poderia supor que alguém

Acesso ao Sumário

estivesse debaixo dele, para pegar um isqueiro ou qualquer outro objeto.

Havia mesmo uma impossibilidade física de se vislumbrar a vítima, que agiu com negligência absurda e provocou o dano em si mesmo.

Caso clássico de culpa exclusiva da vítima, que exclui a responsabilidade da administração pública.

Nega-se provimento ao recurso, elevados os honorários de advogado arbitrados para 12% do valor dado à causa, observada a gratuidade processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1016201-78.2016.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes/apelados JHM MÁQUINAS LTDA. e JULIO CESAR MOLETI, é apelado/apelante GOLPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS 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 da autora e deram provimento em parte ao recurso dos réus. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8253)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AZUMA NISHI (Presidente), FORTES BARBOSA e HAMID BDINE.

São Paulo, 15 de março de 2019.

AZUMA NISHI, Relator

Ementa: APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Réus que, anteriormente, ajuizaram contra a autora ação de obrigação de fazer e não fazer c/c reparação de danos, com fundamento em contrafação de objeto de patente, cujo registro foi posteriormente indeferido pelo INPI. Danos materiais. Honorários contratados para defesa naquela demanda. Ressarcimento devido. Arts. 389 e 404 do CC. Apuração do valor em sede de liquidação, diante da ausência de documentos que comprovem o pagamento do valor previsto no contrato de honorários. Danos morais. Inocorrência. Mero ajuizamento da ação não tem o condão de macular a imagem da autora, que é detentora de honra objetiva.

Acesso ao Sumário

Ausência de demonstração de prejuízos, ainda que indiciariamente. SENTENÇA REFORMADA EM PEQUENA EXTENSÃO. RECURSO DA AUTORA DESPROVIDO. APELO DOS RÉUS PROVIDO EM PARTE.

VOTO

Vistos.

1. Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de pp. 270/273, aclarada pela decisão de p. 305, que, nos autos da AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS ajuizada por **GOLPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS LTDA. - EPP** em face de **JHM MÁQUINAS LTDA.** e **JÚLIO CESAR MOLETI** julgou PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos, para condenar os réus ao pagamento de R$ 20.000,00 à autora, a título de danos materiais.

Em razão da sucumbência recíproca, condenou os réus a pagarem 1/6 das custas e despesas processuais e a autora a pagar 5/6 das custas e despesas processuais, bem como condenou os réus a pagarem honorários advocatícios à autora de 10% do valor da condenação, bem como esta a pagar honorários advocatícios aqueles nos importe de 10% do valor atualizado da causa.

2. Irresignadas, recorrem ambas as partes.

3. Os réus, nos termos das razões de pp. 275/282, sustentam que, na tentativa de conter concorrência desleal, ajuizaram ação na 2ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes, que foi extinta sem resolução de mérito, sob o fundamento de que a Lei de Propriedade Industrial não protege a expectativa de direito, mas somente o detentor de patente ou modelo de utilidade.

Sustentam que tal atitude justifica-se pelo exercício regular de direito, reconhecido naquela sentença processual que afastou qualquer pretensão ilícita.

Alegam ser incabível a inclusão do valor de honorários advocatícios contratuais a título de indenização por dano material, já que a simples contratação de advogado pela parte vencedora para a defesa processual não implica o dever da parte vencida de indenizar a vencedora.

Aduzem que a apelada juntou o instrumento de contrato de honorários advocatícios sem prova do efetivo pagamento, bem como fez menção a precedentes desconexos, o que determina a punição pela litigância de má-fé.

Por fim, requerem o provimento do recurso, para reformar a sentença, declarando a improcedência integral dos pedidos condenatórios e a condenação da autora às penas por litigância de má-fé.

4. Também recorre a autora, sustentando que foi acusado maliciosamente

Acesso ao Sumário

pelos apelados de praticar contrafação, o que maculou a imagem da empresa, fazendo jus à indenização por danos morais.

Aduz que o juízo *a quo* usou critérios equivocados na distribuição das verbas de sucumbência, condenando o autor ao pagamento de 5/6 das custas, levando em conta apenas os valores dos pedidos formulados na exordial e desconsiderando, a quantidade de pedidos.

Assevera, que na pior das hipóteses as custas e as despesas deveriam ser repartidas igualmente entre as partes.

Aduz, ainda, o uso de critérios equivocados também no arbitramento dos honorários advocatícios em favor dos apelados, pois fixou em R$ 12.000,00 (10% do valor da causa), que equivalem a 60% de todo o proveito econômico obtido pelo autor.

5. Recursos tempestivos e preparados.

6. Contrarrazões às pp. 295/304 e 324/327.

É o relatório do necessário.

7. Verifica-se dos autos que **GOLPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS LTDA - EPP** ajuizou AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS em face de **JHM MÁQUINAS LTDA.** e **JULIO CÉSAR MOLETI**, a fim de serem indenizados pelos danos decorrentes de anterior ação interposta pelos ora réus em face da ora autora.

A requerente sustenta que os réus moveram contra si ação de obrigação de fazer e não fazer c/c reparação de danos, com fundamento em contrafação de objeto referido em Pedido de Patente PI1001590-6, que posteriormente foi indeferido pelo INPI.

Assim, os autos do Processo nº 1007516-87.2013, que tramitou na 2ª Vara Cível da mesma comarca, foram extintos sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267 do CPC de 1973.

Sustenta a autora que os réus jamais foram titulares da patente, tanto que o requerimento junto ao órgão competente foi indeferido. Deste modo, os réus praticaram concorrência desleal ante a alegação de direito de exclusividade inexistente.

Quanto à indenização na esfera material, argumenta que foi necessária a contratação de advogado especializado para a defesa em juízo no valor de R$ 20.000,00 e, na moral, sustenta que o ato dos réus maculou a imagem da autora, que de fabricante de destaque de máquinas foi acusada de contrafação diante de mero pedido de patente, o que gerou desconfiança no mercado, descrédito, queda nas vendas e, assim, deve a autora ser indenizada na esfera moral no valor de R$ 100.000,00.

A sentença acolheu somente o pedido de fixação de indenização pelos

Acesso ao Sumário

danos materiais, em R$ 20.000,00, e afastou o pleito relativo aos danos morais, insurgindo-se ambas as partes, como já relatado.

8. No tocante ao recurso dos réus, que pretendem afastar a indenização pelos danos materiais, concernente ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais decorrentes da necessidade de defesa da autora na ação ajuizada pelos réus, há pequena modificação a ser feita na sentença.

Em se tratando de honorários advocatícios, tem- se que, conjugados os artigos 389 e 404 do Código Civil vigente e frente à necessidade de reparação integral do patrimônio do lesado, é preciso admitir que os honorários convencionais componham o valor devido a título de ressarcimento por perdas de danos, compondo a indenização (STJ REsp 1027797-MG, 3ª T, Rel. Min. Nancy Andrighi, j., 17.2.2011).

Houve, na legislação de nosso país, uma progressiva transformação da natureza da verba honorária sucumbencial, que teve início com a edição do artigo 23 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994) e culminou, muito recentemente, com o advento do artigo 85 do CPC de 2015. Se a verba honorária sucumbencial era, tradicionalmente, destinada a recompor os gastos feitos pela parte vencedora em virtude da contratação de um causídico, ela, agora, constitui remuneração do advogado e não mais se destina à parte vencedora, que não ostenta, nem mesmo, agora, legitimidade concorrente para postular sua execução.

No caso concreto, a autora apresentou, junto com a petição inicial, cópia do instrumento contratual de honorários advocatícios; contudo, não apresentou documentação atestatória do efetivo pagamento da quantia contratualmente prevista.

Deste modo, a determinação do valor da indenização deve ser postergada para fase de liquidação de sentença.

Neste sentido, a lição de HUMBERTO THEODORO JUNIOR:

"*A efetividade do dano e o cálculo da indenização podem ser apreciados, como já ressaltado, em dois momentos ou fases distintas. Na primeira, provam-se a existência do dano, a efetiva ocorrência do fato lesivo e a responsabilidade de seu causador (an debeatur); na segunda, busca-se fixar a extensão do dano, a sua quantificação, o valor da indenização (quantum debeatur)*".[1]

Assim, faz-se a observação de que, por ocasião do cumprimento de sentença, deverá a autora trazer aos autos os recibos que comprovem o valor efetivamente gasto a título de honorários contratuais.

9. Pretendem os réus, ainda, a condenação da requerente às penas por litigância de má-fé.

O reconhecimento da litigância de má-fé pressupõe ocorrência de dano

1 SERGIO CAVALIERI FILHO, Programa de Responsabilidade Civil, 11ª ed., p. 152.

Acesso ao Sumário

processual e exata subsunção da conduta da parte a uma das hipóteses do artigo 80 do Código de Processo Civil, o que não se verificou na espécie, malgrado as alegações da apelada.

Os réus alegam que a autora indicou, na petição inicial, precedentes do Superior Tribunal de Justiça sem qualquer pertinência temática (desconexos) ao caso concreto, alterando a verdade dos fatos e com o objetivo ilegal.

Todavia, a mera indicação de precedentes desconexos não caracteriza a prática de conduta temerária passível de condenação por litigância de má-fé.

Na lição da melhor doutrina, constitui litigância de má-fé "*a alteração intencional da **matéria fática**, com descrição de situações não ocorridas fora do processo ou, de forma diversa, a exposição dos fatos em desconformidade com a verdade, configurando quebra de dever processual*" (José Roberto dos Santos Bedaque, Código de Processo Civil Interpretado, diversos autores coordenados por Antonio Carlos Marcato, p. 93).

Não é possível vislumbrar nos autos comportamento da demandante que se amolde às hipóteses de litigância de má-fé do art. 80 do CPC, lembrando-se que a existência desta não pode ser presumida.

Em suma, não restou evidenciada a má-fé da autora, a ensejar sua condenação.

10. Quanto ao recurso da autora, que objetiva a fixação de indenização por danos morais, de início, é preciso reconhecer que, embora desprovida de algumas características e direitos próprios da personalidade humana, as pessoas jurídicas são titulares de direitos especiais da personalidade, moldados de acordo com suas peculiaridades.

Com base no artigo 52 do Código Civil, verifica- se que apenas alguns aspectos relevantes do direito da personalidade podem ser estendidos a elas.

Neste sentido:

"*Súmula 227 do STJ: 'a pessoa jurídica pode sofrer dano moral'. 'Todavia, diversamente do que se dá com a pessoa física, as hipóteses em que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral <u>são bem mais restritas</u>, já que ela não possui 'sentimentos' passíveis de serem abalados' (JTJ 366/221: AP 57949-80.2003.8.26.0000).*"[2] (grifei)

Assim sendo, as pessoas jurídicas são dotadas de honra objetiva, ou seja, deve-se levar em conta aspectos externos que possuem relação com sua reputação e bom nome perante a sociedade.

"A propósito já decidiu o mencionado STJ que *'a pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando*

2 *Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, José Francisco N. da Fonseca - Código Civil e legislação civil em vigo - 33ª edição re. E atual - São Paulo: Saraiva, 2014 - Nota 2 ao artigo 52, pág. 72.*

por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua' (RSTJ 85/268)"[3]

No caso em vertente, a autora pleiteia a condenação dos réus em danos morais, decorrentes do exercício abusivo de direito de ação dos mesmos, na medida em que demandaram a autora, em uma ação de obrigação de fazer e não fazer c/c reparação de danos, sob o fundamento de contrafação de objeto referido em Pedido de Patente PI1001590-6.

Sustenta ainda que a acusação de contrafação acarretou desconfiança no mercado, gerando grande descrédito, queda nas vendas, rompimento de parcerias e grandes prejuízos.

No caso vertente, os acontecimentos narrados pela autoria não caracterizam, por si só, danos morais indenizáveis, vez que o simples ajuizamento de uma demanda não configura os alegados danos morais, sendo que, quanto aos propalados prejuízos, não houve prova, sequer de forma indiciária.

Ademais, o dever reparatório não pode ser considerado um instrumento capaz de obter vantagens indevidas ou enriquecimento ilícito, de modo que deve ser mantida a sentença na parte que julgou improcedente o pleito de indenização por danos morais.

11. Por fim, em razão da solução dada à lide, acolhendo parcialmente o apelo, condeno as partes ao pagamento de metade das despesas e custas processuais, bem como de honorários advocatícios, que fixo em 15% do valor da causa, sendo 7,5% a cargo de cada uma das partes, vedada a compensação e já considerados os honorários da fase recursal, nos termos do artigo 85, §§ 11 e 14, do CPC.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso da autora e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao apelo dos réus.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1021657-87.2014.8.26.0196, da Comarca de Franca, em que é apelante EDNA MARIA BENEVIDES DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelada AVON INDUSTRIAL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U. Declara voto o 3.º juiz.", de conformidade

3 *CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, São Paulo: Ed. RT, 3ª Ed., 2005, p. 387.*

com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.810)**

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

São Paulo, 12 de março de 2019.

GILBERTO LEME, Relator

Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPRA E VENDA DE DESODORANTE. ALEGAÇÃO DE REAÇÃO ALÉRGICA DECORRENTE DA UTILIZAÇÃO DE PRODUTO FABRICADO PELA RÉ. LAUDO PERICIAL QUE AFASTOU O NEXO DE CAUSALIDADE. HIPERSENSIBILIDADE DE ALGUNS CONSUMIDORES QUE NÃO ENSEJA O RECONHECIMENTO DE DEFEITO DO PRODUTO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto à r. sentença de fls. 224/229 que julgou improcedente a pretensão inicial, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa, observada a justiça gratuita.

A autora sustenta ser incontroverso o uso do produto fabricado pela ré e a ocorrência de reação alérgica, de acordo com a prova testemunhal produzida nos autos, pelo que deve ser indenizada pelos danos morais sofridos. Assevera a inversão do ônus da prova por se tratar de relação de consumo. Sublinha a responsabilidade objetiva da apelada. Afirma que o laudo pericial é insuficiente para afastar o nexo de causalidade entre a utilização do produto e a reação alérgica, pelo que não pode o magistrado *a quo* dele se utilizar para embasar sua fundamentação.

Recurso tempestivo, dispensado de preparo e não respondido.

É o relatório.

A responsabilidade na atividade profissional por vício de qualidade dos produtos e serviços por insegurança, relativo à incolumidade física do consumidor (Código de Defesa do Consumidor, artigo 6.º, inciso I), é de natureza objetiva (artigos 12 e 14), enquanto que a responsabilidade por vícios de quantidade e de qualidade por inadequação, relacionada com o desempenho ou durabilidade dos serviços (artigo 4.º, inciso II, alínea "d") será subjetiva.

Constitui vício de qualidade, nas palavras de ZELMO DENARI, o

Acesso ao Sumário

"defeito capaz de frustrar a legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição." E prossegue: "entende-se por defeito ou vício de qualidade a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou de terceiros." (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, pág. 183, Forense Universitária, 2007)

É importante salientar que, violado o dever jurídico de respeitar a integralidade física do consumidor, nasce para o lesado o direito à indenização, independentemente da existência de culpa, pois, aqui, basta à vítima demonstrar a ocorrência do dano e o nexo de causalidade.

Mas, não basta a mera alegação do defeito do produto e dos danos causados à pele, isso porque incumbe à autora provar o fato constitutivo do direito subjetivo.

A saber, o ar. 373 do CPC/2015, que repetiu a redação do art. 333 do CPC/1973, consagra o princípio dispositivo, entregando a sorte da causa à diligência ou interesse da parte.

ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO explicam que: "A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* - e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo-ônus).

O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a idéia de eqüidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova (do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, as provas dos pressupostos da exceção).

O ônus da prova consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa." (Teoria Geral do Processo, n.º 228, pág. 374, Malheiros, 2007)

Excepcionalmente, rompe-se com as regras rígidas e estáticas da distribuição do *onus probandi* (CPC, artigo 373), tornando-as mais flexíveis e dinâmicas, adaptáveis a cada caso especificamente, a fim de estabelecer a paridade de armas.

No caso de proteção aos direitos dos consumidores, há previsão legal de

Acesso ao Sumário

inversão do ônus da prova, trazida ao ordenamento jurídico pelo inciso VIII do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, a inversão do ônus probatório, só se faz necessária quando demonstrada a verossimilhança da alegação e a vulnerabilidade técnica e/ou econômica do consumidor.

Certamente, o inciso VIII do artigo 6.º do Código de Defesa do Consumidor não retira a obrigação do autor de provar o fato constitutivo do direito tampouco a do réu de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante.

Narra a petição inicial que, logo após a utilização de um produto de fabricação e distribuição da ré, denominado Desodorante Spray Toque de Amor, teve uma reação alérgica com coceiras no rosto e no pescoço, acompanhadas de vermelhidão e inchaço, bem como de sensação de queimadura e ardência.

É certo que a ré não impugnou especificamente a compra e venda do produto, restringindo-se a alegar que seus produtos passam por vários testes com todas as raças e etnias, a fim de evitar riscos para as pessoas, ficando ressalvada a hipótese de reação e hipersensibilidade imunológica do organismo individual, o que exclui sua responsabilidade.

Assim, incontroversa a compra do produto, passa-se a análise do seu defeito bem como do nexo causal entre a sua utilização e a reação alérgica reclamada pela autora.

Tenha-se presente que "para garantir ao consumidor a aquisição de produtos seguros e de qualidade, a Anvisa é responsável pela autorização de comercialização de artigos de higiene pessoal, cosméticos e perfumes, mediante a concessão de registro ou notificação. A Anvisa também fiscaliza e estabelece normas para as empresas fabricantes, verificando o processo de produção, as técnicas e os métodos empregados até o consumo final." (endereço eletrônico constante no texto original).

De fato, a Anvisa faz rigoroso estudo antes de autorizar a comercialização de produtos e não há nenhum registro de suspensão da venda do Desodorante Spray Toque de Amor por ser impróprio ao uso.

Do laudo pericial realizado por médica perita de confiança do juízo consta que a "periciada refere que após utilizar o desodorante permaneceu com o quadro por mais de quinze dias e após um mês apresentou problemas de visão não há como estabelecer nexo entre o uso do desodorante e a alergia apresentada, uma dermatite alérgica deve suspender o produto e não há possibilidade das lesões persistirem por quinze dias, as alterações de visão relatada na inicial também não tem relação com o uso do produto em questão apresenta conforme relatório do oftalmologista alterações visuais para perto portanto não há relação com o uso do produto." (fl. 209) Por fim, conclui que "não há elementos que comprovem que o uso do produto possa ter causado as lesões apresentadas pela

Acesso ao Sumário

periciada." (fl. 210)

Assim, em que pese a prova testemunhal ter comprovado a utilização do produto pela autora, o laudo pericial afastou qualquer relação entre a utilização do desodorante e a alergia por ela reclamada, pelo que não se há de falar em danos morais indenizáveis.

Ademais, o produto é comercializado em grande escala, com raríssimos registros de reações alérgicas, o que conduziu a liberação daquele pela Anvisa. Desse modo, a hipersensibilidade de alguns consumidores é insuficiente para o reconhecimento de defeito do produto, mesmo porque indicada de forma genérica a possibilidade de eventuais danos provocados por alergias ao cosmético.

No mais das vezes, não há o dever legal de a fabricante detalhar de forma minuciosa as reações alérgicas possíveis tampouco os procedimentos a serem adotados nesses casos. Comum a indicação genérica para lavar a área e retirar o produto, consultando imediatamente um médico que, em se tratando de emergência, não precisa ser na especialidade de dermatologia, mas qualquer plantonista do pronto-socorro poderia adotar medidas para impedir ou amenizar a reação alérgica.

Conclui-se, portanto, que não é devida a indenização por dano provocado na pele do consumidor pela aplicação de desodorante, quando ocorrer reação alérgica por hipersensibilidade do próprio organismo que ocasionou a dermatite de contato e não por defeito do produto.

Pelo meu voto, nego provimento ao recurso. Deixo de majorar os honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, em razão da ausência de apresentação de contrarrazões.

DECLARAÇÃO DE VOTO

(Voto nº 21622)

A ausência de contrarrazões não impossibilita a majoração do valor dos honorários advocatícios.

Contudo, considerando que a Câmara entende majoritariamente que tal ausência impossibilita a majoração, acompanho o voto, ressalvado o meu entendimento pessoal.

FLAVIO ABRAMOVICI, Desembargador, 3º Juiz

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1095307-28.2018.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BRASTEMP - WHIRPOOL S/A, é apelada VIVIANE CRISTINA DE ALMEIDA RAMOS.

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 25.159)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores PEDRO BACCARAT (Presidente sem voto), MILTON CARVALHO e JAYME QUEIROZ LOPES.

São Paulo, 18 de março de 2019.

WALTER CESAR EXNER, Relator

Ementa: Bem móvel. Aparelho refrigerador. Vício de produto inequívoco. Eletrodoméstico não reparado. Manifesto descaso com o consumidor. Conduta da empresa ré que em muito extrapola o mero aborrecimento. Danos morais configurados. Quantum indenizatório mantido, pois suficiente para assegurar ao lesado uma justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, considerando-se ainda o caráter punitivo e pedagógico da medida. Sentença mantida. Recurso improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de ação de rescisão contratual c.c. indenizatória ajuizada por Viviane Cristina de Almeida Ramos da Paula em face de Whirlpool S/A que a r. sentença de fls. 61/66, de relatório adotado, julgou procedente, condenando a ré ao pagamento de R$ 4.411,28, além de danos morais no importe de R$ 7.000,00, corrigidos da data da sentença e com juros de mora desde 21.09.2018.

Inconformada, apela a ré alegando, em suma, que não houve comprovação do dano sofrido pela autora, não havendo que se falar em danos morais. Aduz que o ocorrido configura mero dissabor, sendo exorbitante a quantia arbitrada, o que viola o artigo 944 do Código Civil. Requer a reforma da r. sentença, para excluir o dever da apelante de indenizar a autora. Subsidiariamente, pugna pela redução do *quantum* indenizatório fixado.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso comporta acolhimento.

Narra a inicial que a autora adquiriu, em **13.06.2018**, um refrigerador da marca Brastemp pelo valor de R$ 4.411,28, sendo que, após duas semanas de uso, o produto apresentou vício de qualidade, pois deixou de congelar os alimentos. Sustenta que, diante do defeito apresentado, deixou o refrigerador na assistência técnica autorizada da ré. Entretanto, passados mais de três meses, não lhe deram sequer previsão da data em que o conserto seria finalizado. Alega que foi obrigada a estocar alimentos no apartamento de seu vizinho, ressaltando que possui dois filhos recém-nascidos e que diante do quadro descrito, precisou adquirir, com urgência, novo refrigerador, para garantir seus suprimentos básicos, bem como o leite materno dos filhos gêmeos recém-nascidos.

É incontroversa a aquisição do aparelho refrigerador, assim como o defeito do produto cerca de duas semanas depois, o que resultou no seu envio à assistência técnica para o devido reparo e inúmeras reclamações resultantes da inércia da ré na solução do problema.

Esse quadro elementar implica na inequívoca obrigação de restituição do valor pago pelo eletrodoméstico viciado, assim como na indenização pelo dano moral sofrido, pretensões estas acolhidas na muito bem lançada sentença da lavra do eminente magistrado Dr. Guilherme Ferreira da Cruz.

Com efeito, no caso em pauta, afigura-se inadmissível e injustificável o descaso da parte requerida que, após ter recebido produto viciado em sua assistência técnica, ficou por três meses sem providenciar o devido reparo, não tendo sequer apresentado previsão de entrega do aparelho ao consumidor, o que obrigou a autora a adquirir uma nova geladeira, ressaltando-se que esta tem dois filhos recém-nascidos, o que pressupõe evidente desgaste, sensação de impotência e angústia, quadro que em muito excede a seara do mero aborrecimento cotidiano, restando caracterizados os danos morais.

Ademais, no caso em tela, levando-se em consideração as condições pessoais das partes, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e atento ainda às demais peculiaridades do caso em tela, notadamente quanto à intensidade do dano impingido, afigura-se razoável o valor fixado em primeira instância, suficiente para assegurar ao lesado uma justa reparação, sem incorrer em enriquecimento ilícito, considerando-se ainda o caráter punitivo e pedagógico da medida.

Destarte, mantenho a r. sentença em todos os seus termos, majorados os honorários sucumbenciais para 16% do valor da condenação, nos termos do art. 85, §11 do CPC.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0061839-06.2012.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CELIA REGINA CURY, é apelado S P D M ASSOCIAÇÃO PAULISTA PARA O DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.095)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANDRADE NETO (Presidente) e MARCOS RAMOS.

São Paulo, 20 de março de 2019.

LINO MACHADO, Relator

Ementa: Apelação - Serviços Hospitalares - Plano de saúde. Tendo sido demonstrado que as operadoras de plano de saúde são as responsáveis pelo pagamento das despesas médico-hospitalares, devem elas responder pelo cumprimento da obrigação de maneira direta em relação à credora, sendo desnecessária e prejudicial à consumidora, exigir-se que esta cumpra a obrigação para que, depois, seja integralmente ressarcida pelas reais devedoras. Apelação provida.

VOTO

Vistos.

A r. sentença de fls. 231/236 rejeitou os embargos monitórios e julgou procedente a denunciação da lide, declarando-se a ré denunciante e as duas denunciadas, devedoras solidárias da obrigação e das verbas sucumbenciais. Apela a ré a fls. 253/267. Contrarrazões a fls. 278/285.

É o relatório.

Incontroverso que houve prestação de serviços médico-hospitalares, razão pela qual o hospital não pode arcar com o prejuízo em razão da divergência entre a tomadora do serviço (ou a responsável pelo pagamento) e o plano de saúde da paciente, quanto a quem seria responsável pelo pagamento das despesas.

Por outro lado, a apelante figura no negócio como consumidora, sendo ela o elo mais fraco da relação que envolve, também, a associação hospitalar autora e as operadoras de plano de saúde denunciadas à lide.

Acesso ao Sumário

A internação da irmã da apelante se deu em caráter emergencial, em razão de problemas cardíacos, sendo certo que, infelizmente, a paciente morreu durante intervenção cirúrgica realizada durante a internação ora sob cobrança.

Logo, foi abusiva a recusa de cobertura por parte do plano de saúde (a denunciada Unimed Curitiba), sob o argumento de que o hospital estava fora da área territorial coberta pelo plano contratado.

A situação evidentemente emergencial se deu quando a vítima se encontrava em São Paulo, próxima do nosocômio mantido pela associação autora, no qual eram atendidos clientes da outra denunciada (Unimed Paulistana).

Os e-mails copiados a fls. 84/85 dão conta de que houve autorização no caso sob exame, ainda que em caráter excepcional em razão da urgência, por parte da Unimed Curitiba, para que a internação e, ainda, a cirurgia, acontecessem sob cobertura do plano de saúde, em razão de intercâmbio realizado entre as duas Unimed's.

Note-se que no e-mail supra mencionado, é indicado número de autorização de procedimento médico-hospitalar e senha para confirmação pelo prestador do serviço.

Portanto, a responsabilidade pelo pagamento das despesas é exclusiva das Unimed's denunciadas. Observo que a "Curitiba" é revel, tendo sido regularmente citada, constituído advogado, porém, sem apresentação de resposta ao pedido inicial. A "Paulistana" se limitou a arguir sua liquidação extrajudicial, sem apresentar contestação ao mérito.

Diante das circunstâncias do caso sob exame e do reconhecimento de quem é o responsável pelo pagamento do débito, não há razão para prejudicar a consumidora, com a condenação dela ao pagamento do débito para que, em regresso, possa receber a quantia das denunciadas; ou, nos termos da r. sentença, com a condenação solidária das três (a consumidora e as duas denunciadas), o que poderá causar diversos transtornos nas finanças à consumidora até que, em tese, pudesse ela ser ressarcida pelas Unimed's. Diante disso, as denunciadas devem arcar diretamente com o pagamento. Neste sentido:

"Tendo sido constatado que a efetiva devedora é a denunciada (plano de saúde), não há por que exigir de quem nada deve o pagamento do débito. Pode o plano de saúde arcar com a dívida diretamente, sem necessidade de maiores burocracias entre a consumidora e o nosocômio credor" (...) "Posto isso, nega-se provimento ao recurso da denunciada e dá-se parcial provimento ao recurso da ré, apenas para que não precise pagar o débito para depois ser ressarcida. Pode a definitiva devedora arcar com o pagamento de forma direta, evitando maiores prejuízos à consumidora." (Apelação n.º 1015950-38.2014.8.26.0003, julgada em 14 de dezembro de 2018 pela Colenda 14ª Câmara de Direito Privado. Relator Melo Colombi).

Acesso ao Sumário

Por conseguinte, dou provimento à apelação para declarar que o débito indicado na inicial e as verbas sucumbenciais fixadas na r. sentença deverão ser pagos diretamente, pelas denunciadas Unimed Paulistana e Unimed Curitiba, solidariamente, à associação hospitalar autora, observando-se que a Unimed Paulistana é beneficiária da justiça gratuita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1028099-90.2014.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante/apelada JÉSSICA NOGUEIRA UBIÑA (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante CONDOMÍNIO RESIDENCIAL PORTO REGIO e Apelada FERNANDA GALLUCCI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 27ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO CONDOMÍNIO RÉU V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 11365)**

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

São Paulo, 29 de março de 2019.

ANA CATARINA STRAUCH, Relatora

Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - Condomínio - Portão que atingiu o veículo da autora - Imputação de culpa à condômina que estava utilizando a passagem, bem como ao Condomínio, por falha na instalação de dispositivos de segurança - Sentença de parcial provimento reformada - Impugnação à gratuidade de justiça já afastada - Dano causado por ato imprudente da autora - Ação improcedente - Sentença reformada - RECURSO DO CONDOMÍNIO RÉU PROVIDO, DESPROVIDO O DA AUTORA.

VOTO

Acesso ao Sumário

Vistos.

O Douto Magistrado *a quo*, ao proferir a r. sentença de fls. 444/449, cujo relatório se adota, na "*AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS*", ajuizada por JÉSSICA NOGUEIRA UBIÑA em face de FERNANDA GALLUCCI E CONDOMÍNIO RESIDENCIAL PORTO REGIO, julgou o feito, nos seguintes termos: "*Ante o exposto, JULGAM-SE IMPROCEDENTES os pedidos formulados na ação contra FERNANDA GALLUCCI e o deduzido na reconvenção, e PARCIALMENTE PROCEDENTES os pleitos iniciais, para condenar o RESIDENCIAL PORTO RÉGIO a pagar a JÉSSICA SANTOS NOGUEIRA, a título de indenização de danos materiais, R$ 1.700,00, atualizados monetariamente pelos índices oficiais (tabela TJ/SP) desde o desembolso e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da data do fato.*

Face à mútua sucumbência, autora e réu ratearão as custas judiciais e despesas processuais (art. 86 do CPC), ficando a primeira responsável por 1/3 e o segundo por 2/3. Cada um pagará honorários advocatícios ao(s) procurador(es) do adversário, verba arbitrada, com base no art. 85, do CPC, em R$ 1.500,00, observada a gratuidade deferida à requerente.

Outrossim, a autora reembolsará a requerida por eventuais despesas com o feito e pagará a seu patrono honorários advocatícios no montante de R$ 1.500,00, enquanto a última pagará ao patrono da primeira, em razão da rejeição da reconvenção, honorários advocatícios no mesmo importe, ressalvada a gratuidade.".

Apela a autora (fls. 458/467). Argumenta que a perícia confirma a atitude ilícita da ré, causadora do dano. Sustenta a presença de dano moral indenizável.

Também recorre o condomínio (fls. 471/489). Impugna a gratuidade de justiça concedida à autora. No mérito, alega que os orçamentos referentes ao conserto do veículo nunca foram apresentados para reembolso. Argumenta a falta de obrigatoriedade de utilização de sistema antiesmagamento em portão eletrônico. Requer a reforma do julgado.

Acesso ao Sumário

Contrarrazões apresentadas pela ré às fls. 514/521; pelo condomínio às fls. 522/539; pela autora às fls. 541/553.

Subiram os autos para julgamento.

É o relatório.

A insurgência do condomínio à gratuidade de justiça da autora já foi objeto de incidente específico, e não restou demonstrada alteração na situação de fortuna da autora. Desta forma, permanece o benefício.

Inicialmente, exercido o juízo de admissibilidade em cumprimento ao disposto no art. 1.010, § 3º do CPC, vale consignar que os recursos devem ser conhecidos, pois são tempestivos, dispensado de preparo o da autora, em razão

da gratuidade de justiça concedida, e devidamente preparado o do condomínio.

De plano, destaque-se, ademais, que esta Decisão Colegiada se limita a apreciar a matéria efetivamente impugnada, em conformidade com o teor do art. 1.013, *caput*, do CPC.

Trata-se de "*AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS*", ajuizada por JÉSSICA NOGUEIRA UBIÑA em face de FERNANDA GALLUCCI E CONDOMÍNIO RESIDENCIAL PORTO REGIO. Segundo consta, a autora teve seu veículo atingido pelo portão automático da entrada de autos do condomínio, no momento em que a corré Fernanda, que também entrava com seu automóvel, acionou o fechamento do portão.

A conduta da corré Fernanda não pode ser classificada como ilícita. Ao adentrar pelo sistema de portões eletrônicos de sua residência, parou o automóvel e acionou o controle remoto, em atitude visando a segurança própria e dos demais moradores. Não obstante, a autora não conseguiu demonstrar que o acionamento do controle remoto, pela ré Fernanda, era ação vedada. O comunicado de fls. 63 apenas informa que "*foi instalado no portão da garagem um temporizador (timer 20 segundos)*".

Lado outro, a perícia técnica indica que a autora não observou o fechamento do portão, seja por acionamento do veículo da frente, seja por lapso temporal programado, dando assim azo ao acidente. É o que indica a sequência de fotos de fls. 275/276.

De fato, a conduta da autora caracteriza o chamado "vácuo", tratado no comunicado do condomínio. Ou seja, a autora, ao invés de aguardar o fechamento total do portão para acionar a abertura, tentou aproveitar a abertura comandada pelo veículo da ré.

No tocante à alegada falha do sistema instalado no condomínio, razão não assiste à autora. Isso porque o sistema de abertura e fechamento do portão não apresentou defeito. O que se verifica, de fato, é o seu mau uso pela autora, que tentou se aproveitar da entrada do automóvel da ré Fernanda para ingressar na garagem.

Logo, o dano sofrido se deu por ato da própria autora.

Desta forma, de rigor o provimento do recurso do condomínio, e consequente reforma da r. sentença, para julgar totalmente improcedente a ação movida pela autora. A autora arcará integralmente com as custas e despesas processuais, além da totalidade dos honorários advocatícios, fixados na r. sentença.

Tendo em vista o desprovimento do apelo da autora, consoante dispõem os §§ 2° e 11, do art. 85, do CPC/2015, majoro os honorários advocatícios fixados em favor dos patronos da corré Fernanda para R$2.000,00, observada a gratuidade de justiça.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA E DOU PROVIMENTO AO RECURSO DO CONDOMÍNIO RÉU.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002306-54.2017.8.26.0704, da Comarca de São Paulo, em que é apelante CIRCUITO AUTOMÓVEIS LTDA., é apelada BANCO BRADESCO CARTÕES S.A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.557)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente), MARIO DE OLIVEIRA e FERNANDO SASTRE REDONDO.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

SPENCER ALMEIDA FERREIRA, Relator

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Sentença de improcedência - Recurso da autora - Existência de impedimento contratual relacionado com o ato de desmembrar o preço de uma mesma transação em mais de uma nota de Despesa - Requerido que comprovou que autora tinha ciência de que a entrega do bem não poderia ter ocorrido, conforme áudio da conversa entre apelante e banco juntado aos autos - Autora que por livre deliberação tirou ilações sobre a aceitação do ato pelo réu que, em decorrência do primitivo registro da transação, emitiu fatura na qual constou o valor da transação que, por descumprimento das regras contratuais, foi cancelada - Reconhecimento pelo Magistrado de que não ocorreu ato doloso ou culposo do réu que pudesse dar lastro à responsabilização dele por dano - Sentença de improcedência confirmada - RATIFICAÇÃO DO JULGADO - Hipótese em que a sentença avaliou corretamente os elementos fáticos e jurídicos apresentados pelas partes, dando à causa o justo deslinde necessário - Artigo 252, do Regimento

Acesso ao Sumário

Interno do TJSP - Aplicabilidade - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

1.- A sentença de fls. 210/212, complementada pela decisão que rejeitou os embargos declaratórios, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico de 01/11/2017, cujo relatório é adotado, julgou improcedente a ação condenatória e condenou a autora no pagamento das despesas processuais e dos honorários fixados em dez por cento (10%) do valor atualizado da causa (fls. 08), para guardar proporção como trabalho produzido (CPC, art. 85, § 2º). Extingo a fase de conhecimento, nos termos do inc. I do art. 487 do Código de Processo Civil.

Recorreu a autora às fls. 225/232, buscando a reforma do julgado. Alega, em síntese, que "a apelada concedera limite de crédito para o seu associado suficiente para a realização do negócio, autorizou a transação, creditou o valor na conta da Apelante e, por fim, lançou o débito na conta do comprador. Por outro lado, a Apelante, embora tenha cumprido com todas as suas obrigações, amarga um prejuízo superior a R$ 400.000,00". Argumenta que "jamais expressou conhecimento sobre o impedimento contratual relacionado com o ato de desmembrar o preço de uma mesma transação em mais de uma nota de despesa. mais que isso, o fracionamento da transação não foi motivo da recusa da Apelada ao pagamento. Tanto assim, que nas trocas de mensagens, a Apelada declarou expressamente que 'solicitamos o envio de cópia da nota de despesa e junto a ela outros documentos tais como: nota fiscal, documento da entrega de mercadoria ou similar nos prazo de 20 dias para regularização'; Ora, se a Apelada solicitava, entre outros documentos, comprovante de entrega da mercadoria, é porque a transação estava autorizada e arrematada e com o atendimento da solicitação, a questão estava solucionada. A solicitação da Apelante para o cancelamento da operação não foi atendida pela Apelada que, ao revés, prosseguiu com as providências complementares do negócio, ou seja, pediu comprovação da entrega da mercadoria, efetuou o crédito na conta da Apelante e emitiu o boleto contra o comprador. A Apelante não tirou ilações sobre a aceitação do ato pelo réu, mas cumpriu estritamente o que foi acordado e documento, atendendo e cumprindo todas as solicitações, inclusive comprovar a entrega dos veículos ao comprador, vendo a transação completada e arrematada. Por fim, contrariamente ao que proclama a respeitável sentença, a transação jamais foi cancelada. Apenas e tão somente, 10 dias após exigir a apresentação das notas fiscais, comprovação de entrega dos veículos, creditar o valor na conta da Apelante e, por fim, lançar o débito na fatura do comprador é que a Apelada enviou um comunicado unilateral informando que o valor seria debitado da conta." Assim, requer o provimento do recurso para que apelada seja condenada no pagamento do valor de R$ 396.000,00, devidamente acrescidos de juros e

Acesso ao Sumário

correção monetária, bem como com a inversão da sucumbência.

Recurso tempestivo, preparado e respondido (fls. 238/246).

É o relatório.

2.- A sentença prolatada pelo juízo de primeiro grau avaliou corretamente os elementos fáticos e jurídicos apresentados pelas partes, dando à causa o justo deslinde que se impõe. *In verbis*:

"(...)

A responsabilização do réu pelo dano alegado pela autora é inviável. A autora expressou o conhecimento sobre o impedimento contratual relacionado com o ato de 'desmembrar o preço de uma mesma Transação em mais de uma Nota de Despesa' (fls. 101/130, cláusula XII, item 12.2, al. 'ii'), tanto assim que consultou o réu a respeito da validação do ato e, posteriormente, pleiteou o cancelamento da transação, sob o referido fundamento (fls. 20). Fundado nessa mesma disposição contratual, o réu noticiou a recusa à aceitação da transação (fls. 25). Ocorre que a autora, por livre deliberação sua, tirou ilações sobre a aceitação do ato pelo réu que, em decorrência do primitivo registro da transação, emitiu fatura na qual constou o valor da transação que, por descumprimento das regras contratuais, foi cancelada. Dessa maneira, inocorreu ato doloso ou culposo do réu que pudesse dar lastro à responsabilização dele por dano - afinal, a autora atropelou os atos e, com seu proceder, deu azo ao desencontro ou tumulto nos atos negociais. Assim, a improcedência é de rigor.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a ação condenatória que CIRCUITO AUTOMÓVEIS LTDA. moveu contra BANCO BRADESCO CARTÕES S.A. e condeno a autora no pagamento das despesas processuais e dos honorários que fixo em dez por cento (10%) do valor atualizado da causa (fls. 08), para guardar proporção com o trabalho produzido (CPC, art. 85, § 2º). Extingo a fase de conhecimento, nos termos do inc. I do art. 487 do Código de Processo Civil." (fls. 211/212).

As alegações trazidas nas razões recursais, na verdade, podem ser entendidas como reiteração daquelas matérias de direito e/ou de fato já resolvidas, motivo pelo qual é mesmo desnecessário qualquer acréscimo ou modificação na fundamentação contida no *decisum*.

Ressalte-se, especificamente, que a autora-apelante tinha ciência de que a entrega do bem não poderia ter ocorrido, conforme foi comprovado pelo requerido no áudio da conversa entre apelante e banco juntado aos autos.

No caso em exame, pode-se verificar que mesmo com tal conhecimento a autora entregou o veículo, motivo pelo qual o requerido não pode ser punido pela atitude unilateral da apelante.

Acrescente-se que, conforme informado pelo apelado "o procedimento de venda de veículo no cartão de crédito, como feito pelo Apelante, quando se

Acesso ao Sumário

trata de lojas de automóveis, as compras de bens realizadas via cartão de crédito não possuem sua respectiva entrega no ato da compra, tal fato se dá em razão de existir uma análise para tal aprovação. Destacamos que tal procedimento é sabido pelo Autor, tanto é que o mesmo não realizou a entrega dos veículos para o comprador no momento da compra".

O procedimento da ré encontra respaldo na cláusula 24ª (vigésima quarta) do contrato de fls. 126 firmado com a autora (que não é abusiva e, logo, não é nula, cumpre frisar), segundo a qual restou estabelecido e acordado que a venda dos veículos deveriam obedecer concomitantemente 3 (três) requisitos:

> "**Venda de Veículos Motorizados**. O Estabelecimento que atuar no ramo de venda de veículos motorizados poderá proceder à Transação por meio dos Cartões American Express somente se: (i) transferir a propriedade do veículo ao Associado; (ii) o valor da Despesa não exceder o preço total do veículo, após a dedução de descontos, entrada em espécie e valores de outros veículos dados como entrada; e (iiii) obtiver o Código de Autorização da Rede de Estabelecimentos American Express para o valor total da Despesa. O Banco reserva-se o direito de exercer prontamente o direito de Recurso de Débito sobre todas as Despesas em todos os casos de controvérsias com o Associado, sem prévia consulta ao Estabelecimento."

Na hipótese dos autos, a autora não obteve o código de autorização de rede de estabelecimento American Express para o valor total da despesa, informou o apelado que ela apenas apresenta aos autos somente a AUTORIZAÇÃO DE COMPRA, porém, não traz o CÓDIGO DE AUTORIZAÇÃO DA REDE AMERICAN EXPRESS, documento necessário para aprovação da compra.

Observa-se que o próprio apelante afirmou em sua exordial que o Banco Apelado prontamente entrou em contato com sua loja, solicitando documentos para liberação da compra realizada (fls. 03), sendo certo que por meio do áudio juntado pelo apelado o apelante foi informado pela atendente que não deveria entregar os veículos pois a venda fora cancelada.

Deve ser registrado que o Apelante enviou e-mail informando sobre o cancelamento da compra (fls. 20), contudo posteriormente realizou a entrega do bem, mesmo orientado pela funcionária do Apelado à não proceder tal entrega.

De outra parte, muito embora tenha o apelante afirmado em sua exordial que somente entregou os veículos quando seu cliente lhe procurou com a fatura do seu cartão de crédito em mãos, contudo, é certo que a fatura de cartão de crédito apresentada por qualquer cliente não obriga o Apelante à entrega dos veículos, visto que a compra havia sido cancelada em 28.09.2016, portanto sem prazo hábil para estorno na fatura do mês de Outubro, o qual já havia sido encaminhada ao cliente ou em iminência de envio.

Diante desse cenário, pode-se concluir que o apelado não cometeu nenhum

Acesso ao Sumário

ato ilícito contra a parte autora, de modo que não se há falar em indenização por danos materiais, não restando comprovadas as alegações da parte autora, como bem reconheceu o magistrado.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "(...) MONITORIA - Contrato de afiliação de estabelecimentos ao sistema 'AMERICAN EXPRESS' - A autora-Embargada não cumpriu com a cláusula 9.5.1 (O estabelecimento não poderá dividir ou diminuir o valor da cada venda e/ou prestação de serviços em mais de uma nota de despesas) - Em virtude do descumprimento de tal cláusula, o Réu-Apelante ficou impossibilitado de cobrar do adquirente das mercadorias o valor ora cobrado pela autora-Apelada - Contrato tipificado como 'bilateral' - Artigo 476, do Código Civil de 2002 - Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro - Cumpria, no caso, à autora-Apelada ter cumprido com a sua obrigação contratual ('PACTA SUNT SERVANDA') para, após, exigir o cumprimento da obrigação do Réu-Apelante - Embargos à monitoria procedentes e improcedente a ação monitoria - Recurso provido."[1]

Portanto, o recurso não comporta acolhimento, pois a sentença conheceu dos fundamentos fático-jurídicos controversos com inteira aplicação do direito positivo vigente e correta interpretação na composição da lide.

O Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em vigor desde 4 de novembro de 2010, estabelece que:

> Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente fundamentada, houver de mantê-la.

Assim, nos termos do art. 252 do Regimento Interno, ratifico os fundamentos da r. sentença recorrida, mantendo-a, eis que suficientemente motivada.

Finalmente, diante da manutenção da sentença e o não provimento do recurso, cabível a majoração da verba honorária pelo acréscimo de trabalho ao advogado na fase recursal, conforme preconizado no artigo 85, § 11, do CPC, majorando-se os honorários anteriormente fixados em 10% (dez por cento) para 12% (doze por cento) sobre o valor da causa.

3.- Ante o exposto, **nega-se** provimento ao recurso, nos termos da fundamentação.

Acesso ao Sumário

1 Apelação nº 0032960-52.2008.8.26.0576 (990.10.437725-0), Rel. Des. Paulo Hatanaka, j. 11.03.2011.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004493-23.2014.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante R.A.S. (MENOR) REPRESENTADO, é apelado COLÉGIO VIVO EIRELI EPP.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencido o 3º Juiz. Na forma do artigo 942, §1º, do CPC, prosseguiu-se o julgamento, integrando a turma julgadora o Senhor Desembargador Eros Piceli como 4º Juiz e o Senhor Desembargador Sá Duarte como 5º Juiz, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencidos o 3º Juiz e o 5º Juiz.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38131)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ EURICO (Presidente), MARIO A. SILVEIRA, SÁ MOREIRA DE OLIVEIRA, EROS PICELI e SÁ DUARTE.

São Paulo, 1º de abril de 2019.

LUIZ EURICO, Relator

Ementa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - IMPROCEDENTE - ACIDENTE EM ESCOLA - QUEDA DO ESCORREGADOR - FRATURA DO BRAÇO - CULPA DA ESCOLA NÃO CARACTERIZADA - AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA REPARAÇÃO CIVIL - DECISÃO MANTIDA - APELAÇÃO NÃO PROVIDA

VOTO

Ação de reparação de danos materiais e morais, não acolhida pela r. sentença de fls. 402/410, cujo relatório fica aqui incorporado.

Inconformada com a solução de primeiro grau, apela a esta Corte o autor ***R.A.S. menor representado por sua mãe M.F.O.S.*** (fls. 418/429).

Alega, em suma, a existência de dano de ordem material e moral a ser indenizado em razão de acidente ocorrido na escola de educação infantil, ao sofrer lesões decorrentes de queda.

Pugna, pela reforma da decisão.

Recurso regularmente processado, com resposta do Apelado a fls. 432/438.

Acesso ao Sumário

Consta parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fls.442/443) manifestando pela procedência do feito.

É o relatório.

No caso dos autos, pleiteiam os apelantes serem indenizados pelos danos morais e materiais que alegam ter sofrido em razão da ocorrência de um acidente sofrido na escola em que estuda.

Relata que firmou contrato de prestação de serviços educacionais com a ré, matriculando seu filho na educação infantil. Afirma que no dia 23 de janeiro de 2014, deixou a criança na escola pela manhã e ao retornar para busca-la à tarde, foi avisada que a criança havia caído do escorregador, sem consequências graves, porém reclamava de dor. Dirigiu-se ao hospital onde foi diagnosticado "fratura da cabeça do rádio" em razão de queda.

Não houve falha na prestação de serviços, mas mera fatalidade, comum na faixa etária do autor (quatro anos).

O acidente ocorreu no curso de brincadeira em equipamento infantil (escorregador), atividade frequente, para a qual não se pode exigir vigilância extraordinária e individualizada que refoge ao costume cotidiano na faixa etária do demandante.

Acidentes infantis frequentes, muitas vezes inevitáveis, que perneiam a atmosfera lúdica.

No caso, ao que se infere dos elementos dos autos, o incidente foi súbito e de discreta constatação, sem a presença de sintomas anômalos, que pudessem indicar, de pronto, a efetiva consequência ao físico da criança.

É possível concluir que, embora se lamente e se reconheça o quanto foi traumático o fato ocorrido com a vítima, não há como imputar à apelante responsabilidade pelo evento danoso, uma vez que inexiste nos autos prova suficientes para amparar um decreto condenatório.

A responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar o dano sofrido por outrem, provém do ato ilícito, caracterizando-se pela violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular.

Inexiste o dever de indenizar, se não demonstrado por aquele que o pleiteia os requisitos ensejadores da reparação civil.

O apelo foi respondido, em razão disso, fixo em R$1.000,00 (um mil reais) os honorários recursais devidos em favor da parte apelada, em consideração aos trabalhos adicionais em grau de recurso.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000256-08.2018.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante ENERGISA SUL SUDESTE DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S/A, é apelada PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Em julgamento estendido, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso, vencido o Relator sorteado, que declara, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 20419)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MORAIS PUCCI, vencedor, GILBERTO LEME, vencido, MELO BUENO (Presidente), FLAVIO ABRAMOVICI E SERGIO ALFIERI.

São Paulo, 4 de abril de 2019.

MORAIS PUCCI, Relator Designado

Ementa: Ação regressiva da seguradora em relação à concessionária distribuidora de eletricidade pelos valores por ela pagos a título de indenização securitária ao segurado, pela queima de equipamentos. Sentença de procedência. Apelação da ré.

Prova documental suficiente para comprovar o nexo de causalidade entre os danos nos equipamentos e a sobrecarga de energia em razão de descarga elétrica na rede de distribuição de eletricidade da ré.

Responsabilidade objetiva da concessionária nos termos do art. 14 do CDC e art. 37, § 6º da CF por sobrecarga elétrica em sua rede, ainda que oriunda de descargas atmosféricas (raio), eventos que são previsíveis e inseridos nos riscos da atividade da ré. Sentença mantida. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Adoto o relatório elaborado pelo ilustre Relator sorteado.

Pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Trata-se de ação regressiva, no qual a seguradora autora persegue a condenação da ré no pagamento da quantia de R$ 4.235,00, referente à indenização por ela paga ao segurado Zanon Comércio de Produtos, por queima de equipamentos elétricos.

De início, vale ressaltar que com o pagamento da indenização securitária a seguradora autora se sub-roga nos direitos dos segurados, consumidores de eletricidade, em relação à concessionária ré.

A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores (art. 349 do CC).

Assim, a condição de consumidor do segurado, se transmitiu à seguradora autora pela sub-rogação.

Nesse sentido, aliás, há precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO REGRESSIVA DA SEGURADORA CONTRA EMPRESA FORNECEDORA DE ENERGIA ELÉTRICA - RELAÇÃO DE CONSUMO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SÚMULA 83/STJ - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. 1.- Concluiu o Acórdão recorrido que a relação entre a segurada e a Agravante é de consumo. Assim, incide o Código de Defesa do Consumidor na relação estabelecida entre a Seguradora - que se sub-rogou nos direitos da segurada - e a Agravante. Precedentes. Incidência da Súmula 83 desta Corte. 2.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 426.017/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 19/12/2013)

Aplicável, pois, o CDC ao caso.

A concessionária ré, na qualidade de prestadora de serviço público, responde objetivamente pelos danos causados a seus usuários e a terceiros em razão de defeitos em seus serviços, nos termos do art. 37, § 6º, do CF e art. 14 do CDC, bastando a comprovação do nexo causal e do dano experimentado.

Saliente-se que nos termos do art. 14 do CDC "*o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*".

Ou seja, nem há que se falar em inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII do CDC, pois a própria lei já atribui ao fornecedor dos serviços o ônus de provar a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor (art. 14, § 3º, I e II do CDC)

Na hipótese, a seguradora, a fim de provar o nexo de causalidade entre a queima dos equipamentos e a alegada sobrecarga de tensão, trouxe com a inicial o laudo de sinistro (f.30), aviso de sinistro (f.34), laudos técnicos (f.35/36) e relatório de sinistro (f.39/42), documentos que confirmam que os equipamentos foram danificados por descarga atmosférica.

Acesso ao Sumário

Resguardado o entendimento do Relator Sorteado, a prova documental trazida pela seguradora é suficiente para comprovar o nexo de causalidade entre os danos narrados e a sobrecarga na rede elétrica.

A ré, por sua vez, não trouxe qualquer documento aos autos. Nem se alegue cerceamento do direito de defesa pela impossibilidade de perícia nos equipamentos ante o conserto, pois como já dito, a ré, como detentora de toda a tecnologia que envolve a prestação dos serviços de energia elétrica, tinha a possibilidade de comprovar a regularidade de seus serviços trazendo os históricos das sobrecargas em sua rede.

Não bastasse, as descargas atmosféricas quando atingem a rede elétrica, não excluem a responsabilidade objetiva da concessionária, pois as quedas de raios são eventos previsíveis inseridos nos riscos da atividade da ré.

Assim, cabe à concessionária de energia elétrica adotar medidas protetivas para evitar a propagação das descargas elétricas e garantir a segurança de sua rede elétrica.

Diferente é a situação em que a descarga atmosférica (raio) atinge diretamente o imóvel do usuário, pois, neste caso, os danos foram causados diretamente pelo raio, sem qualquer participação da rede elétrica da ré, o que não ficou demonstrado no caso dos autos.

Nesse sentido, aliás, menciono precedentes deste E. Tribunal:

"Ação regressiva de ressarcimento - Oscilação de energia que danificou os equipamentos eletrônicos do segurado - Aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil objetiva, de assunção de risco administrativo, dada à qualidade de prestadora de serviço público da ré - Exegese no art. 37, §6º, da Constituição Federal c.c. art. 14 do CDC - Oscilação de voltagem, sobrecarga e queda de energia e descargas elétricas (raio) - Eventos previsíveis que não configuram força maior ou caso fortuito, por se inserir no risco da atividade lucrativa explorada pela concessionária, possuindo meios de controlar a oscilação na tensão - Precedentes - Demais questões mantidas conforme r. sentença pelos seus fundamentos - Recurso não provido." (TJSP; Apelação 1083923-39.2016.8.26.0100; Relator (a): Roberto Mac Cracken; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/08/2017; Data de Registro: 22/08/2017)

"AÇÃO REGRESSIVA - RESSARCIMENTO DE DANOS - SEGURO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ENERGIA ELÉTRICA - DESCARGA ELÉTRICA QUE DANIFICOU EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS DO SEGURADO - I- Desnecessidade de pedido administrativo de ressarcimento de danos elétricos, com base na Resolução nº 414/2010 da Aneel, posto que esta não se sobrepõe ao direito de ação, constitucionalmente garantido - Procedimento estabelecido pela Resolução nº 414/2010 da Aneel que diz respeito ao requerimento

Acesso ao Sumário

de reparação pela via administrativa, não havendo fundamento legal para condicionar a utilização da via judicial a tal procedimento - II- Aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil objetiva, de assunção de risco administrativo, dada à qualidade de prestadora de serviço público da ré - Inteligência do art. 37, §6º, da CF, e do art. 14 do CDC - Aparelhos elétricos instalados na casa do segurado que sofreram danos causados por descargas elétricas produzidas por raios - Fenômenos naturais que não configuram caso fortuito capaz de elidir a responsabilidade da concessionária de serviço público, pois eventos previsíveis, inserindo-se no risco de sua própria atividade - Ocorrência de raio que configura fortuito interno, que é aquele que está intimamente relacionado à atividade desenvolvida pela empresa ré, razão pela qual não rompe o nexo de causalidade - Incumbe à ré realizar a manutenção da rede elétrica e se valer de equipamentos que reduzam os efeitos desses fenômenos naturais que são intrínsecos à sua atividade - Nexo causal entre o evento e os danos materiais efetivamente comprovado - Ressarcimento devido - Ação procedente - Ônus sucumbenciais carreados à ré - Apelo provido." (TJSP; Apelação 1083902-63.2016.8.26.0100; Relator (a): Salles Vieira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 43ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/08/2017; Data de Registro: 21/08/2017)

Assim, considerando-se que restou comprovado o nexo de causalidade e o pagamento da indenização, pois a ré trouxe aos autos o comprovante de transferência bancária da indenização ao segurado (f.257/258), a procedência da ação era mesmo medida de rigor.

Deixo de majorar os honorários sucumbenciais, porque já fixados em seu percentual máximo.

Pelo meu voto, portanto, nego provimento ao recurso.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 22.866)

Trata-se de recurso de apelação interposto à r. sentença de fls. 268/279, que julgou procedente a pretensão inicial para condenar a ré a ressarcir à autora o valor de R$ 3.441,50, corrigidos monetariamente e com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir do desembolso (16.02.2017), além do montante de R$ 793,50, a ser corrigido monetariamente e juros de mora de 1% ao mês, ambos contados desde o repasse do valor ao segurado (23.03.2017), nos termos do art. 487, inciso I, do CPC. Em razão da sucumbência, a empresa ré arcará com o pagamento das custas processuais suportadas pela autora (fl. 49/55) e honorários do patrono da seguradora requerente arbitrados em 20% sobre o valor das condenações pecuniárias especificadas, nos termos do art. 85, §2º, do mesmo diploma legal.

Acesso ao Sumário

Apela a ré (fl. 282/313) pretendendo a reforma integral da sentença. Invoca preliminar de cerceamento de defesa pela ausência de produção de prova pericial. Destaca ausência de intimação da apelante para manifestação sobre os documentos anexados com a réplica (art. 437, § 1.º, CPC). Sustenta ausência de interesse de agir pela falta de pedido administrativo.

Afirma que a seguradora ao realizar os procedimentos quanto à regularização dos sinistros não ficou na posse de nenhum dos objetos supostamente danificados, o que impede a realização da perícia necessária para o deslinde da causa. Ressalta que a mera juntada de *print* de seu sistema interno de computação não pode servir como prova da ocorrência dos fatos, tendo em vista ser produzido unilateralmente. Invoca aplicação da resolução normativa n.º 414/2010 da ANEEL. Argumenta inexistir nexo causal entre as atividades da apelante e os danos que a autora pretende sejam ressarcidos, decorrentes da indenização paga a seus segurados.

Apelação interposta em 26.10.2018, tempestiva pela publicação da r. sentença em 04.10.2018, preparado e respondido (fl. 319/346).

É o relatório.

Narra a petição inicial que a autora indenizou seu cliente-segurado que teve eletroeletrônicos danificados por falha na rede elétrica da ré, a qual não suportou descargas elétricas ocorrida em 24.1.2017 na unidade consumidora. Diante das indenizações securitárias pagas pela autora ao segurado, sub-rogou-se nos direitos e ajuizou a presente ação contra a ré, prestadora do serviço de fornecimento de energia elétrica. Pugna pelo recebimento de R$ 4.235,00.

Em contestação a ré alega não ter sido acostado documento que demonstre a regulação do sinistro, nos termos da súmula 188 do STF, e comprovação do pagamento realizado. Ainda em preliminar suscita falta de interesse de agir pela ausência de reclamação pela via administrativa. Ressalta não ter sido constatado pela ré qualquer ocorrência na unidade da segurada na data mencionada como tendo ocorrido os sinistros. No mérito, destaca ser necessária a comprovação de que a segurada não deu causa ao evento danoso, ainda que tenha havido responsabilidade da companhia de energia elétrica. Argumenta ser necessária a realização de perícia nos aparelhos danificados. Afirma que a juntada de *print* do sistema interno da seguradora não serve como prova de pagamento nem vale como recibo emitido pela segurada. Destaca aplicabilidade da Resolução Normativa n.º 414/2010 da ANEEL. Diz não haver nexo causal entre os danos reclamados na inicial e eventuais problemas na rede elétrica que atende a unidade consumidora da segurada da autora (fls.66/99).

As preliminares se confundem com o mérito e com ele serão analisadas.

Nos termos do art. 210 da Resolução 414/2010, já vigente quando da ocorrência dos alegados danos, "a distribuidora responde, independente da

Acesso ao Sumário

existência de culpa, pelos danos elétricos causados a equipamentos elétricos instalados em unidades consumidoras, nos termos do art. 203."

Mas, continua no parágrafo único: "A distribuidora só pode eximir-se do dever de ressarcir, quando: (...) III - comprovar que o dano foi ocasionado pelo uso incorreto do equipamento ou por defeitos gerados a partir da unidade consumidora;"

Infere-se, portanto, que a responsabilidade das concessionárias de serviços públicos é objetiva (CF, artigo 37, § 6.º), devendo elas responder, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores decorrentes de defeitos na prestação dos serviços.

A responsabilidade objetiva é aquela cuja atribuição independe de dolo ou de culpa, ocorrendo simplesmente pelo risco da atividade e só admitindo excludentes relativas a caso fortuito, força maior ou culpa do particular.

Nesse diapasão, a responsabilidade civil da concessionária assenta-se na equação binária: dano e autoria do evento danoso, sem cogitar a culpa.

Porém, no caso em tela há divergência entre as partes acerca das ocorrências ou não da má prestação do serviço pela ré, a qual alega que na data mencionada o fornecimento de energia no local do sinistro foi regular, não ocorrendo qualquer oscilação.

Segundo se verifica dos documentos acostados com a petição inicial e das afirmações da autora, os equipamentos danificados não foram preservados para perícia, tendo sido reparados pela autora à época, sem que com isso possa ser efetuada a perícia, ainda que indireta.

Embora tenha a autora instruído os autos com laudo das assistências técnicas para as quais foram levados os equipamentos danificados, consigna-se que os aludidos documentos foram elaborados unilateralmente.

Referido laudos nem mesmo são conclusivos, pois afirmam, sem qualquer comprovação, defeitos devido à descarga elétrica (raio) (fl. 35/36).

Acesso ao Sumário

Ressalta-se que nem mesmo foi possível designação para perícia oficial a fim de averiguar os equipamentos danificados, pois a autora esclareceu que referidos equipamentos já tinham sido reparados e outros substituídos.

E, não há dúvida que o ônus probatório acerca da ocorrência ou não da oscilação de energia incumbia exclusivamente à autora, por se tratar de fato constitutivo de seu direito (art. 373, inciso I, do NCPC).

Em que pese à discussão que poderia ser levantada acerca da transferência da qualidade de consumidor do segurado à seguradora quando da sub-rogação, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor não altera o disposto no art. 333 da lei processual, pois a inversão do ônus da prova prevista no art. 6.º, inciso VIII, do CDC não tem aplicação automática, sendo imprescindível a

verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência. Somente nas hipóteses do art. 18 da legislação consumerista (correção da informação ou comunicação publicitária) é que a inversão é automática. Além disso, não há como obrigar a ré a produzir prova de fato negativo, qual seja, que não ocorreu a oscilação de energia na residência do segurado da autora.

Assim, indispensável a comprovação efetiva do nexo de causalidade entre as supostas oscilações de energia e a queima dos equipamentos existentes na residência da segurada da autora.

Ocorre que mesmo após o reparo dos equipamentos, as peças que foram substituídas deveriam ter sido preservadas, o que não ocorreu. Aliás, a concessionária nem mesmo participou das vistorias, que como já mencionado, foram produzidas unilateralmente.

Assim, diante da controvérsia entre as partes, sobre a inocorrência de oscilação de energia a ensejar a queima dos aparelhos, caberia à autora, nos termos do art. 373, inc. I, do NCPC, a prova irrefutável dos fatos. Entretanto, em vez de produzir demais provas, ainda que testemunhais de forma a comprovar suas alegações, preferiu a inércia.

Dessa forma, em razão da ausência de elementos de convicção efetivos dos fatos, de rigor a reforma da sentença, para julgar a ação improcedente, devendo a autora responder pelas custas processuais e os honorários advocatícios ora fixados em R$ 1.500,00, por equidade, atualizados monetariamente desde este julgamento e com juros de mora de 1% ao mês do trânsito em julgado.

Pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

GILBERTO LEME, Desembargador, Relator sorteado vencido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0019673-90.2011.8.26.0099, da Comarca de Bragança Paulista, em que é apelante EDITORA RIO S/A, é apelado SIMONE DE OLIVEIRA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.449)**

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

São Paulo, 3 de abril de 2019.

Acesso ao Sumário

MARCOS RAMOS, Relator

Ementa: Prestação de serviços - Assinatura de revista - Ação declaratória de inexigibilidade de débito, com pleito cumulado de indenização por danos morais - Demanda de consumidora em face de pessoa jurídica - Sentença de parcial procedência - Recurso da ré - Manutenção do julgado - Cabimento - Autora que foi ludibriada por representante da ré, que lhe ofereceu, na via pública, um exemplar gratuito da publicação mediante apresentação de seu cartão de crédito - Dados pessoais que foram utilizados para formalização de assinatura a que jamais anuiu - Ré que não produziu mínima prova acerca da existência de fatos extintivos do direito da autora e que oferecessem higidez à suposta contratação - Inteligência ao art. 373, II, do CPC - Dano moral evidenciado - Problemática que não foi solucionada pela ré na via administrativa. Apelo da ré desprovido.

VOTO

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos da ação declaratória com pleito cumulado de indenização por danos morais, proposta por Simone de Oliveira em face "Editora Peixes" (incorporada pela "Editora Rio S/A"), em que proferida sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida a fim de declarar a inexigibilidade do débito e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais arbitrados em R$ 7.000,00, com incidência de juros de mora e correção monetária a partir da citação, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação - fls. 314/316.

Aduz a requerida que o julgado carece de integral reforma à alegação, em síntese, de que houve regularidade na contratação pela consumidora, mediante entrega voluntária de seu cartão de crédito. Insurge-se, ainda, contra a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, eis que não houve apontamento restritivo em desfavor da autora - fls. 319/330.

O reclamo foi interposto tempestivamente e acompanhado de preparo.

Contrarrazões às fls. 333/346, ao que vieram os autos conclusos a este relator.

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O apelo não comporta acolhimento.

Demanda ajuizada à argumentação de que a autora foi abordada na via pública por representantes da empresa ré, que lhe ofereceram assinatura dos periódicos editados.

Afirmou que houve recusa à contratação, mas que sua atenção foi retribuída com a entrega gratuita de um dos exemplares das revistas da ré, tratando-se de promoção da editora condicionada apenas à exibição de um cartão de crédito.

Apontou que não foram solicitados maiores dados, apenas e tão somente o aludido cartão para efeito de conferência de sua "originalidade", fato que não perdurou por mais do que 07 (sete) segundos.

Entretanto, passados alguns meses foi surpreendida com a cobrança de uma prestação de R$ 73,00 de um total de 06 (seis) parcelas em favor ré/editora.

Afirmou que tentou resolver a questão junto à instituição financeira e contatou a ré acerca do problema, mediante protocolo nº 1-1337403737, tendo sido informada que a dívida seria desconsiderada, mas isso não ocorreu, mesmo após contato realizado no mesmo sentido - protocolo nº 11.337.512.242.

Ante a negativa da instituição de crédito em proceder ao respectivo estorno, e para não ter seu nome inscrito no rol de maus pagadores, houve por bem pagar a dívida e, tendo observado junto à "internet" que a questão enfrentada com a ré era evento recorrente, postulou pela declaração de inexigibilidade do débito e reparação dos danos morais suportados em montante corresponde a 100 vezes o valor do contrato.

Verifico que o douto Magistrado da causa conferiu correto solucionamento à lide, mediante sentença que não comporta modificação.

Em consulta à rede mundial de computadores, este relator observou que a celeuma enfrentada pela autora foi noticiada pelo sítio do Jornal "Estado de São Paulo" em 15.12.2008[1], com a matéria sob o título "Cuidado com o golpe da revista", ocasião em que foram registradas abordagens semelhantes à narrada, variadas queixas em face da mesma editora e depoimento por parte da técnica do PROCON-SP, a identificar a frequência do problema.

A requerida, citada por edital, não trouxe ao feito mínima prova capaz de legitimar a contratação supostamente realizada pela autora, ônus que lhe incumbia, a teor do disposto no art. 373, inciso II, do Código de Processo Civil.

De outro lado, tenho que os prejuízos de ordem moral existiram, não só em virtude do sério constrangimento traduzido pela necessidade de a consumidora percorrer a via administrativa a fim de tentar resolver a problemática, sem êxito, mas também de se socorrer do Poder Judiciário para restabelecer o "status quo ante" e ver reconhecido seu direito.

Por fim, em razão do que preconiza o art. 85, § 11, do Código de Processo

1 (endereço eletrônico constante no texto original). Acesso em 18.02.2019

Acesso ao Sumário

Civil, majoro a verba honorária advocatícia de sucumbência em mais 10%.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo da ré.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0006409-31.2019.8.26.0000, da Comarca de Guarulhos, em que é suscitante 30ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitado 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual do Grupo Especial da Seção do Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "julgaram procedente o conflito para declarar competente a 30ª Câmara de Direito Privado (suscitante) para apreciar a matéria questionada, por votação unânime", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.145/2019)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CORREIA LIMA (Presidente), ANDRADE NETO, JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES, COSTA NETTO, J. B. FRANCO DE GODOI, A.C.MATHIAS COLTRO, GOMES VARJÃO e ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA.

São Paulo, 1º de março de 2019.

MARCONDES D'ANGELO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊCIA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS POR AGRESSÕES FÍSICAS E VERBAIS A ACOMPANHANTE DE PACIENTE EM NOSOCÔMIO. Conflito de competência calcado na natureza da responsabilidade civil discutida, extracontratual ou contratual. Apelação distribuída originariamente à 09ª Câmara de Direito Privado, a qual não conheceu do recurso em razão da matéria

e propôs a sua redistribuição a uma das Câmaras das Subseções de Direito Privado II e III, com competência exclusiva para processar e julgar causas versando sobre prestação de serviços. Redistribuição do processo à Egrégia 30ª Câmara de Direito Privado, a qual não conheceu do recurso ao fundamento de que não havia contrato de prestação de serviços entre as partes, vez que o atendimento médico não havia se iniciado. Descabimento. A competência dos órgãos fracionários do Tribunal se define em razão da matéria, em atenção à causa de pedir e ao pedido contido na inicial (RITJSP, artigo 103). Causa de pedir e pedido amparados em vício dos serviços tomados do nosocômio requerido, tocante ao aspecto da qualidade e segurança. Autora que reclama reparação por ter sido agredida física e verbalmente enquanto aguardava atendimento médico para sua filha. Competência da 30ª Câmara de Direito Privado assentada, em conformidade com o artigo 5º, § 1º, da Resolução nº 623/2013 do Colendo Órgão Especial. Conflito de competência procedente para declarar competente a 30ª Câmara de Direito Privado (suscitante) para conhecer a matéria submetida à apreciação judicial.

VOTO

Vistos.

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 30ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da apelação nº 1038203-65.2016.8.26.0224, a qual não foi conhecida pela 09ª Câmara de Direito Privado, ao fundamento de que o caso versa sobre responsabilidade civil por má prestação de serviços, com competência cabível a uma das câmaras das Subseções de Direito Privado II e III (v. acórdão declinatório às folhas 184/188).

A Egrégia 30ª Câmara de Direito Privado suscita o conflito ao fundamento de que a ação versa sobre ilícito extracontratual, configurado por agressões físicas e verbais a acompanhante de paciente em nosocômio antes mesmo de iniciado o atendimento médico, cuja competência é da Subseção de Direito Privado I, da qual faz parte a Colenda 09ª Câmara que declinou do feito originariamente.

Este é o relatório.

A competência dos órgãos fracionários deste Egrégio Tribunal de Justiça

Acesso ao Sumário

se define em razão da matéria, em atenção à causa de pedir e ao pedido contido na petição inicial (Regimento Interno, artigo 103).

A Resolução n. 623/2013 do Colendo Órgão Especial, na definição da parcela de competência especializada de cada Subseção de Direito deste Tribunal de Justiça, adotou o critério objetivo, levando-se sempre em conta o tipo da demanda proposta e a matéria nela discutida.

A petição inicial narra que, em determinada data, a autora acompanhou sua filha de apenas 05 (cinco) anos de idade às dependências do hospital requerido, com quem entabulou contrato de prestação de serviços médico-hospitalar. E, enquanto aguardava o atendimento médico, se desentendeu com funcionários do prestador de serviços, por má prestação de serviços, vindo a ser agredida física e moralmente.

Os documentos contratuais vinculativos estão anexados à petição inicial, a comprovar a prestação de serviços médico-hospitalares por atendimento de convênio médico do qual faz parte a autora.

A ação está fulcrada em responsabilidade civil pelo fato do serviço, não havendo se cogitar da falta de contratação porque os serviços médicos não haviam se iniciado (entendimento do voto condutor da Egrégia 30ª Câmara de Direito Privado para declinar do feito).

Assim, tendo em vista que a Resolução nº 623/2013 do Colendo Órgão Especial contém previsão, em seu artigo 5º, § 1º, no sentido de que "serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pela 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a 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", é caso de se rejeitar o presente conflito de competência, por caber à Egrégia 30ª Câmara processar e julgar o feito.

Enfim, versando a ação sobre responsabilidade civil de natureza contratual, decorrente de má prestação de serviços no âmbito da qualidade e segurança deles esperada, a competência para processar e julgar o feito é da 30ª Câmara de Direito Privado suscitante do presente conflito.

Ante o exposto, julga-se procedente o presente conflito para declarar competente a 30ª Câmara de Direito Privado (suscitante) para apreciar a matéria questionada, nos moldes desta decisão.

Acesso ao Sumário

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 1009534-72.2018.8.26.0566/50000, da Comarca de São Carlos, em que é embargante CONDOMÍNIO EDIFÍCIO SÃO NICOLAU DE FLUE, é embargado SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO - SAAE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram o recurso, com efeito infringente. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37469)**

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

São Paulo, 5 de março de 2019.

ROQUE ANTONIO MESQUITA DE OLIVEIRA, Relator

Ementa: RECURSO - Embargos de declaração - Alegação de existência de omissão no v. aresto - Admissibilidade - Constatada a existência de omissão em relação a majoração dos honorários advocatícios, na forma do artigo 85, § 11, do CPC/15 - Honorários advocatícios majorados em 12% (doze por cento) ou 10% (dez por cento), nas hipóteses dos incisos I ou II, do § 3º, do artigo 85 do CPC/15 - Omissão constatada e sanada - Embargos acolhidos, com efeito infringente.

Acesso ao Sumário

VOTO

1) Cuidam-se de embargos de declaração opostos em face do v. acórdão de folhas 300/307, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela ora embargada.

Sustenta o embargante, nas razões dos embargos declaratórios (folhas 01/02), a existência de omissão no v. acórdão, que apesar de negar provimento ao recurso de apelação interposto pela embargada, deixou de majorar os honorários advocatícios fixados em favor do embargante, na forma do artigo 85, § 11, do CPC/15.

A parte contrária foi intimada para, querendo, se manifestar sobre o

recurso, e nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução 549/2011, os interessados foram intimados acerca do julgamento virtual (folha 04).

A embargada apresentou manifestação em folhas 06/07.

Todavia, não ocorreu nenhuma manifestação acerca do julgamento virtual, conforme certidão de folha 09.

Recurso regularmente processado. É o relatório.

2) Com efeito, dispõe o artigo 1.022, do CPC/2015:

"Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material."

Em comentários ao referido dispositivo, anotam os Ilustres Professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em sua conhecida obra "Código de Processo Civil Comentado", 16ª edição, 2016, Editora RT, página 2277:

"**Finalidade**. Os EmbDcl têm finalidade de completar a decisão omissa ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não têm caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório. Prestam-se também à correção de erro material. Como regra, não tem caráter substitutivo, modificador ou infringente do julgado (...). Não mais cabem quando houver *dúvida* na decisão (CPC/1973 535 I, redação da L 8950/94 1º)".

Excepcionalmente, tal recurso pode ter caráter infringente, "quando utilizados para: a) correção de erro material manifesto; b) suprimento de omissão; c) extirpação de contradição" (autores e obra citada, p. 2279).

THEOTONIO NEGRÃO, em sua conhecida obra sobre o CPC/1973, 30ª edição, página 560, alínea 10 ao artigo 535, anota o seguinte:

"Doutrina e jurisprudência têm admitido o uso de embargos declaratórios com efeito infringente do julgado, mas apenas em caráter excepcional, quando manifesto o equívoco e não existindo no sistema legal outro recurso para a correção do erro cometido" (STJ-4ª Turma, REsp 1.757-SP, relator Min. Sálvio de Figueiredo, j. 13.3.90, deram provimento, v.u., DJU 9.4.90, p. 2.745)".

No caso vertente, a análise dos autos revela que, de fato, há omissão no v. aresto em folhas 300/307, em relação a majoração dos honorários sucumbenciais, na forma do artigo 85, § 11, do CPC/2015.

Assim, considerando que a ação ajuizada pelo ora embargante foi julgada parcialmente procedente, com a condenação da embargada ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos do embargante (fixados em 10%

Acesso ao Sumário

(dez por cento), na hipótese do inciso I, do § 3º, do artigo 85 do CPC, ou em 8% (oito por cento), na hipótese do inciso II, do § 3º, do artigo 85 do CPC), e que o recurso de apelação interposto pela embargada foi rejeitado, se faz de rigor a majoração dos honorários advocatícios, na forma do § 11, do artigo 85 do CPC/15.

Isso porque, diferente do que entendeu a embargada, restaram preenchidos todos os requisitos que autorizam a majoração dos honorários advocatícios, na forma do § 11, do artigo 85, do CPC/15, consistentes na existência de condenação anterior, realização de trabalho adicional e improvimento do recurso interposto pela parte que foi condenada ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Portanto, acolhem-se os presentes embargos de declaração, com atribuição de efeito infringente, para sanar a omissão apontada, e determinar a majoração dos honorários advocatícios fixados em favor dos patronos do embargante, que passarão a ser fixados em: 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, na hipótese do inciso I, do § 3º, do artigo 85 do CPC/15, ou 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, na hipótese do inciso II, do § 3º, do artigo 85 do CPC/15.

3) Ante o exposto, acolhe-se o recurso, com efeito infringente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2219501- 92.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes BAIMEX - BARROSO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., INCORPORADORA PORTO LTDA., URBESA - ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA. e AGRO PECUÁRIA BARROSO LTDA., é embargado NU SKIN BRAZIL LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 21ª 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 48383)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ADEMIR BENEDITO (Presidente), SILVEIRA PAULILO e ITAMAR GAINO.

São Paulo, 8 de março de 2019.

ADEMIR BENEDITO, Relator

Ementa: Embargos de declaração - Omissão - Existência do vício apontado no art. 1.022, do CPC,

Acesso ao Sumário

quanto ao disposto no art. 85, § 11 do CPC - Embargos acolhidos - Decisão reformada em parte.

VOTO

INCORPORADORA PORTO LTDA. E OUTROS opõem embargos de declaração ao v. Acórdão de fls. 214/217, que não conheceu agravo de instrumento interposto pela ora embargada, por ser manifestamente inadmissível.

Aduz a existência de omissão no *decisum*, acerca da aplicação do artigo 85, §11 do CPC, pedindo efeitos modificativos aos presentes embargos.

Contraminuta às fls. 08/09.

É o relatório.

Os embargos devem ser acolhidos.

Há mesmo omissão quanto ao disposto no art. 85, § 11 do Código de Processo Civil, que realmente incide ao caso, uma vez que o agravo de instrumento interposto não foi conhecido, por manifesta improcedência, pois tirado contra sentença que extinguiu o processo, quando, então, deveria ter interposto recurso de apelação.

Pelo exposto, acolhem-se os embargos, para que os honorários advocatícios de sucumbência sejam majorados em 2% sobre o valor da condenação, com fundamento no art. 85, §11 do NCPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2143399-29.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que são embargantes EDIVALDO FERREIRA PIMENTEL (ESPÓLIO), NAIR FERREIRA DA SILVA PIMENTEL (HERDEIRO) e MARISTELA FERREIRA PIMENTEL BARBOSA (HERDEIRO), é embargado BANCO DE LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 23ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram parcialmente os embargos declaratórios, modificando em parte o acórdão hostilizado impugnado, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30655 – Digital)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ MARCOS MARRONE (Presidente), SEBASTIÃO FLÁVIO e PAULO ROBERTO DE SANTANA.

São Paulo, 12 de março de 2019.

Acesso ao Sumário

JOSÉ MARCOS MARRONE, Relator

Ementa: Embargos de declaração - Omissão quanto ao deferimento, na fase de conhecimento, do benefício da justiça gratuita também aos embargantes Edivaldo (espólio) e Nair - Benefício restabelecido na atual fase de cumprimento de sentença também em relação a eles - Observância ao disposto no art. 98, § 3º, do atual CPC, correspondente ao art. 12 da Lei nº 1.060, de 5.2.1950.

Embargos de declaração - Erro material - Ocorrência - Julgado que foi claro ao manter a responsabilidade dos embargantes Edivaldo (espólio) e Nair até o limite da garantia ofertada - Valor atualizado da garantia, não da integralidade do débito exequendo, que deve consistir na base de cálculo da verba honorária de sucumbência devida pelos aludidos embargantes - Base de cálculo da verba honorária que deve corresponder ao valor mencionado na impugnação, aceito na decisão agravada, R$ 230.068,93 - Embargos acolhidos em parte, com modificação parcial do acórdão.

VOTO

1. Trata-se de embargos de declaração (fl. 1), opostos, tempestivamente, contra o acórdão que deu provimento em parte ao agravo de instrumento interposto pelos embargantes (fls. 200/206 dos autos do agravo de instrumento).

Sustentam os embargantes, em síntese, que: o julgado padece de contradição; diferentemente do afirmado no acórdão, o pedido de gratuidade da justiça, por parte do espólio de Edivaldo Ferreira Pimentel e de Nair Ferreira da Silva Pimentel, havia sido deferido na ação monitória, ora em fase de cumprimento de sentença; há, igualmente, omissão no julgado; o imóvel dado em garantia hipotecária pelos embargantes Maristela Ferreira Pimentel Barbosa e Wagner Aparecido Barbosa constitui bem de família, sendo impenhorável; os embargantes que ofertaram a garantia são avalistas do débito discutido, não incidindo o art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/1990, dispositivo legal não analisado pela turma julgadora; também não ficou esclarecido no julgado se o imóvel hipotecado pode ser alienado pelo valor da totalidade da dívida ou até o limite de R$ 60.000,00; o acórdão também não se pronunciou sobre a imerecida inclusão no cálculo da dívida do valor das custas e dos honorários

Acesso ao Sumário

advocatícios, considerando-se a condição de beneficiários da justiça gratuita e a ausência de modificação de sua condição financeira; quando da prolação da sentença condenatória, em 13.11.2014, encontrava-se vigente o art. 20, § 3º, do CPC de 1973, não sendo aplicável, por força do princípio da irretroatividade, o art. 98, § 3º, do atual CPC; as verbas de sucumbência devem ser excluídas do cálculo do débito exequendo; devem ser sanados os vícios apontados (fls. 1/13).

Houve manifestação do banco embargado sobre os embargos em debate (fls. 30/33).

É o relatório.

2. Os ventilados embargos merecem prosperar em parte.

Explicando:

2.1. Constou do voto condutor que a justiça gratuita havia sido deferida no curso da ação monitória, ora em fase de cumprimento de sentença, apenas aos embargantes Wagner Aparecido Barbosa e Maristela Ferreira Pimentel (fl. 202 dos autos do agravo de instrumento), motivo pelo qual somente a eles foi restabelecido o referido benefício (fls. 202, 205 dos autos do agravo de instrumento).

Os embargantes Nair e Edivaldo (espólio), todavia, evidenciaram que havia sido concedido a eles o benefício da gratuidade, conforme decisão proferida em 27.1.2010 na ação monitória (fl. 20 dos autos da ação monitória).

Destarte, deve ser restaurada, na atual fase de cumprimento de sentença, a gratuidade processual, considerando-se a inexistência de indícios de que a situação financeira dos embargantes tenha-se alterado.

Reconhecido o direito de todos os embargantes ao citado benefício, as verbas de sucumbência, compreendidas custas e verba honorária cobrada pelo banco embargado (fls. 18, 19 dos autos da ação monitória), somente podem ser executadas se ficar comprovado que perderam a condição legal de necessitados, nos termos do § 3º do art. 98 do atual CPC, correspondente ao art. 12 da Lei nº 1.060, de 5.2.1950, vigente à época da prolação, em 13.11.2014 (fl. 53 dos autos da ação monitória), da sentença que reconheceu a sucumbência deles.

2.2. Diferentemente do afirmado pelos embargantes Maristela Ferreira Pimentel Barbosa e Wagner Aparecido Barbosa (fls. 7/9), o imóvel oferecido por eles em garantia hipotecária, na condição de avalistas do débito discutido, não constitui bem impenhorável, tendo em vista a aplicação da norma de exceção prevista no art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009, de 29.3.1990 (fl. 9).

Relevante, para descaracterizar a alegação de bem de família, o fato de os embargantes terem garantido, mesmo que como avalistas, a integralidade do débito questionado, oferecendo em hipoteca imóvel, ainda que residencial, de sua propriedade.

Ademais, o julgado foi claro ao manter a responsabilidade solidária e total do débito aos embargantes Maristela Ferreira Pimentel Barbosa e Wagner Aparecido Barbosa.

Confira-se:

"Não deve prosperar, por outro lado, a alegação dos agravantes de que ocorreu excesso de execução.

Ao contrário do sustentado nas razões recursais (fls. 8, 12, 15), o título judicial não limitou a responsabilidade dos agravantes Wagner Aparecido Barbosa e Maristela Ferreira Pimentel Barbosa, avalistas, ao valor de R$ 66.000,00.

A parte dispositiva da sentença proferida na ação monitória foi clara ao responsabilizar os mencionados agravantes, de forma solidária, pela totalidade da dívida, no valor histórico de R$ 730.853,33, atualizado desde o ajuizamento da ação, em consonância com o § 2º do art. 1º da Lei nº 6.899, de 8.4.1981.

Confira-se:

'(...) julgo parcialmente procedentes os pedidos, nos termos do art. 269, I, do CPC [de 1973], para condenar os requeridos Maristela Ferreira Pimentel Promissão ME, Maristela Ferreira Pimentel, Wagner Aparecido Barbosa, solidariamente, solidariamente, e os requeridos Edivaldo Ferreira Pimentel e Nair Ferreira Silva Pimentel, até o limite da garantia ofertada, nos termos da fundamentação supracitada, ao pagamento da dívida no valor de R$ 730.853,33, acrescido de atualização monetária e juros de mora de 1% ao mês a partir do ajuizamento da ação' (fl. 53) (grifo não original).

O acórdão oriundo desta Câmara, proferido na Apelação nº 0174845-90.2009.8.26.0100 (fl. 54), manteve a responsabilidade solidária, assim como pela totalidade da dívida, da empresa 'Maristela Ferreira Pimentel Promissão ME' e de seus avalistas, ora agravantes Wagner Aparecido Barbosa e Maristela Ferreira Pimentel Barbosa (fls. 63, 64).

O único reparo feito pelo citado acórdão em relação à sentença proferida na ação monitória consistiu em 'determinar que os juros moratórios legais incidam sobre o débito a partir da data da citação' (fl. 64).

Para estancar qualquer dúvida sobre a responsabilidade solidária e integral dos agravantes Wagner Aparecido Barbosa e Maristela Ferreira Pimentel Barbosa, transcreve-se o fundamento invocado naquela sentença para tal reconhecimento:

'As pessoas físicas Maristela Ferreira Pimentel e Wagner Aparecido Barbosa, em que pese figurarem como garantidores em escritura pública somente até o limite da dívida, o fato é que figuraram, também, como

Acesso ao Sumário

avalistas dos dois contratos de créditos celebrados com o banco, razão pela qual devem responder pela integralidade da dívida' (fls. 51/52) (grifo não original).

Apenas os agravantes Edivaldo Ferreira Pimentel (falecido) e Nair Ferreira da Silva Pimentel foram responsabilizados pelo débito exequendo até o limite da garantia ofertada (fl. 52), no valor de R$ 60.000,00 (fl. 53).

Há de persistir, destarte, a decisão hostilizada, que, ao rejeitar a alegação dos agravantes de excesso de execução, destacou que:

'O cálculo apresentado pelo exequente está correto e bastante claro. O valor total do débito é de R$ 2.619.783,60 (fl. 3), e todos os réus respondem de forma solidária, com exceção dos executados Edivaldo e Nair, que somente sofrerão débitos até o limite de suas garantias, que na presente data corresponde ao valor indicado na impugnação, qual seja: R$ 230.068,93' (fl. 110)" (fls. 204/205 dos autos do agravo de instrumento).

Assim, o imóvel dado em garantia hipotecária pelos embargantes Maristela Ferreira Pimentel Barbosa e Wagner Aparecido Barbosa responde pela integralidade do aventado débito (fl. 8).

2.3. Por outro lado, deve ser corrigido o erro material constante do item 2.4 do voto condutor, relativamente à base de cálculo do valor dos honorários de sucumbência devidos por Edivaldo Ferreira Pimentel (espólio) e Nair Ferreira da Silva Pimentel.

Constou do voto condutor que:

"Deve ser observado que, quanto a Edivaldo Ferreira Pimentel (espólio) e Nair Ferreira da Silva Pimentel, a base de cálculo da verba honorária, arbitrada em 15% (fl. 66), consista em R$ 2.619.783,60 (fls. 18, 19), já que, em relação a eles, a responsabilidade pelo débito discutido está limitada ao valor histórico da garantia ofertada, R$ 60.000,00 (fls. 53, 64)" (fl. 205 dos autos do agravo de instrumento).

Ocorre que o valor de R$ 2.619.783,60 correspondeu ao valor total do débito em discussão (fl. 19), não ao valor de responsabilidade dos embargantes Edivaldo Ferreira Pimentel (espólio) e Nair Ferreira da Silva Pimentel, o qual foi limitado, como explicitado no voto condutor, ao valor atualizado da garantia ofertada (item 2.3, "b" - fl. 205 dos autos do agravo de instrumento).

Logo, a base de cálculo da verba honorária devida por Edivaldo Ferreira Pimentel (espólio) e Nair Ferreira da Silva Pimentel, arbitrada em 15% sobre o valor da condenação (fls. 53, 66 dos autos do agravo de instrumento), deve corresponder ao montante da garantia atualizado, ou seja, R$ 230.068,93, importância mencionada na impugnação e aceita na decisão agravada (fl. 110 dos autos do agravo de instrumento), contra a qual o banco agravado, ora embargado, não se insurgiu.

Acesso ao Sumário

3. Ante o exposto, acolho parcialmente os embargos declaratórios, modificando em parte o acórdão hostilizado impugnado (fls. 200/206 dos autos do agravo de instrumento), passando a sua parte dispositiva ter a seguinte redação:

4. Nessas condições, dou provimento parcial ao agravo contraposto, reformando em parte a decisão impugnada (fls. 109/110 dos autos do agravo de instrumento), para esses fins:

a) restabelecer o benefício da justiça gratuita outorgado aos agravantes Wagner Aparecido Barbosa, Maristela Ferreira Pimentel Barbosa, Edivaldo Ferreira Pimentel (espólio) e Nair Ferreira da Silva Pimentel;

b) determinar que as verbas de sucumbência sejam excluídas do cálculo apresentado pelo banco embargado (fls. 19, 20 dos autos do agravo de instrumento), somente podendo ser executadas se ficar comprovado que os agravantes perderam a condição legal de necessitados, nos termos do § 3º do art. 98 do atual CPC, correspondente ao art. 12 da Lei nº 1.060, de 5.2.1950;

c) determinar que, no tocante aos agravantes Edivaldo Ferreira Pimentel (espólio) e Nair Ferreira da Silva Pimentel, a base de cálculo da verba honorária de sucumbência corresponda a R$ 230.068,93.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1004501-47.2018.8.26.0002/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante TELEFONICA BRASIL S/A, é embargado SAGGIOMO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.-ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram os embargos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.144)**

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

São Paulo, 1º de abril de 2019.

RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, Relator

Ementa: Embargos de declaração. Erro material e contradição. Máculas não reconhecidas. Caráter infringente. Objetivo de modificação do julgado e, não,

Acesso ao Sumário

de aclaramento. Recurso impróprio para correção de apreciação dos fatos, da prova ou da aplicação do direito. Dispositivo: Rejeitaram os embargos de declaração.

VOTO

1. O julgado embargado registra a seguinte ementa:

"*Apelação - Prestação de serviços - Telefonia - Ação cominatória c.c. indenizatória - Sentença de rejeição dos pedidos - Irresignação parcialmente procedente - Relação travada entre as partes se submetendo à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, dada a vulnerabilidade da micro-empresa autora, por aplicação da chamada teoria finalista mitigada - Quadro dos autos em que não estão demonstrados os termos da contratação do plano - Fale a vontade, muito menos os termos da oferta Consideração de que seria muito fácil para a fornecedora de serviços ré provar o teor da contratação, mediante a exibição da mídia em que gravadas as tratativas, o que lhe foi oportunamente solicitado pela consumidora demandante - Cenário diante do qual se impõe acolher a verossímil alegação da autora, no sentido de que a contratação se deu em substituição da primeira e nos termos por ela alegados, até diante do princípio da facilitação dos interesses do consumidor em juízo (CDC, art. 6º, VIII) - Consequente acolhimento dos pedidos voltados à restituição dos valores cobrados e satisfeitos a maior, incluídos os satisfeitos no curso do processo, bem assim do destinado a compelir a ré a corrigir as faturas futuras - Sentença reformada, com a proclamação da procedência parcial da demanda e inversão das verbas da sucumbência. Deram parcial provimento à apelação.*" (fl. 134).

Sustenta a embargante, em síntese, que o acórdão incorreu em erro material, pois "estabeleceu o valor fixo das faturas, entendendo que os serviços da exponente eram ilimitados, o que não é cabível na modalidade pós pago". Diz, ainda, que houve contradição no acórdão, pois os honorários de advogado foram arbitrados por equidade em R$ 1.400,00, mas o proveito econômico não foi irrisório ou inestimável.

Donde os embargos.

É o relatório do essencial.

2. O v. Acórdão, pelo que se vê da só leitura da ementa acima transcrita, apresentou os fundamentos de fato e de direito para amparar as conclusões nele contidas.

E não é necessário grande esforço para verificar que a linha de argumentação dos embargos, sintetizada no relatório, traduz, em verdade, puro

Acesso ao Sumário

inconformismo com o decidido e mostra que o propósito da embargante é o de provocar a rediscussão de aspectos fáticos e jurídicos abordados no acórdão.

Entretanto, é cediço, não é viável pretender, por meio de embargos de declaração, correção na apreciação dos fatos ou na aplicação do direito, porque tal recurso não tem caráter infringente (RTJ 164/793 etc.).

Ressalte-se, ainda, que a contradição que justifica os embargos de declaração é a interna, isto é, aquela encontradiça no próprio corpo do julgado, do cotejo entre seus próprios termos; jamais para com elementos externos, como a interpretação que a parte dá a dispositivos legais.

De toda sorte, apenas para não deixar sem resposta os argumentos apresentados, assinalo que o acórdão embargado não estabeleceu o valor fixo de faturas, como diz a embargante, mas que ela restituísse a diferença entre os valores pagos pela apelante e os que seriam devidos caso houvesse observância dos termos da oferta.

Da mesma forma, não há contradição no julgado embargado ao fixar a os honorários em R$ 1.400,00, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

Ora, evidente que, no caso, qualquer quantia estabelecida entre 10 e 20% sobre o proveito econômico ou sobre o valor atribuído à causa (R$ 2.673,62), seria insuficiente para remunerar condignamente o trabalho profissional do advogado em juízo.

Posto isso, meu voto **rejeita** os embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2106812-13.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante HSBC BANK BRASIL S/A - BANCO MÚLTIPLO, é embargado MANOEL CANO NUNES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 38ª Câmara de Direito Privado 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 37232)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SPENCER ALMEIDA FERREIRA (Presidente sem voto), CÉSAR PEIXOTO e EDUARDO SIQUEIRA.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2019.

FLÁVIO CUNHA DA SILVA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Embargos de Declaração - Decisão superveniente de extinção do processo de origem, nos termos do art. 485, V, do CPC/2015. Perda do interesse recursal. Recurso prejudicado.

VOTO

Cuida-se de embargos de declaração (fls.1/33) opostos por HSBC Bank Brasil S/A Banco Múltiplo em face do v. acórdão de fls. 980/1022, atribuindo-lhe vícios consistentes em omissões e contradições quanto às seguintes questões: omissão quanto à natureza provisória de execução - o recurso contra a decisão que julgou a liquidação de sentença ainda não se encontra julgado em definitivo; omissão em relação ao art. 475-I, §1º do CPC; omissão em relação à ausência de preclusão (art. 475-L do CPC); omissão pertinente à ilegitimidade ativa (art. 5º, XXI e XXXVI, art. 8º, III da CF, art. 2º-A da lei nº 9.494/1997 e arts. 10, I e 11, III, alíneas "b" e "c", da lei complementar nº 95, de 1998); ilegitimidade passiva no tocante à ausência dos artigos 180 e 184 da Lei nº 6.404/76, arts. 214, 472 e 568 do CPC, art. 31 da lei nº 6.024-74, regulamentado pelos arts. 2º e 4º, §1º, do decreto nº 92.061/85, e, ainda, no art. 6º da lei nº 9.447-97; omissão em relação aos efeitos do encerramento da conta de poupança: arts. 59, 60, 512, 1062 a 1064, 1093, 1262, 1265 e 1280 do Código Civil de 1916 (arts. 95, 1215, 406 e 407, 472, 591, 627, 628 e 645 do Código Civil de 2002), art. 15, I da Lei nº 4.380/1964 e arts. 286, 293, 459 e 460 do CPC/73; reconhecimento da prescrição da ação para haver juros remuneratórios de períodos anteriores ao quinquênio do ajuizamento da liquidação individual (§5º do art. 219 do Código de Processo Civil/73; art. 21 da Lei n. 4.717/65; Súmula 150/STF); excesso de execução em decorrência da omissão do acórdão em relação ao art. 406 do Código Civil de 2002, art. 161, §1º do Código Tributário Nacional, art. 84 da Lei nº 8.981/1995, art. 13 da lei nº 9.065/1995, art. 39 da lei nº 9.250/1995; dispositivos que impedem seja tomada a data da citação da Ação Civil Pública como o termo inicial para os juros moratórios; contradição da admissão da correção monetária pela Tabela Prática do TJSP com a fixação de juros remuneratórios previstos na relação contratual; ausência dos fundamentos que ensejaram a inclusão de expurgos não previstos na sentença provisória executada (art. 509, §4º do CPC/15 - art. 475-G do CPC/73); omissão em relação ao art. 97 da CF.

Após a distribuição, suspendeu-se o andamento do presente recurso em cumprimento da decisão proferida no REsp 1.361.799/SP do Superior Tribunal de Justiça, que, para os efeitos do art. 543-C, do CPC/1973, atual art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, determinou a suspensão do processamento dos recursos que versassem sobre: a) "*legitimidade passiva do HSBC Bank Brasil S/A para responder pelos encargos advindos de sentença proferida em ação civil pública, reclamando expurgos inflacionários em cadernetas de*

Acesso ao Sumário

poupança, movida pelo Instituto de Defesa do Consumidor - IDEC contra o Banco Bamerindus S/A, em decorrência da sucessão empresarial havida entre as instituições financeiras" e b) "*legitimidade ativa de não associado para a liquidação/execução da sentença coletiva.*" (Relator o Ministro Raul Araújo).

Embora intimadas, as partes não manifestaram oposição acerca de eventual oposição ao julgamento virtual (fl. 60).

É a síntese do necessário.

Observa-se, inicialmente, que em decisão publicada em 05/10/2017 o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu pela desafetação do REsp nº 1.361.799/SP ao rito dos recursos repetitivos, razão pela qual se levanta eventual suspensão e passa-se ao julgamento do recurso.

O exame do presente recurso de embargos de declaração está prejudicado.

Isso porque a Magistrada *a quo* comunicou ter extinguido o feito nos termos do art. 485, V, do Código de Processo Civil, em razão da ocorrência de litispendência quanto ao autor, que já havia ingressado com anterior pedido de liquidação referente à mesma conta de poupança.

Por conseguinte, há intransponível óbice à análise do mérito deste reclamo, já que extinto o processo original.

Ante o exposto, **julga-se prejudicado** o recurso, diante da perda superveniente do interesse recursal.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2029513-18.2019.8.26.0000, da Comarca de Itapecerica da Serra, em que é impetrante GERALDO AUGUSTO GAETA, é impetrado MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ITAPECERICA DA SERRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.416)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO

CASCONI (Presidente) e ADILSON DE ARAUJO.

São Paulo, 11 de março de 2019.

ANTONIO RIGOLIN, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. IMPETRAÇÃO POR PERITO JUDICIAL NOMEAÇÃO PARA REALIZAR TRABALHO, A SER REMUNERADO DE ACORDO COM A TABELA PREVISTA POR CONVÊNIO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. MANIFESTAÇÃO DE ESCUSA NÃO ACEITA. HIPÓTESE EM QUE RECUSA SE MOSTRA LEGÍTIMA, POR ESTAR CARACTERIZADA VERDADEIRA IMPOSIÇÃO DE REALIZAR TRABALHO SEM REMUNERAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA PARA REVOGAR A DETERMINAÇÃO. 1. O impetrante foi nomeado para atuar como perito visando a apuração da regularidade de obra realizada pelos réus, e que teria, segundo a petição inicial, causado danos ao imóvel da autora. Necessidade de apuração da existência de infiltrações, trincas e fissuras em imóvel e, sobretudo, analisar a ocorrência, ou não, de nexo causal. 2. A realização do trabalho ensejará ao impetrante a necessidade de locomoção para município que dista aproximadamente 90 km daquele em que reside. 3. Considerando, ainda, os gastos relacionados ao próprio exercício do trabalho, constata-se que o valor previsto na tabela específica para a remuneração (R$ 292,00) não será suficiente para atender às despesas. 4. Como não há possibilidade de impor a prestação de um trabalho sem remuneração, trata-se, portanto, de situação enquadrada na exceção prevista no artigo 157 do CPC, que admite a escusa legítima.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

1. GERALDO AUGUSTO GAETA, qualificado na inicial, impetra MANDADO DE SEGURANÇA com o objetivo de atacar decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Itapecerica da Serra, nos autos da ação de nunciação de obra nova cumulada com indenização promovida por

MARIA JOSÉ DE OLIVEIRA em face de NATALIA CALAVIERI SANTA ROSA e JOEL DE SANTANA SOUZA.

Aduz o impetrante que foi designado para realizar perícia relacionada às obras edificadas pelos réus, que teriam causados danos ao imóvel da autora. Sustenta que verificada a extensão da perícia, ressalvando que foram apresentados trinta quesitos, declinou da honrosa nomeação, pois nos termos da Deliberação CSPD do Conselho Superior da Defensoria Pública, receberia pífios honorários brutos no valor de R$ 292,00. Entretanto, o MM. Juiz não admitiu a recusa.

Por essa razão, invocando violação a direito líquido e certo, pretende seja afastada a obrigação que lhe foi dirigida de realizar a prova pericial.

A petição inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 22/57.

Deferida a medida liminar, foram prestadas as informações pelo Juízo de primeiro grau (fls. 67/71).

A douta Procuradoria de Justiça deixou de se pronunciar, sob a assertiva da inexistência de interesse para justificar a sua intervenção (fls. 74/76).

É o relatório.

2. Ao proferir a decisão de saneamento do processo, o Juízo de primeiro grau determinou a realização de prova pericial com o objetivo de apurar se a construção da residência dos réus causou algum dano ao imóvel da autora e, em caso positivo, a extensão dos danos. Nomeou o impetrante como perito, ressalvando que, em razão de a parte ser beneficiária da gratuidade judicial, deixava de arbitrar os honorários provisórios, determinando ao cartório, nos termos da Deliberação CSDP nº 56, de 11 de janeiro de 2008, as providências necessárias para a reserva de honorários periciais (fl. 41).

Devidamente intimado, o impetrante, ao verificar a extensão da perícia, declinou da nomeação, considerando que, nos termos da Deliberação CSPD do Conselho Superior da Defensoria Pública, receberia o montante bruto de R$ 292,00, a título de honorários, o que inviabilizaria a produção da prova (fls. 48/55).

Seguiu-se a decisão que não admitiu a recusa, nos seguintes termos:

"*Providencie a serventia a intimação do perito por e-mail para que tome ciência de que se trata de perícia a ser custeada nos moldes do convênio da assistência judiciária gratuita, sendo que o encargo para o qual foi nomeado é público e não admite recusa pela discordância com a determinação judicial da sua remuneração.*

Após, oficie-se à Defensoria Pública requisitando a reserva de honorários, nos termos da Deliberação CSDP nº 56, de 11 de janeiro de 2008, comprovando-se nos autos sua efetivação.

Acesso ao Sumário

O laudo pericial deverá ser entregue em cartório no prazo de 30 dias, contados a partir da data em que o perito for comunicado para dar início aos trabalhos (após a confirmação de reserva de honorários).

Servirá a presente decisão como ofício/mandado.

Intime-se." (fl. 56).

O impetrante pretende seja afastada a obrigação que lhe foi dirigida, de elaborar o laudo, invocando a ocorrência de violação a direito líquido e certo.

De acordo com a disposição do artigo 157 do CPC, tem o perito "*o dever de cumprir o ofício no prazo que lhe designar o juiz, empregando toda sua diligência, podendo escusar-se do encargo alegando motivo legítimo*". Essa norma, naturalmente, constitui ressonância da disposição geral de que todos têm o dever de colaborar com o Judiciário para o descobrimento da verdade, estampada no artigo 378 do CPC.

Há na lei, entretanto, uma única possibilidade de o perito nomeado se livrar desse dever, que é motivo legítimo. Assim, cabe analisar caso a caso se existe a justificativa para a escusa.

De acordo com a tabela específica, cabe ao perito, no caso, a remuneração de R$ 292,00.

O trabalho pericial a realizar deve ser voltado ao esclarecimento quanto à regularidade, ou não, de obra realizada pelos réus e que, segundo a narrativa da petição inicial, teria causado danos ao imóvel da autora, com a indicação da ocorrência de infiltrações, trincas e fissuras em vários pontos da residência, havendo necessidade de apurar a existência, ou não, de nexo causal. Foram apresentados trinta quesitos.

Nota-se, por outro lado, que o trabalho pericial será realizado em Itapecerica da Serra, ao passo que o impetrante reside em Santos, de modo que existe uma distância de aproximadamente 90 km entre os municípios.

Não é preciso muito esforço para concluir que a remuneração prevista não será suficiente, sequer, para cobrir as despesas de locomoção e outras relacionadas ao exercício do trabalho a ser desenvolvido.

Assim, constata-se que, na realidade, está a se exigir do perito a realização de um trabalho gratuito ou, até mesmo, com prejuízo, dado que é muito provável que as despesas necessárias superem a cifra indicada.

Evidentemente, a ninguém pode ser imposta a prestação de um trabalho sem remuneração, de modo que não há como deixar de reconhecer que se encontra efetivamente configurada uma hipótese justifica a recusa. Nesse sentido há precedente na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, admitindo como legítima a recusa quando há comprometimento da remuneração:

"*1. Trata-se, originariamente, de mandado de segurança atacando*

ato consistente na ordem de anotação no prontuário de perita junto ao CREA, por motivo de recusa à sua nomeação para atuar em ação de desapropriação indireta, considerada injustificável.

2. A significativa redução dos honorários periciais de forma unilateral e injustificada pelo Juiz constitui hipótese de recusa legítima do perito nas circunstâncias do caso - havia a necessidade de contratação de profissionais de outras áreas de conhecimento para a realização perícia -, sendo inaplicáveis as providências previstas no art. 424, parágrafo único, do CPC".[1]

Assim sendo, estando perfeitamente enquadrada na exceção prevista no artigo 157 do Código de Processo Civil, não há como deixar de reconhecer que a imposição feita pelo Juízo, deixando de acolher a escusa do perito, constitui violação a direito líquido e certo, e por isso não pode prevalecer.

Daí decorre, portanto, o reconhecimento da procedência do pedido, em virtude do que se impõe conceder ao impetrante a segurança pleiteada, com a revogação da nomeação do impetrante para atuar como perito no processo em questão.

Sem custas e verba honorária.

3. Ante o exposto, e nesses termos, julgo procedente o pedido para conceder a ordem.

Acesso ao Sumário

1 - RMS 33485/SP, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 16/09/2014.

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Agravos de Instrumento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2252161-42.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, é agravado ARNALDO FARCHI.

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 parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.158)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e MOACIR PERES.

São Paulo, 6 de março de 2019.

EDUARDO GOUVÊA, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Contra decisão monocrática que determinou o cumprimento de sentença que teria determinado a posse de candidato aprovado em concurso para o cargo de professor adjunto no Município de São Paulo – Apurou-se que há sindicâncias que se tornaram processo administrativo, contra o agravado no âmbito Estadual, ainda pendentes de decisão – Condutas imputadas ao agravado, que são graves, e se comprovadas tornariam inviável a posse do agravado – Decisão agravada suspensa até a decisão definitiva do processo administrativo no âmbito estadual.

Recurso parcialmente provido

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela Prefeitura Municipal de São Paulo (fls. 01/13), contra a decisão do juízo da 14ª Vara da Fazenda

Pública da Comarca de São Paulo, que nos autos do cumprimento de sentença que Arnaldo Farchi move ante a agravada, determinou o cumprimento da r. sentença que determinava a posse do agravado no cargo de Professor Adjunto do Ensino Fundamental II, bem como pagasse valores indenizatórios.

Inconformada a Prefeitura Municipal de São Paulo alega, em apertada síntese, que o agravado teria omitido quando da declaração para tomar posse, de que estava sendo submetido a nível Estadual, a procedimentos de apurações preliminares de nº 5095/2015 e 32386/16, que concluíram pela instauração de processos administrativos disciplinares que se comprovados impediriam a sua posse.

O agravado ofereceu contraminuta às fls. 125/131.

É o breve relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Prefeitura Municipal de São Paulo, contra a decisão do Juízo da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, que nos autos de cumprimento de sentença que o agravado move ante a agravante, determinou o cumprimento da sentença, que determinava ao Município de São Paulo que efetuasse a posse do agravado, aprovado em concurso público para o cargo de Professor Adjunto do Ensino Fundamental II, bem como pagasse valores indenizatórios.

A Prefeitura Municipal de São Paulo, teve noticia de que contra o agravado, no âmbito Estadual havia sindicâncias instauradas contra ele, omitidas no termo de declaração de posse em 29/06/2017, quais sejam, as Apurações Preliminares nº 5095/2015 e 3238/2016, que posteriormente ensejaram a instauração de Processo administrativo (fls. 115/119).

Verifica-se da conduta apurada no processo administrativo, que se comprovada, é de gravidade tal (suspeita de assédio sexual denunciada por colegas de trabalho) que tornaria inviável a posse do agravado para exercer o cargo de Professor Adjunto.

Assim, entendo que a melhor solução para o caso, para que nenhuma das partes seja prejudicada, é de se suspender a decisão agravada, até a apuração final do processo administrativo na Esfera Estadual.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso, nos termos acima alinhavados.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2192940-31.2018.8.26.0000, da Comarca de Caraguatatuba, em que é agravante

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são agravados PLANETA EDUCAÇÃO, GRÁFICA E EDITORA LTDA., RICARDO DE LIMA RIBEIRO, LUIS ANTONIO NAMURA POBLACION e MARCELO GUILHERME MOREIRA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Recurso parcialmente provido. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Raphael Silva", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 27.398)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 13 de março de 2019.

BORELLI THOMAZ, Relator

Ementa: Ação civil pública. Improbidade administrativa. Suspensão da execução do contrato administrativo *sub judice*. Insurgência cabível. *Fumus boni iuris et periculum in mora* presentes. Cessação dos efeitos do contrato que se impõe. Recurso provido.

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Exclusão de valores atinentes à multa civil. Descabimento. Precedentes no E. Superior Tribunal de Justiça. Recurso provido.

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Cancelamento da ordem de bloqueio de bens ante garantia integral por corréu. Insurgência descabida. Decreto de indisponibilidade que deve guardar correspondência com o dano causado. Recurso desprovido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de instrumento contra r. decisões proferidas em ação civil pública, pelas quais se deferiu, em parte, pedido de liminar e ordenou *cancelamento da ordem de bloqueio de bens de todos os requeridos,* interposto sob fundamento de que o corréu Luis Antonio*, mesmo sabendo que estava impedido de contratar com o Poder Público e, portanto, agindo de forma intencional à violação da legalidade, por meio da empresa PLANETA EDUCAÇÃO, participou do certame e celebrou o contrato administrativo* e corréu Marcelo, por sua vez*, tendo ciência acerca da proibição de contratar com o Poder Público, figurou como representante legal da empresa PLANETA durante todo o certame,*

assinando todos os documentos e, inclusive, declarando falsamente a ausência de impedimento legal.

Sustenta ter havido direcionamento da licitação à empresa requerida por meio da aglutinação de objetos distintos e, principalmente, pela inserção de cláusulas e requisitos técnicos que apenas a empresa requerida poderia cumprir, além de ser patente a precarização da prestação do objeto contratual, consentida por RICARDO RIBEIRO, com o escopo de maximizar os lucros da empresa PLANETA.

Nesse sentido, refere que os *cursos de formação (palestras), tornados não obrigatórios por ato do Secretário de Educação, são frequentados por pouquíssimos professores, e não há efetiva formação em continuidade, tratando-se de palestras diversificadas e sem objetivo específico, além de que as aulas de matemática lúdica são ministradas, na grande maioria, por estagiários, que sequer poderiam atuar como professores, e as professoras efetivas, infinitamente mais qualificadas que os contratados pela empresa Planeta, permanecem na sala de aula durante todo o tempo, embora totalmente ociosas, já a visita às famílias dos alunos faltosos já era feita pela própria escola em parceria com o Conselho Tutelar.*

Aduz que *não há qualquer essencialidade na prestação do contrato em análise, pelo que de rigor a suspensão dos seus efeitos, bem assim dos pagamentos a este relativos.*

Sustenta, ainda, que a *indisponibilidade deve alcançar os valores da multa civil cominada no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, além de que a constrição deve recair integralmente sobre o patrimônio de cada agente, até, ao menos, a instrução final do feito, em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada réu para o ressarcimento.*

Recurso bem processado. Foi deferido o efeito suspensivo, ativo.

Contraminuta nas págs. 123/134, anotado o decurso de prazo para apresentação de contraminuta para o correquerido, Ricardo (pág 140). Parecer da Procuradoria de Justiça pelo provimento (págs. 144/164).

É o relatório.

Consoante se colhe dos autos de origem, o Ministério Público ajuizou ação civil pública por atos de improbidade contra PLANETA EDUCAÇÃO GRÁFICA E EDITORA LTDA., seu Diretor Técnico, Marcelo Guilherme Moreira e seu ex-sócio, Luis Antonio Namura Poblacion, e também contra Ricardo de Lima Ribeiro, Secretário de Educação do Município de Caraguatatuba, porque apurou, em Inquérito Civil, irregularidades no procedimento licitatório nº 02/2017, modalidade Concorrência Pública, que tem por objeto a *prestação de serviços educacionais para atender às necessidades da Secretaria Municipal de Educação*, e no decorrente Contrato nº 143/2017, a impor declaração de sua

Acesso ao Sumário

nulidade.

Houve denúncia, pois, de *violação à decisão judicial de proibição de contratar com o poder público* prolatada nos autos de Ação Civil Pública nº 0013783-13.2009.8.26.0077, da Comarca de Birigui, contra o corréu Luis Antonio, sócio também da empresa "Future Kids do Brasil Serviços e Comércio Ltda.", lá corré, e emissão, pelo corréu, Marcelo, de *declaração materialmente falsa.*

Denuncia ainda, *aglutinação* indevida de *objetos totalmente diversos e independentes*, conforme consta no "detalhamento do objeto" do "projeto básico – anexo I", postos em *(i) Metodologia de Aprendizagem Ativa; (ii) Programa Família Participativa e (iii) Metodologia Lúdica em Matemática, sequer* necessários *à Municipalidade*, bem como direcionamento da licitação ante *inúmeras especificidades constantes do projeto básico e termo de referência*, além da *precarização consentida da prestação dos serviços educacionais*, com o *escopo de maximizar os lucros* da corré Planeta, em afronta aos *princípios da administração pública* e a acarretar lesão ao erário.

Pediu liminar para *suspensão imediata do contrato e dos pagamentos*, indisponibilidade de bens dos corréus e desconsideração da personalidade jurídica das empresas de Luis Antonio.

Ao apreciar o pedido, o D. Juiz decidiu: *A diversidade de empresas em holding revelaria o modus operandi na prática de atos de improbidade por meio da celebração contratos com o Poder Público. Destaca-se o exemplo da empresa Futurekids que, após condenações por improbidades, provocou a criação da empresa ré PLANETA, na mesma área da educação, com o mesmo sócio majoritário LUIS ANTONIO, em verdadeira confusão entre as empresas do grupo Vitae Brasil. Estimou-se que o dano ao erário é de R$ 455.675,89 (fls.06/07). Diante o exposto: 1 De rigor a desconsideração da personalidade jurídica das empresas: PLANETA EDUCAÇÃO GRÁFICA E EDITORA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 03.829.424/0001-51, e de o que faço com fundamento no artigo 50 do Código Civil, com vistas ao sócio majoritário LUIS ANTONIO NAMURA POBLACION, brasileiro, portador do RG n. 8918214 e do CPF n. 740.058.128-72. REVELASTI PARTICIPACOES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 27.965.264/0001-36 (fls.68), e de o que faço com fundamento no artigo 50 do Código Civil, com vistas ao sócio majoritário LUIS ANTONIO NAMURA POBLACION, brasileiro, portador do RG n. 8918214 e do CPF n. 740.058.128-72. 2 - De rigor a indisponibilidade dos bens dos réus. A medida de indisponibilidade se justifica em razão da supremacia do interesse público sobre o privado, e encontra pleno amparo legal, pois é providência acautelatória que, expressamente prevista no artigo 7º da Lei Federal nº 8.429/92, antecede a notificação do(s) requerido(s) para apresentação da manifestação prevista*

Acesso ao Sumário

no parágrafo 7º do artigo 17 do mesmo diploma legal. (...) Diante do exposto, porque presentes os pressupostos legais, decreto a indisponibilidade dos bens dos demandados PLANETA EDUCAÇÃO GRÁFICA E EDITORA LTDA, LUIS ANTONIO NAMURA POBLACION, MARCELO GUILHERME MOREIRA e RICARDO DE LIMA RIBEIRO, em patamar proporcional e suficiente garantir ressarcimento integral do eventual prejuízo ou dano ao Erário Público, até o limite de R$ 5.750.000,00 (fls. 475/483).

O agravante opôs embargos de declaração (págs. 499/505), ao que o D. Juiz decidiu: *no mérito, acolho-os em parte. O acolhimento parcial se justifica para sanar erro material às fls.477, de modo que onde constou dano ao erário de "R$ 455.675,89", passa a constar "R$ 575.000,00 (quinhentos e setenta e cinco mil reais), calculados mensalmente, com montante atual de R$ 5.750.000,00 (cinco milhões, setecentos e cinquenta mil reais). Quanto às demais insurgências, a cautela deve imperar. Conforme já me pronunciei, estão presentes fortes indícios de contratação inidônea que justificaram o deferimento da liminar –, mas não se revela razoável, na atual fase processual, obstar a execução contrato. Ocorre que a suspensão imediata das obrigações contratuais, tais como pagamentos, certamente gerará prejuízos aos destinatários do serviço educacional, com reflexos imediatos. E nem se argumente a possibilidade da prestação efetiva do serviço sem o correlato pagamento, caso em que estaria configurado enriquecimento sem justa causa. Não se está afirmando a possibilidade de execução de contrato inidôneo, a uma porque tal conclusão é prematura (indícios diferem de certeza), e a duas porque a própria ordem cautelar de indisponibilidade de bens dos demandados objetiva salvaguardar eventual ressarcimento futuro ao erário. Oportuno acrescentar que a superveniência de fatos novos poderá sim subsidiar eventual decisão de suspensão do contrato e dos respectivos pagamentos, mas é imperioso que o Poder Executivo Municipal tenha plena ciência de sua responsabilidade de evitar a descontinuidade dos serviços em prol da população, promovendo e empreendendo o necessário. Aliás, a contratação apontada como inidônea nada mais é que contrato administrativo firmado pelo Poder Público Municipal. Não se desconhece a possibilidade de ampliação da ordem de bloqueio para abarcar os valores pretendidos a título de multa civil, porém, no caso em exame, a extensão se revela desproporcional (ao menos por ora), na medida em que a demandada ainda manteria contratos da mesma natureza com outros Municípios. Note-se que a pertinência disso decorre do próprio fundamento desta ação, pois militaria contra a empresa demandada ou seu sócio majoritário a pena de proibição de contratar com o Poder Público, penalidade imposta em ação civil pública que anteriormente tramitou em outra Comarca (conforme inicial). Destarte, não houve omissão quanto ao pedido de bloqueio abrangendo eventual multa civil (...) Portanto, acolho os embargos apenas para sanar erro material, nos termos*

Acesso ao Sumário

da fundamentação. (págs. 538/540).

A corré Planeta efetuou depósito judicial no importe de R$ 2.721.823,78, *tendo em vista o risco de sofrer novos bloqueios em suas contas correntes, asseverando a não concordância com a medida de indisponibilidade dos bens decretada nestes autos e, tampouco, a desistência do pedido de substituição desta medida por fiança- bancária, objeto do recurso de agravo de instrumento* (págs. 2.734/2.738), ao que o D. Juiz decidiu*: Considerando que o valor depositado (R$ 2.721.823,78) pela requerida PLANETA EDUCAÇÃO GRÁFICA E EDITORA LTDA, somado aos valores já bloqueados (R$2.430.546,00; R$ 61.268,96; R$ 1.769,53; R$ 117.661,31; R$ 608,60; R$ 901,37; R$ 156,53; R$ 305.187,75; R$ 100.459,51; R$ 9.607,66: total de R$ 3.028.010,69), perfaz o total da garantia fixada em R$ 5.750.000,00 (fixada como sendo proporcional para ressarcimento integral do eventual prejuízo ou dano ao Erário Público), decido: 1.1 Ordenar a transferência dos valores constritos para conta judicial vinculada a este 2º Ofício Cível, com respectivas atualizações (fls.516/20). 1.2 Ordenar o cancelamento da ordem de bloqueio de bens de todos os requeridos, evitando-se desproporção e o excesso. Cumpra-se imediatamente e com cautela, pelos sistemas informatizados ou oficiando-se, conforme o caso. 2 Ordenar o desbloqueio do valor de R$ 436.386,11, noticiado pelo Banco Itaú às fls.2744, evitando-se, mais uma vez, risco de excesso* (págs. 3.367/3.372).

A documentação trazida para os autos acena para irregular participação da corré Planeta no procedimento licitatório, modalidade Concorrência Pública nº 02/17, ante o decreto de impedimento de seu sócio, Luis Antonio, em contratar com o Poder Público pelo prazo de cinco anos, prolatado nos autos de Ação civil pública nº 0013783-13.2009.8.26.0077 (nº 2509/09 - págs. 111/128), confirmado por v. acórdão relatado pelo I. Desembargador Sidney Romano dos Reis (págs. 129/143), julgamento em 17.03.14, pendente Recurso Especial, além de delineada, em tese, a existência de ato de improbidade, por restringido o caráter competitivo do certame, diante das especificidades exigidas.

Demais disso, há indicativo de não serem obrigatórios os cursos de formação, bem como serem as aulas de matemática lúdica ministradas por estagiários (págs. 190, 266/282), a revelar desbordo na execução contratual.

Acesso ao Sumário

É dizer, as irregularidades apontadas impõem a imediata suspensão do contrato, com nota de não ocorrer prejuízo na cessação de sua continuidade dada a não essencialidade do objeto contratual, sendo patente, ademais, o **periculum in mora** inverso, notadamente ante a possibilidade de prorrogação do prazo de vigência, como previsto na cláusula "5.1" (pág. 88).

Isso superado, tenho que a indisponibilidade de bens deve guardar correspondência com o prejuízo causado, incluindo a multa civil, nada obstante tratar-se de medida de caráter sancionatório à conduta ímproba do agente, como

se colhe no E. Superior Tribunal de Justiça:

> *ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MULTA CIVIL. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. RECOMPOSIÇÃO COMPLETA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ENTENDIMENTO DESTA CORTE. I - Quanto à violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil de 1973, a argumentação revela-se improcedente. O acórdão recorrido não se ressente de omissão, obscuridade ou contradição, porquanto apreciou a controvérsia com fundamentação suficiente, embora contrária aos interesses da recorrente. II - Está pacificado nesta Corte o entendimento no sentido de que o julgador não está obrigado a responder questionamentos ou teses das partes, nem mesmo ao prequestionamento numérico. III - No tocante à multa civil, também não merece prosperar a tese da recorrente. Não se pode olvidar que se está discutindo, em sede de ação civil pública, a prática de atos de improbidade administrativa decorrentes de fraude de certame público. IV - Consoante orientações destes Superior Tribunal de Justiça, a indisponibilidade de bens destina-se a assegurar a completa recomposição do patrimônio público, tendo por base a estimação dos prejuízos apresentada na inicial da ação de improbidade administrativa,* ***computados, ainda, os valores possivelmente a serem fixados a título de multa civil****. Nesse sentido: AgInt no REsp 1567584/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017) (grifos não constantes no original); REsp 1310881/TO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 28/08/2013) (grifos não constantes no original) V - Agravo interno improvido*[1].

> *PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESNECESSIDADE DE PERICULUM IN MORA CONCRETO. FUMUS BONI IURIS DEMONSTRADO. CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL PROPORCIONAL À LESÃO E AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RESPECTIVO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se alinhado no sentido da desnecessidade de prova de* ***periculum in mora*** *concreto, ou seja, de que o réu estaria dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de* ***fumus boni iuris****, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade. No mesmo sentido: REsp 1319515/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell*

Acesso ao Sumário

1 **AgInt no REsp nº 1.602.228/DF, rel. Min. Francisco Falcão, j. 07.08.18 (sem negrito no original).**

Marques, Primeira Seção, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012. 2. ***A indisponibilidade dos bens deve recair sobre o patrimônio dos réus de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma que venha a ser aplicada****. Agravo regimental parcialmente provido*[2].

O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 7º da Lei 8.429/1992, tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens, incluído o ***bloqueio de ativos financeiros, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando- se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil****, excluindo-se os bens impenhoráveis*[3].

(...)

Portanto, havendo indícios da prática de atos de improbidade administrativa, andou bem o Togado ao deferir o bloqueio de bens. Nessa linha de raciocínio, é firme o entendimento da Corte Superior no sentido de que 'não exige a necessidade de demonstração cumulativa do periculum in mora *e do* fumus boni iuris *que autorizam a medida cautelar de indisponibilidade de bens (art. 7°, parágrafo único da Lei n. 8.429/92), bastando apenas a existência de fundados indícios da prática de atos de improbidade administrativa.' (Resp n. 1482312/BA, rel. Min. Humberto Martins, j. Em 6-11-2014). Isto posto,* ***justificado o bloqueio não há falar em exclusão do montante bloqueado para garantia futura da multa civil*** *(Resp n. 1.438.344/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 2.10.2014, DJe 9.10.2014), (Resp n.1.161.049/PA, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18.9.2014, DJe 29.9.2014) e dano moral coletivo*[4].

Doutro turno, e consoante já consignado, a indisponibilidade deve guardar correspondência com o prejuízo causado, a revelar descabida do pleito de incidência da medida sobre bens individuais dos réus, porquanto, por evidente, da solidariedade não resulta excesso de garantia.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, precedente desta Corte, em v. acórdão sob relatoria do I. Desembargador Décio Notarangeli: *CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA INDISPONIBILIDADE DE BENS. PLURALIDADE DE RÉUS. SOLIDARIEDADE. LIMITAÇÃO AO VALOR TOTAL DO DANO. 1. A indisponibilidade de bens é medida de índole cautelar, de cunho conservativo, destinada a assegurar a eficácia de eventual provimento condenatório nas*

2 **AgRg no REsp 1414569, Rel. Min. Humberto Martins, j. 6.5.2014 (sem negrito no original).**
3 **REsp nº 1.610.169/BA, rel. Min. Herman Benjamin, j. 02.05.17 (sem negrito no original).**
4 **RESP nº 1.603.283 - SC, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 16.8.18 (sem negrito no original).**

hipóteses de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário. Deve recair sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano ou o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito (art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92). ***2. Nos casos de improbidade administrativa a responsabilidade é solidária até a instrução final do feito, em que se delimitará a quota de responsabilidade de cada agente para a dosimetria da pena. Da solidariedade, contudo, não pode resultar excesso de garantia. O limite é sempre a totalidade do dano. Não se pode, a pretexto de garantir o pagamento de futura indenização, tornar indisponíveis bens de cada corréu em valor equivalente à totalidade do dano causado.*** Decisão reformada. Recurso provido (destaquei).

Observo, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3003804- 95.2018.8.26.0000, da Comarca de Americana, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravada DENIS FLORES CAMARGO RODRIGUES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 22.042)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente), PAULO GALIZIA e ANTONIO CARLOS VILLEN.

São Paulo, 10 de março de 2019.

TERESA RAMOS MARQUES, Relatora

Ementa:

PROCESSO

Cumprimento de sentença – *Astreintes* – Limitação – Período do descumprimento da decisão judicial – Possibilidade – Juros moratórios – Lei 11.960/09 – Retificação dos cálculos de ofício Possibilidade:

– Limita-se a multa cominatória ao período em que

Acesso ao Sumário

houve descumprimento da decisão judicial.

– Possível a determinação de retificação dos cálculos da execução, de ofício, quando verificada a incidência dos juros moratórios em desacordo com o título judicial.

VOTO

RELATÓRIO

Acolhida parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença, para fixar o valor da multa cominatória em R$15.000,00, atualizado desde a data do trânsito em julgado do acórdão por meio da Tabela Prática não modulada deste Tribunal de Justiça; e, em relação aos danos morais, determinar a observação do decidido no acórdão juros moratórios nos termos do art.5º da Lei 11.960/09 e correção monetária pela Tabela Prática não modulada deste Tribunal de Justiça.

Alega o agravante que não se configurou o descumprimento da sentença para incidência da multa cominatória. O Cadin foi notificado em 1.7.2015 e, após essa data, não houve nem comprovou o agravado anotação de protesto ou violação da decisão judicial. Com relação à suspensão dos efeitos do protesto, o Cartório de Notas oficiou ao juízo o cumprimento da decisão em 3.7.2015, ou seja, dentro do prazo de cinco dias para o cumprimento da liminar, conforme determinado no acórdão. Caso se entenda pela manutenção da multa, as circunstâncias do caso autorizam sua redução. Deve ser feito um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, a fim de evitar enriquecimento sem causa, mormente por onerar o Estado e, por consequência, a sociedade. Não agiu com má-fé.

O recurso foi processado com efeito suspensivo (fls.8).

A Secretaria certificou o decurso do prazo das contrarrazões (fls.17).

FUNDAMENTOS

1. Conforme consignado no acórdão da Apelação 1005400-96.2015.8.26.0019, Denis Flores, ora agravado, demandou contra a Fazenda do Estado a declaração de inexigibilidade de todos os débitos de IPVA do veículo Gol, placas CWG0189, a exclusão do seu nome do CADIN e a indenização por danos morais de R$10.000,00.

Alegou não ser o proprietário do veículo e que foi vítima de estelionato; em 2007, ao tentar efetuar uma compra, tomou conhecimento de que seu nome estava negativado. Em 2015, não conseguiu comprar uma motocicleta porque seu nome estava negativado em decorrência de IPVA daquele veículo, daí o ajuizamento desta demanda.

Tutela antecipada foi parcialmente deferida para *"(a) suspender os efeitos do protesto da CDA nº 1105344850 e das anotações restritivas*

Acesso ao Sumário

em órgãos de proteção ao crédito, (b) impor à ré a obrigação de não fazer apontamento a protesto outros débitos relacionados ao veículo especificado na petição inicial (Gol, Placas CWG 0189, Renavam nº 00703481452, Chassi 9BWZZZ373WT130196, ano 1998), bem como (c) oficiar ao CADIN, para que não realize anotação alguma acerca de débitos oriundos do referido veículo. A ré deverá cumprir a tutela ora imposta, sob pena de incidir na multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais), com fundamento no artigo 461, caput e parágrafos 3º ao 6º, do Código de Processo Civil. (...);" (fls.71)

Sentença de procedência para: (i) anular todos dos débitos lançados em detrimento do autor em decorrência do inadimplemento do IPVA atrelado ao veículo Gol, placas CWG0189; (ii) determinar o cancelamento do protesto copiado à fl.33; e (iii) condenar a ré a pagar ao autor a quantia de R$ 10.000,00, a título de danos morais, corrigida monetariamente desde a data de seu arbitramento, pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça; os juros de mora incidirão a partir do protesto indevido (art. 398 do Código Civil), no patamar de 6% ao ano (art. 1°-F da Lei n° 9.494/97); honorários fixados em 15% do valor total da condenação, sobre os quais incidirão correção e juros legais.

Na apelação, foi dado provimento ao agravo retido interposto contra a antecipação da tutela, para reduzir a multa cominatória a R$500,00 por dia, limitada a 30 dias, constando a seguinte observação:

O descumprimento, no caso presente, se dá a partir do dia do apontamento ao protesto ou da notificação para pagamento da dívida, se anterior, incidindo a multa desde então e por trinta dias, ressalvada a possibilidade de cessação antecipada pela própria Administração, com o cancelamento das medidas de cobrança.

Na mesma oportunidade, o valor da indenização por danos morais foi reduzido para R$6.000,00; determinada, ainda, a incidência da correção monetária pela Tabela Prática não modulada deste Tribunal de Justiça e juros moratórios nos termos da Lei 11.960/09.

2. Agora, restringe-se a questão à incidência da multa cominatória.

Deferida a tutela antecipada em 25.6.2015, consta a exclusão do nome do autor do Cadin em 1.7.2015 e o cancelamento do protesto em 3.7.2015, portanto dentro do prazo legal de cinco dias, considerando a data de intimação.

Julgada procedente a demanda em 13.11.2015 e pendente o recurso de apelação, em 19.7.2016 o autor foi surpreendido com nova notificação de protesto. Diante da patente falha do serviço público, em 21.7.2016 foi concedida nova antecipação da tutela em Segundo Grau, para determinar a imediata sustação do protesto (fls.190).

Determinada a sustação do protesto, não se pode mais falar em descumprimento da medida pela Fazenda do Estado, pois, ainda que por

Acesso ao Sumário

determinação judicial, cessou a cobrança indevida. Assim, restringe-se a incidência da multa aos dias 19, 20 e 21.7.2016, e não como computado pelo agravado.

Embora não questionado pela Fazenda do Estado, cumpre observar que há erro nos cálculos apresentados pelo exequente, pois computados juros de mora de 0,5% ao mês durante todo o período, em desacordo, portanto, com a determinação da Lei 11.960/09.

Destarte, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso, para limitar a multa cominatória a três dias e determinar a retificação dos cálculos, com a incidência dos juros moratórios nos termos da Lei 11.960/09.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2015071-81.2018.8.26.0000, da Comarca de Itanhaém, em que é agravante ROBERTO NEMER, é agravado MUNICÍPIO DE ITANHAÉM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª 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 14.321)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR e MÔNICA SERRANO.

São Paulo, 14 de março de 2019.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – IPTU – Exercícios de 2.012 e 2.015 – Exceção prévia de executividade rejeitada – Escritura Pública de compra e venda registrada no cartório de imóveis durante o curso do processo – Responsabilidade do adquirente e sucessor na propriedade do imóvel – CTN, art. 131, inciso I – Recurso provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, nos autos da execução fiscal[1] para cobrança de IPTU de 2.012 e 2.015, rejeitou exceção

1 Valor da causa em novembro de 2016: R$7352,00.

prévia de executividade, sob o fundamento de que a responsabilidade solidária dos compromissários vendedor e comprador não pode ser descaracterizada quando não registrada a avença na matrícula do imóvel antes do fato gerador do tributo (fls. 38/43).

O agravante alega, em síntese, ilegitimidade passiva, pois compromissou o imóvel à venda, registrando a avença junto ao Cartório de Registro de Imóveis de Itanhaém 1.989, assim como porque se trata de obrigação *propter rem*, devendo o feito prosseguir apenas contra os executados e atuais proprietários *Renee Aidar* e *Euzébio Guidolin*, que também figuram na CDA, sobretudo porque houve transmissão definitiva da propriedade por escritura compra e venda averbada na matrícula do imóvel em 19/06/2.017. Daí propugna pelo acolhimento de sua objeção com exclusão de seu nome do polo passivo da execução (fls. 01/12).

Recurso processado no efeito devolutivo e respondido pela agravada.

Relatado.

Consta dos autos que os débitos relativos IPTU de 2.012 e 2.015, recaíram sobre o imóvel de propriedade do executado, o qual o transferiu para *Renée Aidar*, procedendo ao registro na matrícula em 19/06/2.017, ou seja, depois do ajuizamento da execução fiscal. Assim, a adquirente e nova proprietária passa a responder pelos tributos relativos ao bem imóvel adquirido, porquanto configurada a responsabilidade decorrente da sucessão no domínio, nos expressos termos do artigo 131, inciso I, do CTN.

Como leciona RICARDO ALEXANDRE, ao tratar sobre a responsabilidade do adquirente de bens: *Conforme deflui do texto legal, a sub-rogação verificada na aquisição de bens é pessoal, ou seja, há mudança do sujeito passivo da obrigação, de forma que o adquirente passa a ser responsável por todo o crédito tributário relativo ao imóvel, não importando o montante, ainda que ultrapasse o valor do próprio bem.* (Direito Tributário. ed., Salvador. Ed. JusPodivm, 2017). De maneira que, tratando-se de responsabilidade do adquirente do imóvel, de fato, o executado tornou-se parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda.

Daí porque, **dá-se provimento ao recurso** para reconhecer a ilegitimidade passiva do executado, prosseguindo a execução fiscal em face da atual proprietária, *Renée Aidar*, que figura como devedora originária na CDA, sem condenação da vencida ao pagamento de honorários advocatícios, já que quando ajuizada a ação o executado permanecia como proprietário do bem tributado no Cartório de Registro de Imóveis.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2008226-96.2019.8.26.0000, da Comarca de Sumaré, em que é agravante MILTON MACHADO DA SILVA, é agravado SHIRLEI BELLINATI POLEZEL.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.386)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ e ANTONIO TADEU OTTONI.

São Paulo, 27 de março de 2019.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Agravo de Instrumento.

Bloqueio de 30% do valor recebido (Contracheque) – Pretensão à diminuição do valor ou liberação do eventual bloqueio, porquanto se trata de salários, o qual está assegurado pela impenhorabilidade – De rigor a manutenção da decisão que determinou o bloqueio, indenização decorrente de dano material com caráter alimentar – Entendimento do STJ, impenhorabilidade dos valores – Exceção prevista, para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como de importâncias que excedam a 50 salários mínimos mensais, e igualmente, para o pagamento de verba não-alimentar, quando os valores bloqueados não afetarem a dignidade do devedor – Decisão mantida.

Nega-se provimento ao recurso interposto.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Sumaré, que autorizou o desconto de 30% dos rendimentos líquidos do co-executado Milton para pagamento da condenação ao dano material, mediante depósito na conta bancária indicada. Postula a reforma do *decisum*, a fim de revogar a decisão que determinou a

penhora, determinando a liberação dos valores eventualmente já penhorados, ou subsidiariamente, caso seja mantida a condenação, seja reduzida a penhora a 10% do salário líquido, deduzidos todos os descontos, excluindo-se do cálculo horas extras, adicional noturno, gratificações e outro benefícios, ou ainda, se mantida a condenação em 30%, seja este efetuado sobre o líquido, deduzidos os fatores já elencados.

Desprovido o pedido de efeito suspensivo (fl. 108/109), sobreveio resposta (fl. 112/116).

É o relatório.

2. O recurso não merece provimento.

Ex ante, a matéria, quanto ao seu arrimo e solução, foi retratada no despacho que não concedeu o pedido de efeito suspensivo, que ora se mantém e se incorpora como norte decisório, vez que nada altera a convicção primeira, não havendo argumento que abale o exercício de exegese produzido, agora não mais de perfil provisório, azo pelo qual de rigor a transcrição: "1. Desprovejo o pedido de efeito suspensivo, porquanto ausentes os pressupostos autorizadores. Vale notar, na espécie, que o repositório processual civil vigente prevê, como regra, a impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, soldos, salários ... (inciso IV dos artigo 833). Contudo, há expressa previsão acerca de exceção, consoante o §2º: "**o disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem**, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, §8º, e no art. 529, §3º.", de toda sorte que a autorização de desconto de 30% dos rendimentos líquidos do agravante, escorreito se assevera, em especial pelo fato de que o Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o caráter absoluto da impenhorabilidade dos vencimentos, soldos e salários (dentre outras verbas destinadas à remuneração do trabalho) é excepcionado pelo §2º do art. 649 do CPC, quando se tratar de penhora para pagamento de prestações alimentícias, considerando possível a penhora de 30% da verba salarial para pagamento (AgRg no AREsp 201.290/MG, Relator Ministro Marco Buzzi, j. 04.02.2016), sendo o que basta em analise preliminar, própria para o momento, não sendo demais observar que o mesmo Tribunal permite inclusive para pagamento de verba não-alimentar, quando ficar demonstrado que a penhora não afeta a dignidade do devedor, a fim de evitar o "salvo-conduto" do devedor recalcitrante, que vive do salário" (g.n.).

Trata-se de cumprimento de sentença, ação de responsabilidade civil movida pela ora agravada em face do agravante Milton Machado da Silva (Guarda Municipal), pela morte de seu filho em perseguição, sendo o agravante condenado solidariamente ao Município de Sumaré ao pagamento

Acesso ao Sumário

de indenização, pelos danos materiais e morais causados, nos exatos termos em que requerido: "... determine os descontos mensais dos vencimentos recebidos por Milton Machado da Silva, ainda que a título de benefício previdenciário, de parcelas mensais até 50% de seus rendimentos ou rendas, até a importância de R$277.183,24, relativa à condenação por danos materiais com caráter alimentar ..." (fl. 14). Assim, não localizados bens passíveis de penhora, foi acolhido o pleito da credora e determinada à constrição de 30% de seu salário, azo da interposição do recurso de agravo de instrumento.

Sem sombra de dúvida, o respeitável *decisum* merece confirmação, os valores "eventualmente" constritos seriam para solver a condenação em indenização, o que de pronto afasta o caráter alimentar da referida verba, contudo, para melhor elucidação me permito a transcrição da norma vigente:

> "art. 833 São impenhoráveis:
>
> IV – **os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família**, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o §2º.
>
> X – a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 salários mínimos.
>
> §2º **O disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 salários mínimos mensais**, devendo a constrição observar o disposto no artigo 528, §8º, e no art. 529, §3º" (g.n.).

Considerando o regramento processual civil vigente, bem como o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, resta escorreita a conclusão de que a hipótese em exame se subsume a exceção lançada, pois proveniente de ilícito, julgado procedente e acolhido o pedido "com caráter alimentar", repita-se, daí a retidão na determinação de bloqueio (30%) na origem (fonte pagadora - folha de pagamento do Município de Sumaré, fl. 104).

Nessa esteira, viável se mostra o bloqueio tal como lançado, sendo valor disponível para penhora, em especial pelo fato de que se vislumbra valor remanescente, isto é, não consumido para própria subsistência, consoante itens descritos no contracheque acostado fl. 104, e mais "... a regra disposta no art. 649, inciso IV, do CPC não pode ser interpretada de forma literal. Em determinadas circunstâncias é possível a sua relativização...Não viola a garantia assegurada ao titular de verba de natureza alimentar a afetação de parcela menor de montante maior, desde que o percentual afetado se mostre insuscetível de comprometer

o sustento do favorecido e de sua família e que a afetação vise à satisfação de legítimo crédito de terceiro, representado por título executivo." (REsp 1356404/DF. Relator Ministro Raul Araújo, j. 04.06.2013).

Demais, cumpre recordar, novamente, que ainda que a dívida fosse não alimentar "... a jurisprudência desta Corte vem evoluindo no sentido de admitir, em execução de dívida não alimentar, a flexibilização da regra de impenhorabilidade quando a hipótese concreta dos autos revelar que o bloqueio de parte da remuneração não prejudica a subsistência digna do devedor e de sua família. 7. Busca-se, nesse contexto, harmonizar duas vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana – de um lado, o direito ao mínimo existencial; de outro, o direito à satisfação executiva" (REsp 1658069/GO, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 14.11.2017), pelo que, outra não é a solução senão a confirmação do *decisum.*

3. À vista do exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso interposto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2274528-60.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante SINAFRESP - SINDICATO DOS AGENTES FISCAIS DE RENDAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.575)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 1º de abril de 2019.

MARCELO MARTINS BERTHE, Relator

Ementa: RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. Pretensão de majoração de multa cominatória e adoção de outras medidas a compelir a Fazenda Pública ao cumprimento de obrigação de fazer. Hipótese em que

Acesso ao Sumário

a obrigação de fazer não guarda estrita correlação com o V. Acórdão proferido nos autos de Mandado de Segurança Coletivo nº 1003949-02.2013.8.26.0053 que tinha como objeto assegurar aos servidores que ingressaram no serviço público até a data de 22.01.2013 a escolha pelo regime de previdência anterior à edição da Lei Estadual nº 14.653/11. Questão diversa consubstanciada na violação ao direito dos servidores permanecerem no regime de previdência estabelecido pela Lei Estadual nº 14.653/11, diante da transferência compulsória ao regime antigo. Suposto ato coator diverso e superveniente, com base na Portaria SPPREV nº 162/2017. Impossibilidade de discussão de suposta violação dos direitos dos servidores transferidos compulsoriamente de regime, porquanto excederia os limites objetivos do julgado pelo v. acórdão. 3. Decisão mantida. Recurso desprovido

VOTO

Tratam os autos de recurso de agravo de instrumento extraído de Mandado de Segurança em fase de cumprimento de sentença nº 0002455-51.2015.8.26.0053, interposto contra a r. decisão de fls. 417/418, proferida **pela MM. Juíza da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital**, que indeferiu o pedido de penhora *on line* nas contas da Fazenda, esclarecendo acerca da possibilidade da execução provisória e, no limite legal, do pagamento por meio de RPV, estabelecendo ainda multa diária de R$ 500,00, a partir da intimação, limitada a R$ 20.000,00.

A particular interpôs recurso de agravo de instrumento sustentando, em síntese, que a Fazenda Pública ao invés de dar efetivo cumprimento ao acórdão, determinou o enquadramento compulsório dos servidores que ingressaram no serviço público antes de 22.01.2013 ao regime previdenciário antigo, descontando a contribuição previdenciária além do teto do RGPS, e, portanto, devida a restituição em folha e a majoração da multa diária e a representação ao Ministério Público para apuração de crimes de desobediência e prevaricação entre outros.

Acesso ao Sumário

A antecipação da tutela recursal foi indeferida pelo E. Desembargador Fermino Magnani Filho, que despachou durante o plantão judiciário (fls. 668/669).

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 673/684).

Não houve oposição à forma de julgamento virtual.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

A questão controvertida cinge-se no cumprimento provisório de decisão que concedeu a segurança consubstanciada no reconhecimento do direito de opção de regime de previdência até 22.01.2013, ressalvando o direto da Fazenda Pública ao recolhimento dos valores correspondentes a contribuição previdenciária no regime integral.

Neste passo, o V. Acórdão proferido nos autos n° 1003949-02.2013.8.26.0053, por unanimidade, assegurou o direito de opção ao regime previdenciário aos servidores filiados à entidade que ingressaram no serviço público até a data de 22.01.2013.

Com efeito, o objeto do mandado de segurança coletivo foi assegurar aos servidores que ingressaram no serviço público até a data de 22.01.2013 a escolha pelo regime de previdência anterior à edição da Lei Estadual n° 14.653/11, o qual não previa contribuição complementar além do limite estabelecido no regime geral da previdência social – RPGS.

Todavia, no caso dos presentes autos a questão é diversa, porquanto não se discute a violação ao direito dos servidores que ingressaram até 22.01.2013 a optarem pelo regime antigo, mas a violação ao direito dos servidores permanecerem no regime de previdência estabelecido pela Lei Estadual n° 14.653/11, diante da transferência compulsória ao regime antigo, realizada pela Fazenda Pública.

Neste passo, o suposto ato coator é diverso e superveniente daquele que ensejou a impetração do Mandado de Segurança Coletivo, tendo sua origem na Portaria SPPREV n° 162/2017 que diante da decisão proferida nos autos da ADI n° 2165511-31.2014.8.26.0000, adotou a vinculação obrigatória ao regime previdenciário então vigente a data de 22.01.2013, dando interpretação, no entendimento da Administração Pública, conforme ao provimento jurisdicional.

Em que pese a irresignação do Sindicato quanto à migração compulsória, dos servidores vinculados ao regime novo para o regime antigo e, o respectivo acréscimo da contribuição previdenciária, incabível sua discussão nos autos, porquanto excederia os limites objetivos do julgado pelo v. acórdão proferido por esta C. 5ª Câmara de Direito Público.

Assim, não há se falar em repetição de indébito e tampouco aplicação de medidas coercitivas, nos presentes autos de cumprimento provisório de sentença, a compelir à Fazenda Pública ao adotar providências não compreendidas no V. Acórdão.

Por tais razões, a r. decisão não comporta reparos, devendo ser integralmente mantida, por seus jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

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

A fim de evitar a oposição de Recurso Embargos de Declaração visando apenas o prequestionamento, e para viabilizar o acesso às vias extraordinária e especial, considera-se prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional deduzida nos autos, sendo desnecessária a citação numérica de todos os dispositivos mencionados (STJ EDcl no Resp 1662728/RS, Rel. Min. Herman Benjamim, Segunda Turma, DJe 02.08.2018).

Na hipótese de interposição ou oposição de qualquer recurso, incidental ou não, relacionado ao processo nº 0002455-51.2015.8.26.0053, onde há prevenção desta relatoria, ficam as partes intimadas e cientificadas, a partir da publicação desta decisão, que devem manifestar expressamente, na petição de interposição ou razões recursais, se se opõem à forma de julgamento virtual, nos termos da Resolução 549/11 do Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça, alertando que no silêncio o julgamento do recurso na forma virtual ou física ficará a critério do relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2272819-87.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO e SECRETÁRIO GERAL DE ADMINISTRAÇÃO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SP, é agravada MARIANA PEREIRA DE OLIVEIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.110 e 19.212)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CELSO FARIA (Presidente sem voto), PERCIVAL NOGUEIRA e LEONEL COSTA.

São Paulo, 2 de abril de 2019

JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DEFERIMENTO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA.

Acesso ao Sumário

TUTELA INIBITÓRIA DE DESCONTOS. Descontos nos vencimentos de servidora para restituição da verba salarial paga indevidamente. Aparente ilegalidade do ato administrativo. Tratando-se de verba de caráter alimentar, o pagamento indevido por culpa exclusiva da Administração Pública não está sujeito à restituição, salvo na hipótese de má-fé. No plano da cognição sumária, é possível identificar a hipótese de violação ao direito da impetrante, vez que os valores foram aparentemente recebidos de boa-fé pela servidora. Configuração dos pressupostos para a concessão da liminar. Decisão mantida.

PRESSUPOSTO RECURSAL. Insurgência em relação à ordem de restituição das verbas pretéritas à impetração do mandado de segurança. Não conhecimento da insurgência. A concretização da devolução do valor anteriormente à interposição do recurso determina a perda de objeto em relação a este capítulo da decisão.

NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO NA PARTE CONHECIDA. RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADO.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento impugnando decisão proferida pelo Juízo da 14ª Vara Judicial da Comarca de São Paulo que, em mandado de segurança, deferiu a tutela inibitória de descontos nos vencimentos da impetrante e determinou a devolução imediata do valor descontado na folha de pagamento de 07.11.18 (fls. 75-76 – origem).

Os agravantes sustentam, em síntese, (i) a impetração de mandado de segurança por servidora da Assembleia Legislativa ocupante do cargo de Analista Legislativo que recebeu pagamentos de valores acima dos devidos; (ii) a concessão da concessão da tutela inibitória para impedir os descontos dos vencimentos; (iii) a ausência dos requisitos para a concessão da liminar; (iv) a inadequação do mandado de segurança para a restituição dos valores descontados; (v) o reconhecimento da boa fé da impetrante é insuficiente para afastar os descontos diante da inexistência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida e da interpretação razoável, embora errônea, da Administração, requisitos exigidos pelo art. 153-F

Acesso ao Sumário

do Ato 30/2010 da Mesa; (vi) o pedido de revogação da liminar.

Atribuído, em parte, efeito suspensivo ao recurso (fls. 70/75), veio resposta (fls. 79/89).

Em apenso, tem-se embargos de declaração opostos onde a agravada pretende o reconhecimento da perda do objeto do agravo em relação à ordem devolução dos valores (fls. 1/4). Foi apresentada resposta às fls. 10/13.

É o relatório.

O agravo impugna a decisão deferiu a liminar e devolve para o tribunal "*ad quem*" a matéria relativa aos pressupostos para o manejo da tutela de urgência, o que inibe a possibilidade de cognição exauriente sobre o substrato do "*mandamus*".

Hely Lopes Meirelles preleciona que "*para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito - fumus boni juris e o periculum in mora. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final, é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa*" (**Mandado de Segurança, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 81**).

É a orientação recepcionada pelo artigo 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009. A propósito do referido dispositivo legal, Cassio Scarpinella Bueno preleciona que "*para concessão da liminar, o impetrante deverá convencer o magistrado de que é portador de melhores razões que a parte contrária; que o ato coator é, ao que tudo indica, realmente abusivo ou ilegal. Isto é tanto mais importante em mandado de segurança porque a petição inicial, com os seus respectivos documentos de instrução, é a oportunidade única que o impetrante tem para convencer o magistrado, ressalvadas situações excepcionais como a que vem expressa no §1º do art. 6º da nova Lei, de que é merecedor da tutela jurisdicional, isto é, de que é efetivamente titular do direito que afirma ser seu*" (**'A Nova Lei do Mandado de Segurança', 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64**).

Como se disse, neste momento processual, em que se discute o cabimento da tutela de urgência, não se resolve definitivamente se as alegações revestem-se da necessária certeza jurídica e material para concessão da segurança. Interessa apenas determinar se foram apresentados elementos probatórios para obtenção da tutela diferenciada.

A decisão impugnada deferiu a liminar para obstar os descontos nos vencimentos da impetrante e para determinar a restituição imediata do valor já descontado no pagamento realizado em 7.11.18.

"*Prima facie*", parece correta a decisão agravada apenas na parte em que concedeu a tutela inibitória para impedir os descontos nos vencimentos da servidora.

Sem pretender avançar sobre o substrato da causa é possível dizer que o caráter alimentar da quantia indevidamente recebida por culpa exclusiva da Administração Pública obsta a restituição, salvo má-fé, o que, a princípio, não parece não ser a hipótese dos autos.

Neste momento, ganha especial relevância a existência de Parecer da Procuradoria da Assembleia Legislativa favorável à preservação da intangibilidade do patrimônio, reconhecendo a ausência de má-fé e o erro exclusivo da Administração no pagamento a maior de valores (fls. 29/43 e 64 – origem).

Essa é a posição consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. SUPRESSÃO DE VANTAGEM. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU CULPA. DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. EQUÍVOCO COMETIDO PELA ADMINISTRAÇÃO NA CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. COBRANÇA NA VIA ADMINISTRATIVA. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. MÁ-FÉ. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR CONDUTA DOLOSA OU CULPOSA CAUSADORA DE DANO AO ERÁRIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de serem indevidos os descontos nos vencimentos do servidor quando recebidos erroneamente, em virtude de equívoco da Administração Pública, se não constatada a má-fé do beneficiado.

2. É assente a compreensão de que a obrigação de reparar o dano causado à Administração pelo servidor exige a comprovação de o agente público ter agido com dolo ou culpa, por tratar-se de responsabilidade subjetiva. Após essa comprovação, o ressarcimento ao Erário deverá ser buscado pelo ente público mediante ação judicial, não podendo decorrer somente dos princípios da autotutela e autoexecutoriedade.

3. Recurso em mandado de segurança provido para determinar o descabimento da reposição ao Erário dos valores recebidos, determinando-se a devolução dos descontos efetuados na remuneração da recorrente" **(RMS 18.780/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 11/06/2012)**

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDORA PÚBLICA. VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE POR ERRO EXCLUSIVO DA ADMINISTRAÇÃO. CLASSIFICAÇÃO EQUIVOCADA DO SERVIDOR. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. CARÁTER ALIMENTAR. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Acesso ao Sumário

1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que ***não é lícito efetuar o desconto de diferenças pagas indevidamente a servidor ou pensionista em decorrência de erro da própria Administração Pública, quando se constata que o recebimento pelo beneficiado se deu de boa-fé****, como no caso em análise. Precedentes: AgRg no AREsp 6.788/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 30/9/11; AgRg no Ag 1.424.798/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16/2/12; AgRg no Ag 1.422.169/RN, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 29/2/12; AgRg no REsp 1.336.996/AP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/10/12; AgRg no AREsp 172.115/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/11/12; AgRg no REsp 1329172/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/08/12.*

3. Agravo regimental não provido" **(AgRg no AREsp 174.359/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 02/09/2013).**

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – DESCONTO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ POR SERVIDOR PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DE ERRO DA ADMINISTRAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – EMBARGOS REJEITADOS.

1. O requisito estabelecido pela jurisprudência, para a não devolução de valores recebidos indevidamente pelo servidor, não corresponde ao erro da Administração, mas, sim, ao recebimento de boa-fé.

2. Pelo princípio da boa-fé, postulado das relações humanas e sociais, deve-se orientar o Direito, sobretudo as relações de trabalho entre agente público e Estado. (RMS 18.121, Rel. Min. Paulo Medina)

3. Valores recebidos indevidamente pelo servidor, a título de vencimento ou de remuneração, não servem de fonte de enriquecimento, mas de subsídio dele e de sua família.

4. Ainda que o recebimento de determinado valor por servidor público não seja devido, se o servidor o recebeu de boa fé e com base na teoria da aparência, não se pode exigir sua restituição. Precedentes.

5. Embargos de divergência conhecidos, porém rejeitados" **(EREsp n. 612.101/RN, 3ª Seção, rel. Min. Paulo Medina, j. 22.11.2006).**

Acesso ao Sumário

De outra banda, no que tange à determinação de restituição de valores, em sede de cognição sumária, prevalece que o mandado de segurança não pode servir como sucedâneo de ação de cobrança. Nesta senda, o provimento jurisdicional concedido liminarmente não poderia determinar a restituição de valores descontados anteriormente à impetração.

Nesse sentido, destaco os enunciados do Supremo Tribunal Federal:

"Súmula 269 - O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança."

"Súmula 271 - Concessão de mandado de segurança não produz

efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria."

Ressalto que esses enunciados influenciaram a redação do art. 14, §4º, da Lei 12.016/2009, "verbis":

"§4º. O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial".

Como se vê, a via processual adotada alberga a possibilidade de concessão da ordem apenas em relação às verbas remuneratórias posteriores à impetração.

Dessarte, o agravo comportaria provimento apenas para determinar o afastamento da ordem de devolução dos valores descontados anteriormente à impetração (22.11.18).

Na hipótese dos autos, contudo, a verba pretérita foi restituída antes da interposição do recurso, fato este que determinou a perda de objeto em relação a este capítulo do agravo de instrumento.

Ante o exposto, conheço em parte do agravo de instrumento e, na parte conhecida, nego-lhe provimento. E julgo prejudicado o recurso de embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2164643-14.2018.8.26.0000, da Comarca de Pontal, em que é agravante FERROVIA CENTRO ATLÂNTICA S/A, é agravada LUCIMARA GONÇALVES VIEIRA.

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 6.327)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores TERESA RAMOS MARQUES (Presidente) e PAULO GALIZIA.

São Paulo, 18 de março de 2019.

TORRES DE CARVALHO, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA. Reintegração de posse. Pontal. Faixa de domínio da via férrea. Área pública.

Acesso ao Sumário

Ocupação clandestina. Risco aos ocupantes e à operação dos trens. Reintegração. Demolição. Remessa do processo à Justiça Federal. – 1. Agravo. Hipóteses. O art. 1.015 do CPC/15 não prevê a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra decisão que discute a competência para o processamento e julgamento da lide. Porém, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que é cabível agravo na hipótese, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015 (REsp nº 1.679.909, 4ª Turma, 14-11-2017, Rel. Luis Felipe Salomão). Essa é a posição que prevalece. – 2. Competência. O interesse da União não se presume unicamente por se tratar de bem afetado à prestação de um serviço público federal, ainda mais considerando que a agravante é pessoa jurídica de direito privado. A questão colocada em discussão é a posse da faixa de domínio do Poder concedente, e não o domínio em si, a afastar hipotético interesse da União que justificaria a remessa do processo, que tramita há cerca de oito anos, para a Justiça Federal. A competência para julgamento da demanda é da Justiça Estadual, devendo o processo retomar seu regular curso. – Decisão que declina da competência e determina remessa do processo à Justiça Federal. Agravo provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interposto contra a decisão de fls. 200/201, aqui fls. 26/27, que reconheceu a incompetência absoluta do juízo, determinando a remessa do processo para a Justiça Federal. A agravante alega que, por força de concessão, é responsável pela exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de carga na denominada malha Centro-Sudeste; incontestável que a faixa de domínio público em que houve a invasão, por estar em torno da linha férrea, é bem público da União; contudo, a administração, guarda e utilização é da concessionária; cita jurisprudência. Discorre sobre a irregularidade da ocupação e sobre a extensão da faixa de domínio. Nem a União, nem autarquia ou empresa pública federal possui interesse na ação possessória ajuizada em desfavor da agravada, já que a posse direta da faixa de domínio e da faixa não edificante da ferrovia foi transferida à agravante através do Contrato de Concessão; é inquestionável a competência desta Justiça Comum Estadual

Acesso ao Sumário

para o processamento da presente ação possessória. Pede a intimação da União para que manifeste, ou não, o interesse na causa. Pede o provimento do recurso.

Suspendi a decisão agravada a fl. 131. Intimada a recolher as custas para intimação da parte contrária, a agravante quedou-se inerte (fl. 133). Deixo de insistir na intimação da agravada, uma vez que esta não possui advogado constituído nos autos, bem como pelo fato de que o julgamento deste recurso não acarretará em prejuízo aos seus interesses.

É o relatório.

2. Agravo. O art. 1.015 do CPC/15 não prevê a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra decisão que discute a competência para o processamento e julgamento da lide. Porém, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento REsp nº 1.679.909, 4ª Turma, 14-11-2017, Rel. Luis Felipe Salomão, firmou o entendimento no sentido de que "a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma 'ratio', qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda". Essa é a posição que prevalece, por isso passo à análise do recurso.

3. Trata-se de ação de reintegração de posse ajuizada por FERROVIA CENTRO ATLÂNTICA S/A em face de LUCIMARA GONÇALVES VIEIRA, sob a alegação de que a ré ocupa irregularmente a faixa de domínio da ferrovia no km 46+410, Rua Antônio Costa Vieira, nº 90 – fundos, em Pontal, colocando em risco a operação da ferrovia e a própria vida e saúde. Verifica-se dos autos que a ré não tem advogado constituído e que a ação, ajuizada em 2011, ainda não teve instrução relevante. A decisão agravada, com fundamento no art. 109, I da CF, declarou a incompetência da Justiça Estadual para julgar o feito, por entender que a faixa de domínio da ferrovia pertence à União, que teria interesse na causa.

4. Competência. Nos termos do art. 100, I da CF, aos juízes federais compete processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, ré, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. No caso, a leitura feita pelo juízo não é a melhor; a lide não discute a propriedade ou o domínio da União, mas apenas a sua posse e a segurança da operação dos trens, atribuição própria da concessionária.

É ação possessória movida por empresa de direito privado contra os ocupantes da área, sem interesse direto da União e que não se enquadra no figurino traçado pelo art. 109 da Constituição Federal. A agravante tem razão;

Acesso ao Sumário

a competência para julgamento da demanda é da Justiça Estadual, devendo o processo retomar o curso já alongado pelos oito anos de tramitação.

O voto é pelo **provimento do agravo** para afirmar a competência da Justiça Estadual e reformar a decisão de remessa à Justiça Federal. Faculto às partes oporem-se, em igual prazo, ao julgamento virtual de recurso futuro.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2262188-84.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante KANKAN HOLDING LTDA., 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 30.128)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

SILVA RUSSO, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – MULTA (Infração à legislação de obras) – Exercício de 2017 – Inviabilidade da garantia oferecida (bem imóvel) com base na recusa fundada da exequente de que o valor venal de referência é inferior ao valor da dívida – Possibilidade – Ausência de fundamentação apta a rechaçar o bem imóvel indicado à penhora, na medida em que o valor venal de referência supera o valor exequendo – Relatividade da ordem legal de preferência estabelecida no artigo 11 da Lei nº 6.830/80, a qual pode ser afastada à luz do caso em concreto, como o que ora se verifica – Demonstração de equilíbrio entre o princípio da menor onerosidade e o do interesse do credor – Incidência dos comandos normativos previstos nos artigos 797 e 805 do CPC – Incidência, de todo modo, do art. 15 da LEF – Decisão

Acesso ao Sumário

reformada – Recurso provido.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 26 – nos autos da execução fiscal proposta pelo agravado, com vistas ao recebimento de valores de Multas por infração à legislação de posturas municipais – que não aceitou o bem nomeado à penhora, com base na recusa fundada da exequente, alegando a agravante, em suma, que se trata do único bem imóvel livre e desimpedido da executada, localizado na comarca de São Paulo, bem como que o aludido imóvel possui dois números de contribuinte – nº 178.023.0005-2 e 178.023.0038-9 –, cujos valores venais de referência, somados, superam o montante do crédito exequendo, razão pela qual não prevalece a impugnação realizada pela municipalidade consistente na insuficiência do bem indicado à penhora para assegurar o juízo (fls. 01/09).

Recurso tempestivo, preparado (fls. 27/28), processado sem a concessão da almejada liminar (fls. 92 e 107), e respondido (fls. 97/104).

É o relatório.

A r. decisão recorrida deve ser reformada.

O agravado ajuizou execução fiscal contra a agravante com vistas ao recebimento de créditos atinentes à Multa por infração à legislação de posturas municipais, conforme se observa da Certidão de Dívida Ativa de fl. 18.

A executada ofertou bem imóvel à penhora asseverando que o valor do aludido bem é suficiente para garantir o juízo, eis que aquele possui dois números de contribuinte – nº 178.023.0005-2 178.023.0038-9 –, cujos valores venais de referência, somados, perfazem o montante de R$ 787.000,000, nos termos da certidão de matrícula de nº 167.862 (fls. 22/24).

A municipalidade impugnou o bem oferecido à penhora, nos termos da ordem preferencial prevista nos artigos 9º, incisos III; e 11, ambos da Lei 6.830/80 e 612 e 655 do CPC/73, requerendo a realização de penhora de ativos financeiros da agravante (fls. 79/81).

O d. Juízo *a quo* proferiu a r. decisão de fl. 26, da qual ora se agrava, indeferindo a nomeação do bem oferecido à penhora pelo agravante, com base na recusa fundada da exequente/agravada.

É o relatório.

Como se sabe, ainda que a execução deva ser feita da forma menos gravosa ao devedor, nos termos do que dispõe o artigo 805 do Novo CPC, necessário se faz observar que o referido princípio deve ser interpretado de maneira equilibrada com o princípio da satisfação do credor, conforme artigo 797 do adrede mencionado diploma.

Acesso ao Sumário

Certo é que o credor pode utilizar todos os meios estabelecidos em lei para a satisfação do crédito e, assim, se por um lado ao devedor é dado o direito de, preferencialmente, ofertar bens à penhora, em contrapartida, de outro modo, à Fazenda credora tem o direito de recusar aqueles que não atendam aos seus interesses, sempre observando- se que o dinheiro é o primeiro no rol de preferência para a garantia e satisfação da dívida fiscal, nos termos do artigo 11 da Lei nº 6.830/80.

Ainda que o aludido rol preferencial não seja absoluto, tem-se que os bens ofertados devem ter a propensão de garantir o juízo, o que ora se verifica, na medida em que, conforme se observa da análise da certidão imobiliária (fls. 22/24 e 86/89), tem-se que o aludido bem imóvel tem dois números de contribuinte – 178.023.0005-2 e 178.023.0038-9 –, cujos valores, somados, consistem em R$ 787.000,00.

No mesmo sentido é o teor da escritura de compra e venda do aludido imóvel, lavrada pelo 13º Tabelião de Notas da Comarca de São Paulo, onde consta de forma expressa que o valor do referido negócio jurídico foi de R$ 787.000,00 (fls. 82/85).

Com efeito, tendo em vista que o valor da ação é de R$ 622.449,60, bem como que o débito atualizado é de R$ 765.800,34 (fl. 60), conclui-se que o bem indicado à penhora é suficiente, ao menos por ora, para garantir o Juízo, sendo certo que eventual alteração superveniente do débito ou do bem oferecido poderá ensejar reforço da penhora.

Dessa forma, é de rigor a reformada da r. decisão agravada, deferindo a nomeação do bem imóvel oferecido à penhora, ante a ausência de recusa fundada por parte da municipalidade, bem como diante da concretização da garantia do juízo, eis que o bem nomeado tem valor superior ao do crédito exequendo, nos termos do artigo 11, inciso IV, do CPC.

Ante o exposto, dá-se provimento ao presente recurso de agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2052234-61.2019.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que é agravante DEPARTAMENTO DE AGUA E ESGOTO DE MARILIA - DAEM, é agravado PAULO GONCALVES OLIVEIRA.

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 34.792)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), SILVA RUSSO e RODRIGUES DE AGUIAR.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

ERBETTA FILHO, Relator

Ementa: EXECUÇÃO FISCAL – Município de Marília – Indeferimento de pedido de remessa de ofício à Receita Federal, com vistas a identificar o número de CPF da pessoa demandada – Necessidade do CPF para a realização de pesquisa nos sistemas BACENJUD, INFOJUD e RENAJUD para a localização da executada – Direito subjetivo da pessoa jurídica demandante – Artigo 319, § 1º, do NCPC – Princípio da cooperação – Inviabilidade da cobrança, se não houver auxílio do Poder Jurisdicional – Hipótese em que a autoridade federal invoca a intimidade e o sigilo fiscal dos contribuintes – Pedido cujo acolhimento se impõe – Decisão reformada para essa finalidade. Recurso provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de decisão que, nos autos da execução fiscal intentada pelo ora agravante, indeferiu seu pedido para que fosse requisitada à Receita Federal o número de inscrição da parte executada no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF).

A autarquia agravante busca a reforma do *decisum*, aos seguintes argumentos, em resumo: proposta a demanda executiva, o agravado não foi regularmente citado, eis que a autarquia agravante não possui o atual endereço no qual aquele reside; assim, requereu que o Juízo *a quo* oficiasse à Receita Federal para que esta fornecesse os dados do agravado, de modo a possibilitar sua regular citação; o pedido da autarquia agravante foi indeferido sob um pretexto contraditório, de que não cabe ao Poder Judiciário suprir as eventuais falhas referentes ao cadastramento de dados do executado; no entanto, os dados aos quais se busca acesso são sigilosos, não dispondo a Fazenda de meios para acessá-los, razão pela qual é necessária a requisição judicial de tais informações; ademais, o artigo 319 do CPC em seu §1º estabelece o dever do magistrado de

Acesso ao Sumário

suprir eventuais lacunas referentes aos dados da pessoa demandada, nos casos em que o demandante não dispuser dos mesmos; tal norma é regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça em seu Provimento nº 61 de 17 de outubro de 2017, o qual especifica o dever do magistrado cooperar neste sentido; em outros casos, a autarquia agravante tentou solicitar administrativamente os dados cadastrais juntamente à Receita Federal do Brasil, porém, a autoridade fiscal, com artigo 5º, inciso X, da CF, e no artigo 198 do CTN, sempre tem negado os requerimentos, conforme se demonstra com a cópia de ofício em anexo, referente ao processo nº 0601554-73.2011.8.26.0344; conclui-se, então, que somente com a ordem judicial poder-se-á obter a informação, a fim de se preservar o direito à inviolabilidade e o sigilo fiscal da pessoa agravada, conforme ditames constitucionais e legais já mencionados; além disso, a cláusula de reserva de jurisdição determina que cabe exclusivamente ao Poder Judiciário decidir acerca de determinados direitos fundamentais do indivíduo, inclusive da quebra de sigilo fiscal, prerrogativa exclusiva do magistrado.

Deixa-se de determinar a intimação do agravado, uma vez que ainda não se formou a relação jurídica processual.

É o relatório.

Procede a irresignação.

Trata-se de execução fundada em créditos decorrentes do não pagamento dos serviços de água e esgoto relativos ao período compreendido entre os exercícios de 2011 a 2015.

O exequente, ora agravante, Departamento de Água e Esgoto de Marília (DAEM), admite não conhecer o número de CPF (Cadastro de Pessoas Físicas, do Ministério da Fazenda) do executado. E esse desconhecimento o impossibilita de solicitar o uso dos sistemas informatizados para buscas de dados da executada (RENAJUD, INFOJUD e BACENJUD).

Diante dessa dificuldade, o exequente requereu ao Juízo de origem que se oficiasse à Receita Federal, requisitando-lhe o número de CPF da pessoa executada, de modo a viabilizar as pesquisas citadas e o prosseguimento da cobrança judicial. O douto Magistrado *a quo*, contudo, entendeu não caber ao Poder Jurisdicional esta diligência. Sob esse fundamento indeferiu o pedido.

A decisão comporta reforma, pois tal indeferimento, além de não observar a cooperação recíproca exigida de todos os sujeitos do processo, também pode surtir o deletério efeito de inviabilizar a cobrança judicial empreendida pelo exequente. Senão vejamos.

Com efeito, o art. 6º do novo Código de Processo Civil brasileiro estabelece que: "*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*". E o mesmo diploma igualmente contém disposições expressas sobre a necessidade

Acesso ao Sumário

de se informarem os dados dos sujeitos passivos processuais.

Uma dessas disposições estatui o direito subjetivo da parte demandante de buscar o auxílio do Poder Jurisdicional para encontrar a informações faltantes. Cuida-se do § 1º do artigo 319, *in verbis*: "*Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção*".

E as informações a que se refere esse dispositivo legal são "*os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu*". Portanto, em primeiro lugar, o deferimento da medida pleiteada decorre da própria lei pessoal.

Em segundo lugar, no caso concreto, o exequente demonstrou documentalmente que a Receita Federal não tem atendido a suas solicitações. De fato, os documentos copiados a fls. 33/34 não deixam dúvida quanto à recusa expressa da autoridade federal em compartilhar as informações requeridas pelo DAEM.

Por outro lado, as motivações apresentadas pelo órgão federal, como se vê, fundam-se em princípios constitucionais que protegem o sigilo fiscal e a intimidade dos administrados e que, exatamente por isso, prescrevem a necessidade de intervenção do Estado-juiz sempre que a legítima busca por dados pessoais de um contribuinte puder, de algum modo, ferir esses direitos protegidos pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Fica claro diante disso, que, em casos como este, a própria efetividade da cobrança judicial promovida pela Fazenda Pública restará prejudicada, se não puder contar com o auxílio do Poder Jurisdicional para a descoberta dos dados em apreço.

Todas essas considerações, enfim, demonstram a incorreção do *decisum* atacado. Daí ser imperativa sua reforma, a fim de ser acolhido o pedido da autarquia exequente, com vistas a que seja oficiada a Receita Federal.

Na conformidade do exposto, então, e para o fim enunciado, em suma, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2159246-71.2018.8.26.0000, da Comarca de Dracena, em que é agravante DIEGO ROQUE (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado DEPARTAMENTO

ESTADUAL DE TRÂNSITO – DETRAN.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Julgaram prejudicado o recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.707)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente), ANTONIO CARLOS MALHEIROS e JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA.

São Paulo, 1º de abril de 2019.

ENCINAS MANFRÉ, Relator

Ementa: Agravo de instrumento. Superveniência de sentença. Perda de objeto caracterizada. Recurso prejudicado.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento (folhas 1 a 11) por *Diego Roque* contra a respeitável decisão (folhas 74 a 76) pela qual, a propósito de ação anulatória contra ato do Departamento de Trânsito de São Paulo (*DETRAN-SP*), se indeferiu pedido tendente à concessão de provimento liminar para que determinada a expedição de carteira nacional de habilitação (CNH).

Esse agravante, com efeito, alegou, em suma, o seguinte: a) tempestividade do presente recurso; b) conquanto suspenso o direito de dirigir dele, dado prestar socorro ao filho (com dois anos de idade), conduzira veículo no dia 29 de setembro de 2016; c) ter sido abordado por policiais militares, ocasião em que lhe aplicaram multas por infração de trânsito e, após, lhe fora cassada a habilitação; d) necessitar a utilização de veículo automotor para o exercício de trabalho; e) consideração ao princípio da dignidade da pessoa humana; f) observância aos arestos colacionados; g) preenchidos os pressupostos autorizadores, requerer a concessão de tutela antecipada para que determinada a emissão da Carteira Nacional de Habilitação (CNH); h) ao final, objetivar o provimento deste recurso.

Não se concedeu o provimento liminar objetivado (folhas 83 a 86).

Certificou-se o decurso de prazo para a apresentação de resposta pelo agravado (folhas 90).

É o relatório, preservado, no mais, o referente a essa decisão *a quo*.

Impõe-se julgar prejudicado este agravo de instrumento.

É que, mediante consulta nos autos principais (registrados sob o número 1002222-75.2018.8.26.0168), se verifica ter havido prolação de sentença pelo

Acesso ao Sumário

MM. Juiz da causa em 21 de fevereiro de 2019 (folhas 151 a 154 dos autos originários).

Por sinal, constou dessa decisão, dentre o mais, o seguinte:

"(...) o autor foi autuado por infração deste artigo, não justificando-se pelas alegações da exordial, pois o autor, mesmo após a decisão de fls. 63/65, não juntou aos autos qualquer documento que prove ter levado seu filho ao hospital para que a situação fosse analisada mais à fundo.

(...) Trata-se de prova de fato constitutivo do direito do autor, nos termos do artigo 333, inciso I, incumbia a ele esse ônus probatório. Não tendo se desincumbido de seu ônus legal, o desfecho somente pode ser a improcedência do pleito inicial.

Ante o exposto, ***JULGO IMPROCEDENTE A DEMANDA*** *(...)."*

Dessa forma, verificada a perda de objeto, bem como do interesse recursal, prescindível analisar-se o conteúdo das alegações do ora agravante[1].

À vista do exposto, julga-se prejudicado este recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2036261-66.2019.8.26.0000, da Comarca de São Caetano do Sul, em que é agravante MUNICÍPIO DE SÃO CAETANO DO SUL, é agravado HOSPITAL E MATERNIDADE CENTRAL 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 8.704)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), ERBETTA FILHO e SILVA RUSSO.

São Paulo, 5 de abril de 2019.

RAUL DE FELICE, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – ISS do exercício de 2009 – Município de São Caetano do Sul – Insurgência contra decisão

1 Nesse sentido, *mutatis mutandis*, é de consideração aresto desta Câmara ementado na seguinte conformidade: "*Agravo de instrumento – Ação de obrigação de fazer – Fornecimento de medicamentos em razão de doenças graves – Superveniência de sentença – Recurso prejudicado com a prolação da r. sentença de Primeiro Grau – Perda de objeto – Recurso prejudicado*." (agravo de instrumento 2211311-77.2017.8.26.0000, relator o desembargador Marrey Uint, julgamento em 15 de maio de 2018).

que deferiu a exclusão dos sócios do polo passivo da execução fiscal diante da ausência de indícios de dissolução irregular da empresa ou de prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto – Ausência de indícios de qualquer ilegalidade de atos, dissolução ou baixa da empresa – Inaplicabilidade, *in casu*, do teor da Súmula 435 do STJ – Ilegitimidade passiva – Ausência de sujeição à preclusão – Matéria de ordem pública que pode ser levantada, inclusive de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição – Decisão mantida – Recurso não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CAETANO DO SUL** contra a decisão proferida copiada às fls.176/179 que, nos autos da execução fiscal nº 0001819-43.2011.8.26.0000 por ela ajuizada em face de **HOSPITAL CENTRAL E MATERNIDADE LTDA**., acolheu a exceção de pré-executividade apesentada, deferindo a exclusão dos sócios do polo passivo da ação, diante da ausência de indícios de dissolução irregular da empresa ou de prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por parte deles, a ensejar o redirecionamento.

Sustenta a agravante que a decisão que deferiu o redirecionamento da ação para os sócios, prolatada em 05/10/2012, não pode ser reconsiderada diante da ocorrência de preclusão, nos termos dos arts. 471 do CPC/1973 e art. 505 do CPC/2015, e que o redirecionamento é possível no caso, tendo em vista que, conforme o contrato social da empresa, eles possuem poder de administradores e assinam pela empresa, razão pela qual, devem responder pela obrigação tributária por aplicação do art. 135 do CTN, considerando-se a ilegalidade na conduta da pessoa jurídica executada, que deixou de recolher o ISS, bem como pelo embaraço causado por parte dos sócios na efetivação da execução. Ademais, pleiteia a aplicação do art. 50 do CC para desconstituição da pessoa jurídica, visto que os sócios deixam de fornecer documentos obrigatórios para o prosseguimento da penhora de bens, ferindo, ainda, o princípio constitucional da celeridade processual e da boa-fé processual. Requer o provimento do recurso, para que os sócios sejam mantidos no polo passivo da execução fiscal.

Acesso ao Sumário

Não há pedido liminar.

O recurso foi recebido e processado, tendo a agravada apresentado

contraminuta às fls.196/200.

É O RELATÓRIO.

Extrai-se dos autos que a Prefeitura Municipal de São Caetano do Sul ajuizou execução fiscal em face de Hospital e Maternidade Central Ltda. objetivando o recebimento de ISS do exercício de 2009, no valor de 351.167,01 (fls.16/20).

A citação da pessoa jurídica se aperfeiçoou em 11/02/2011 (fls.22) e após a penhora de bens, a municipalidade requereu o aditamento do auto de penhora para que a executada apresentasse as notas fiscais demonstrando a titularidade dos equipamentos hospitalares e a informação a respeito de serem livres de ônus ou penhora em outros processos (fls.33/34, 42/46).

Diante da não apresentação das notas fiscais, a exequente requereu a penhora online de ativos financeiros da executada e, após o insucesso do bloqueio, a inclusão dos sócios no polo passivo, em outubro de 2012, o que foi deferido, tendo a citação ocorrido em março de 2013 (fls.69/77, 85).

O sócio Carlos Alberto Seraphim, após o bloqueio de valores contidos em suas contas bancárias, apresentou exceção de pré-executividade alegando prescrição dos créditos e ilegitimidade passiva (fls.145/166).

O d. juízo *a quo* entendeu por bem deferir a exclusão dos sócios do polo passivo, ensejando a interposição do presente recurso, que não merece prosperar.

Em caso de dissolução irregular da sociedade ou da prática de atos com excesso de poderes ou ilegais, o redirecionamento da execução fiscal para os sócios-administradores é possível, conforme previsão dos artigos 135, "caput" e inciso III, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

> *"Art. 135 - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:*
>
> *(...)*
>
> *III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado."*

O STJ consagrou o redirecionamento ao editar a Súmula nº 435, com o seguinte enunciado: "*Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente*."

Não obstante a possibilidade de redirecionamento da execução fiscal aos sócios, no caso dos autos, a mera inadimplência não comprova a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, ou ainda, dissolução irregular, sendo incontroverso o fato de que a empresa se

Acesso ao Sumário

encontra em funcionamento.

Assim, não havendo nos autos indícios suficientes que levem a concluir pela prática de atos ilegais por parte dos sócios, ao menos por ora, há que se reconhecer a impossibilidade do redirecionamento da ação executiva face deles.

Por fim, não prospera a alegação de preclusão da decisão que deferiu a inclusão dos sócios no polo passivo tendo em vista que a ilegitimidade é matéria de ordem pública e pode ser arguida a qualquer tempo e grau de jurisdição, não sendo passível, portanto, de preclusão (art. 267, § 3º do CPC/1973, vigente à época da decisão e 485, § 3º do CPC/2015).

De rigor, então, a manutenção da decisão agravada, tal como proferida.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2225784-34.2018.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante RICARDO ALBANO COMIN (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado 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: Deram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 35.302)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MIGUEL PETRONI NETO (Presidente) e LUIS FERNANDO NISHI.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

PAULO ALCIDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DECLARATÓRIA PROPOSTA CONTRA O ESTADO DE SÃO PAULO. PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA OBJETIVANDO A AUTORIZAÇÃO PARA A CAÇA DE JAVALI ("SUS SCROFA"). PRESENÇA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 300 DO NCPC (LEI Nº 13.105/2015). PLAUSIBILIDADE DA TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL N° 16.784/2018 (CUJO ARTIGO 1º VEDA A CAÇA, EM TODAS AS SUAS MODALIDADES, SOB QUALQUER PRETEXTO, FORMA E

PARA QUALQUER FINALIDADE, EM TODO O ESTADO DE SÃO PAULO"). LEI FEDERAL Nº 5.197/1967 QUE ADMITE A CHAMADA "CAÇA DE CONTROLE", EM CARÁTER EXCEPCIONAL, MEDIANTE PERMISSÃO DO PODER PÚBLICO FEDERAL. LEI ESTADUAL IMPUGNADA QUE APARENTEMENTE INVADE A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PARA DISPOR SOBRE A PRÁTICA. NOTÓRIA NOCIVIDADE DA ESPÉCIE EXÓTICA INVASORA JAVALI ("SUS SCROFA"), RECONHECIDA PELO IBAMA. PREMÊNCIA DO SEU CONTROLE E MANEJO POPULACIONAL. RISCO AO MEIO AMBIENTE E AO ECOSSISTEMA LOCAIS. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por RICARDO ALBANO COMIN contra a r. decisão que, em ação declaratória de inconstitucionalidade proposta contra o ESTADO DE SÃO PAULO, indeferiu o pedido de tutela de urgência formulado pelo agravante, com o objetivo de obter autorização para promover a caça de animal exótico (javali – *sus scrofa*).

Considera presentes os requisitos legais para a concessão da tutela. Insiste na inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 16.784/2018 que, em seu entender, invade a competência da União para legislar sobre a caça no país. Reitera os argumentos sobre a nocividade da espécie que pretende abater. Pede a reforma da decisão (fls. 01/52).

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória de inconstitucionalidade de lei estadual proposta contra o Estado de São Paulo.

Ressalte-se, inicialmente, que, embora intitulada de "ação declaratória de inconstitucionalidade" (da Lei estadual nº 16.784/2018), a pretensão do **recorrente é, na verdade, a de obter autorização individual para caçar a mencionada espécie, sendo o pedido de inconstitucionalidade da legislação paulista meramente incidental, o que torna esta Câmara competente para a apreciação do recurso.**

Estabelecida tal premissa, entendo que a r. decisão agravada deve ser reformada.

De acordo com o novo CPC (Lei n° 13.105/2015), a tutela de urgência será concedida quando houver "elementos que evidenciem a probabilidade do

Acesso ao Sumário

direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo" (art. 300, *caput*).

Seus pressupostos são o *fumus bonis iuris* (probabilidade do direito) e o *periculum in mora* (risco de dano irreparável a direito do postulante).

Sobre a questão, a lição de **Roberto Bedaque**:

> "Mesmo se controvertidos os fatos, a tutela provisória, que encontra no campo da probabilidade, é em tese admissível. Basta verificar o juiz a existência de elemento consistente, capaz de formar sua convicção a respeito da verossimilhança do direito.
>
> (...)
>
> O risco a ser combatido pela medida urgente diz respeito à utilidade que a tutela definitiva representa para o titular do direito. Isso quer dizer que o espaço de tempo compreendido entre o fato da vida, em razão do qual se tornou necessária a intervenção judicial, e a tutela jurisdicional, destinada a proteger efetivamente o direito, pode torna-la praticamente ineficaz"[1].

Em igual direção, ensina **Daniel Amorim Assumpção Neves**, "tanto na tutela cautelar quanto na tutela de urgência caberá a parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura, em razão do perecimento do seu direito"[2].

Na hipótese, em sumária cognição, considero presentes os requisitos legais.

A Lei estadual impugnada (nº 16.784/2018), ao vedar a caça "em todas as suas modalidades, sob qualquer pretexto, forma e para qualquer finalidade, em todo o Estado de São Paulo", aparentemente invade a competência legislativa da União, que autoriza a prática, para fins de controle populacional de espécimes invasoras, nos termos dos artigos 1º, § 1º e 3º, § 2º, da Lei nº 5.197/1967.

Há, portanto, plausibilidade da tese recursal.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação, por sua vez, decorre da notória nocividade da espécie exótica invasora "javaporco" (sus scrofa), reconhecida pelo IBAMA, circunstância que torna premente o seu controle e manejo populacional, pena de danos ao meio ambiente, ecossistema e aos produtores rurais (que têm suas plantações arruinadas pelos animais, conforme comumente noticiado pelos órgãos de imprensa).

Nesse sentido, recente precedente desta Câmara, do qual participei:

> "MEIO AMBIENTE AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO VISANDO AUTORIZAÇÃO PARA CONTROLE DA ESPÉCIE EXÓTICA INVASORA JAVALI CUMULADA COM DECLARATÓRIA

Acesso ao Sumário

1 Comentários ao CPC, parte geral, artigos 1º a 311, Editora Saraiva, São Paulo/SP, p. 931.
2 Novo CPC Comentrado, Editora Juspdvm, Salvador/BA, p. 475.

DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL Nº 16.784/2018. TUTELA DE URGÊNCIA CABIMENTO Considerando a nocividade da espécie exótica invasora javali, reconhecida pelo IBAMA, o controle e manejo populacional dessas espécies são necessários diante de fundado risco ao próprio meio ambiente e biodiversidade locais No mais, a Lei Estadual nº 16.784/2018, ao proibir a caça, em todas as suas modalidades, sob qualquer pretexto, forma e para qualquer finalidade, em todo o Estado de São Paulo, infringe legislação federal, com possível invasão de competência legislativa da União em questão de competência concorrente com os Estados-membros e Distrito Federal (art. 24, inciso VI, da Constituição Federal) Presentes os requisitos para a concessão da medida nesta fase de cognição superficial DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO" (AI nº Agravo de Instrumento nº 2145554-05.2018.8.26.0000, rel. Luis Fernando Nishi).

Por tais razões, reforma-se a decisão agravada para deferir o pedido de tutela de urgência, nos termos formulados.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2058476-36.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ELIUDE ROSA DA SILVA (JUSTIÇA GRATUITA), é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.600)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 5 de abril de 2019.

REINALDO MILUZZI, Relator

Ementa: TUTELA DE URGÊNCIA – Licença saúde – Pretensão de servidora pública estadual a que o Estado de São Paulo se abstenha de efetuar qualquer desconto nos seus vencimentos, bem como inibi-

Acesso ao Sumário

lo de instaurar processo administrativo em razão do indeferimento dos pedidos de licença – Decisão agravada que concedeu, em parte, a tutela de urgência, para o fim de determinar a suspensão do processo administrativo e a limitação dos descontos à décima parte dos vencimentos – Decisão que contempla de forma proporcional os interesses em disputa na presente ação, tendo em vista a controvérsia dos fatos e a necessidade da instrução processual – Os atos administrativos gozam da presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo, de modo que a desconsideração do quanto decidido na seara administrativa deve receber especial juízo de ponderação pelo magistrado, o que foi verificado no caso, com a suspensão da eficácia dos atos que poderiam causar dano irreparável à autora – Recurso não provido.

VOTO

RELATÓRIO.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra a r. decisão de fls. 44/45 dos autos da ação ajuizada pela agravante em face do Estado de São Paulo, que deferiu, em parte, o pedido de antecipação de tutela, para determinar que o réu se abstenha de instaurar processo administrativo contra a autora em relação às faltas do período postulado para fins de licença saúde, bem como para que o desconto nos vencimentos se dá na razão da décima parte dos vencimentos.

A agravante sustenta a presença dos requisitos autorizadores para concessão de tutela antecipada de forma integral. Alega a probabilidade do direito à licença saúde remunerada pelos laudos que descrevem a sua patologia. Argumenta o perigo na demora por se tratar de verba de natureza alimentar e porque a privação dos vencimentos integrais poderia agravar o seu quadro clínico.

Recurso tempestivo e isento de preparo, que foi processado somente no efeito devolutivo.

FUNDAMENTOS.

A r. decisão agravada está, no que interessa, assim redigida:

"Da análise da inicial e documentos, verifico que não é possível afastar a veracidade e legalidade das decisões do Departamento de Perícias Médicas do Estado de São Paulo e se afigura necessária a fase de instrução para melhor apurar os fatos.

Acesso ao Sumário

Quanto à possível instauração de processo administrativo por abandono do cargo, neste tópico, para evitar eventuais prejuízos à efetividade do processo, razão assiste ao autor, tendo em vista que está em discussão a necessidade ou não da licença para tratamento de saúde nos períodos assinalados na inicial.

Quanto ao desconto dos valores, deverá a ré observar o disposto no art. 111 da Lei no. 10.216/68, que assim estabelece: 'As reposições devidas pelo funcionário e as indenizações por prejuízos que causar à Fazenda Pública Estadual, serão descontadas em parcelas mensais não excedentes da décima parte do vencimento ou remuneração ressalvados os casos especiais previstos neste Estatuto'.

Defiro, em parte, a antecipação dos efeitos da tutela para determinar à ré que se abstenha de instaurar processo administrativo contra a autora, em relação às faltas do período postulado para fins de licença saúde, até decisão final, bem como para que proceda ao desconto nos vencimentos, com observância do art. 111 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo."

O recurso não comporta guarida.

Como bem salientado pela MMª Juíza *a quo*, não é possível afastar, nem acolher, de plano, as provas carreadas pela autora para embasar o seu pedido de nulidade do ato administrativo que indeferiu seu requerimento de licença saúde, sendo necessária a fase de instrução para melhor apuração dos fatos.

Por outro lado, não se pode negar que os atos administrativos gozam da presunção de veracidade e legitimidade, de modo que a desconsideração do quanto decidido na seara administrativa deve receber especial juízo de ponderação pelo magistrado.

Na conjugação desses dois valores, entendo que andou bem a MMª Juíza, uma vez que suspendeu a eficácia de atos administrativos que poderiam causar dano irreparável à autora.

Daí porque a suspensão do processo administrativo tendente à demissão por abandono do cargo e a determinação que os descontos se deem na razão da décima parte dos vencimentos, conforme previsão no Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo.

Insta salientar que o desconto nos vencimentos limitado ao percentual de 10% dos vencimentos não tem aptidão para causar miserabilidade à autora, razão pela qual não se vislumbra o perigo da demora quanto a este ponto.

Em suma, o Juízo *a quo* agiu com acerto ao conceder em parte a tutela antecipada, de modo a contemplar de forma proporcional os interesses em disputa na presente ação, tendo em vista a controvérsia dos fatos e a necessidade da instrução processual.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2043281-11.2019.8.26.0000, da Comarca de Jundiaí, em que é agravante MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é agravado SANSIL COMÉRCIO DE ENXOVAIS LTDA. - ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 8.543)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 8 de abril de 2019.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI, Relator

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – Insurgência da exequente contra a decisão que indeferiu o pedido de inclusão do(s) sócio(s) da empresa executada no polo passivo da ação – Descabimento – Sociedade que se constata regularmente dissolvida – Distrato social registrado na JUCESP um ano antes da propositura da ação executiva – Reconhecimento da ilegitimidade de parte passiva e extinção do feito que se impõem – Recurso desprovido, com observação.

VOTO

Vistos.

A **PREFEITURA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ**, nos autos da ação de execução fiscal (proc. nº 1021478-71.2015.8.26.0309, da E. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Jundiaí), que move em face de **SANSIL COMÉRCIO DE ENXOVAIS LTDA. ME**., interpõe o presente recurso de agravo de instrumento contra a r. decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de inclusão do(s) sócio(s) da empresa executada no polo passivo da ação. Afirma a agravante o cabimento da medida e requer seja dado provimento ao presente recurso, reformando-se a r. decisão singular proferida, com o deferimento do pedido de redirecionamento formulado.

Foi determinada a imediata ida dos autos à Mesa.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Com efeito, a pretensão recursal ora *sub judice não merece ser acolhida.*

Senão, vejamos.

Constata-se, pelos documentos de fls. 15/16 dos autos principais, que, diferentemente de outros casos concretos relacionados a pedidos de redirecionamento formulados por este município, a empresa ora executada foi *regularmente* dissolvida, com distrato social ocorrido no ano de *2014*, devidamente registrado no cadastro da JUCESP.

Por conseguinte, tendo-se em vista que a regular dissolução da sociedade se deu um ano antes da propositura da execução, com o respectivo registro, é imperioso reconhecer-se que a ação deveria ter sido proposta diretamente contra o(s) sócio(s) da empresa, motivo pelo qual, *in casu*, não há como não se decretar a extinção do feito, em virtude da evidente *ilegitimidade de parte passiva.*

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso e **extingue-se** a execução, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2000430-54.2019.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é agravante MUNICÍPIO DE BAURU, é agravado AUZENDA ELVIRA DE MESQUITA CARVALHO (ESPÓLIO).

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 28.886)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI.

São Paulo, 8 de abril de 2019.

ROBERTO MARTINS DE SOUZA, Relator

Ementa: Agravo de instrumento – Execução fiscal – IPTU – Exercícios de 2004 a 2006 – Decisão que acolheu parcialmente exceção de pré-executividade oposta pela executada entendendo que o crédito tributário relativo aos exercícios de 2004 e 2005 encontra-se prescrito – Pretensão à reforma – Admissibilidade – Termo inicial para contagem do prazo prescricional

Acesso ao Sumário

do IPTU que é o dia seguinte à data estipulada como vencimento da exação, conforme entendimento firmado no REsp 1.658.517/PA (Tema representativo da controvérsia nº 980, do C. STJ) – Crédito tributário relativo aos exercícios de 2004 e 2005 não alcançado pela prescrição – Aplicação da Súmula 106, do C. STJ – Reforma da decisão para rejeitar a exceção de pré-executividade e dar prosseguimento integral à execução fiscal – Recurso provido.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Município de Bauru** da r. decisão digitalizada nas págs. 76/78 que, em execução fiscal proposta contra **Espólio de Auzenda Elvira Mesquita Carvalho** cobrando IPTU dos exercícios de 2004 a 2006, no valor de R$5.298,07, acolheu parcialmente exceção de pré-executividade oposta pela executada ao entendimento de que ocorrera prescrição do crédito tributário relativo aos exercícios de 2004 e 2005.

Insurge-se o Município-agravante sustentando que inocorrera prescrição daquele crédito, pois se tratava de dívida com IPTU com datas de vencimento em 20/02/2004 e 15/02/2005 e, tendo sido distribuída eletronicamente a ação executiva em 15/10/2009, não restou ultrapassado o prazo prescricional. Alega que a demora na citação decorreu dos mecanismos do Poder Judiciário, a teor da Súmula 106, do C. STJ. Requer provimento do agravo.

Regularmente processado o recurso, o espólio-agravado foi intimado e ofereceu contraminuta (págs. 86/88), sendo os autos encaminhados para julgamento virtual independentemente de ulteriores providências.

É o relatório.

O recurso comporta provimento.

Trata-se de execução fiscal em que o **Município de Bauru** cobra de **Espólio de Auzenda Elvira de Mesquita Carvalho** crédito tributário relativo ao IPTU dos exercícios de 2004 a 2006, no valor de R$5.298,07.

Com efeito, conforme extrato de andamento processual pesquisado no '*site*' deste TJSP, a ação executiva foi distribuída em 12/12/2008 e feita carga interna em 05/01/2009.

Conforme se vê da certidão digitalizada na pág. 16, embora a execução fiscal tenha sido distribuída eletronicamente em 12/12/2008, o despacho determinando a citação do espólio-executado foi proferido apenas em 01/12/2009, interrompendo o prazo prescricional do art. 174, do CTN.

Convém transcrever o disposto no § 1º, do art. 240 do CPC/2015:

Acesso ao Sumário

"A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação".

Assim sendo, a interrupção do prazo prescricional retroagiu à data de distribuição do feito em 12/12/2008, que consta do extrato de andamento processual.

Sobre eventual descompasso entre a data de distribuição da execução fiscal eletronicamente em 12/12/2008 e a entrega efetiva dos autos do processo em cartório pela Fazenda Municipal apenas em 01/12/2009, cabe à gestão cartorária averiguar.

No mérito, com o noticiado julgamento dos REsps nºs 1.641.011/PA e 1.658.517/PA pelo C. STJ (Tema 980), restou superado o entendimento de que o marco inicial da prescrição nos casos de IPTU seria o primeiro dia do mês de janeiro de cada exercício.

Isto porque aquela E. Corte Superior firmou novo entendimento no Tema Representativo da Controvérsia n 980, segundo o qual: "*O termo inicial do prazo prescricional da cobrança judicial do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU inicia-se no dia seguinte à data estipulada para o vencimento da exação; (ii) o parcelamento de ofício da dívida tributária não configura causa interruptiva da contagem da prescrição, uma vez que o contribuinte não anuiu*".

Cumpre reproduzir a ementa daquele julgado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. IPTU. PRESCRIÇÃO. **TERMO INICIAL. DIA SEGUINTE AO VENCIMENTO DA EXAÇÃO. PARCELAMENTO DE OFÍCIO DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CAUSA SUSPENSIVA DA CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO**. MORATÓRIA OU PARCELAMENTO APTO A SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NECESSÁRIA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO CONTRIBUINTE. PARCELAMENTO DE OFÍCIO. MERO FAVOR FISCAL. APLICAÇÃO DO RITO DO ART. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015. ART. 256-I DO RISTJ. RECURSO ESPECIAL DO MUNICÍPIO DE BELÉM/PA A QUE SE NEGA PROVIMENTO (Recurso Especial nº 1.658.517/PA, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 14/11/2018). – Destaquei –

Segundo este entendimento, por qualquer ângulo que se analise a questão, verifica-se a inocorrência da prescrição quanto aos exercícios de 2004 e 2005.

Analisando-se o caso vertente, para os exercícios em comento, o vencimento do IPTU era em 20/02/2004 e 15/02/2005, o que conduz ao entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional seria em 21/02/2004

Acesso ao Sumário

e 16/02/2005 (dia seguinte à data estipulada para o vencimento da exação segundo o decidido no REsp 1.658.517/PA) e, a partir de então, é contado o prazo de cinco anos do art. 174, do CTN.

Portanto, o Município-exequente teria até 20/02/2009 e 15/02/2010, respectivamente, para propor execução fiscal, de maneira que ao distribuir a ação executiva em 12/12/2008, o fez dentro do prazo quinquenal do art. 174, do CTN, não havendo que se falar em prescrição.

Não se olvida que apenas o despacho determinando a citação do Espólio-executado tem o condão de interromper aquele prazo.

Todavia, o art. 240, § 1º, do CPC/2015 expressamente prevê que a interrupção da prescrição pelo despacho inicial retroagirá à data de propositura da ação, como explicitado, não havendo que se falar em ocorrência de prescrição.

Nem mesmo o fato de ter sido expedida carta de citação apenas em 24/05/2010 caracterizaria a prescrição, tendo em vista ser aplicável ao caso o enunciado da Súmula 106, do C. 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 arguição de prescrição ou decadência".

Por conseguinte, tenho que não ocorreu prescrição do crédito tributário relativo ao IPTU dos exercícios de 2004 e 2005, devendo prosseguir integralmente a execução fiscal, conforme explicitado.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao agravo.**

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 0020079-26.2009.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes SERGIO ROBERTO STANCANELLI, CARLOS IVAN BARBOSA, CARLOS EDUARDO RAMAZZINI, FRANCISCO JOSE PEREIRA, PLINIO SALES, ANTONIO CARLOS CORREA, SAUL MARQUES LARANJEIRAS, JOÃO CARLOS DAMIÃO, ROSIMEIRE BRAZ e REGINALDO CABRAL CALIL, é agravado FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão:

Mantiveram a extinção do feito pela prescrição parcelar. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.607)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) e LEME DE CAMPOS.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL

Prescrição de fundo de direito afastada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Devolução para prosseguimento.

URV

Servidores públicos estaduais. Policiais civis. Recálculo da conversão de vencimentos pela URV. Diferenças inexistentes em face de reestruturação da carreira por lei posterior. Leis Complementares nº 795/95 e 823/96. Prescrição parcelar de eventuais diferenças anteriores à reestruturação, em face do momento do ajuizamento da demanda. Precedentes.

Mantida a extinção, pela prescrição parcelar.

VOTO

1. Ao relatório anterior (fls. 151) acrescento ter sido julgado extinto o processo (fls. 151/153) e mantido, com acréscimos, em sede de retratação (fls. 359/363). O **Colendo Superior Tribunal de Justiça** (fls. 516/518) acolheu o **recurso especial** interposto (fls. 393/405) para afastar a prescrição do fundo de direito e determinar o prosseguimento do feito.

Retornaram os autos a esta **Eg. 6ª Câmara de Direito Público** (fl. 528).

É o relatório.

2. Mantenho v. acórdão, pela prescrição parcelar.

a) Quanto à prescrição de fundo.

Assim decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, a e c, do RISTJ, conheço do recurso especial para dar-lhe provimento, para afastar a ocorrência da prescrição do fundo de direito e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento da causa, dando-lhe a solução que entender de direito." (fl. 518).

Ressalvando o meu entendimento pessoal no sentido de que o

Acesso ao Sumário

reconhecimento da prescrição (fls. 151/153 e 359/363) é enfrentamento de **mérito**, quando **encerrada** a prestação jurisdicional desse grau, **submeto-me** ao superiormente determinado (fls. 516/518).

b) Quanto à prescrição parcelar.

Trata-se de ação de servidores públicos estaduais – policiais civis –, pretendendo a conversão de seus vencimentos em URV, conforme estabelecido na **Lei Federal nº 8.880/94.**

Contudo, observou o Eg. Supremo Tribunal Federal que, devido às reestruturações posteriores de cargos e carreiras de servidores, não há mais se falar em diferenças salariais, assim dispondo:

> *"... portanto descabida a pretensa compensação do percentual devido ao servidor em razão da ilegalidade na conversão de Cruzeiros Reais em URV com aumentos supervenientes a título de reajuste e revisão de remuneração, restando, por outro lado, fixado que o* ***referido percentual será absorvido no caso de reestruturação financeira da carreira.*** (grifei – RE 561.836/RN – DJ-e de 26.09.13 – Rel. Min. **LUIZ FUX**). No mesmo sentido:
>
> *"É certo que Lei nº 8.880/94 faz menção expressa aos servidores públicos, de modo que a sua aplicação a estes não pode ser afastada. A referida norma, ao tratar de alteração do padrão monetário nacional, determinou no citado artigo a conversão em URV dos vencimentos e proventos de seus servidores. E a despeito de ser a mencionada Lei Federal, inquestionável sua aplicação aos servidores de todas as esferas da Federação, por se tratar de matéria de competência exclusiva da União Federal, que, por outro lado, não faz qualquer distinção a esse respeito."*
>
> *"Ademais, não se pode admitir a compensação de eventuais perdas geradas pela conversão errônea da moeda com reajustes salariais posteriormente concedidos pelo Estado, pois, conforme já frisado, a referida Lei Federal não significou reajustamento de remuneração do servidor público e sim alteração do padrão remuneratório nacional."*
>
> *"Contudo, na linha do que foi decidido pelo Eg. Supremo Tribunal Federal, no RE nº 561.836-RN,* ***eventuais perdas sucessivas decorrentes da não observância da Lei nº 8.880/94 estão limitadas até o momento em que ocorreu a reestruturação da carreira do servidor****, quando seus vencimentos passaram a ser calculados com base em padrões ditados por lei posterior à transição da moeda." "No caso concreto, verifica-se que os autores pertencem a carreiras reestruturadas após a Lei nº 8.880/94, quais sejam, auxiliar de enfermagem, enfermeiro e oficial administrativo, contempladas pela LCE nº 795/95, além da carreira de técnico da fazenda*

Acesso ao Sumário

estadual, restruturada pela LCE nº 1.122/2010."

"Portanto, os autores teriam o direito de pleitear eventuais diferenças salariais que se venceram até essa reestruturação, observada a prescrição quinquenal para reclamar essas perdas sucessivas, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32."

"Contudo, aqueles que tiveram sua carreira reestruturada pela LCE 795/95, não observaram o quinquênio legal, eis que a ação somente foi ajuizada em outubro 2014 (fls. 02)."

"Nesse contexto, não há dúvida que houve prescrição, não do fundo de direito, mas sim das parcelas que se venceram até outubro de 2009." (AC nº 1.042.513-16.2014.8.26.0053 – v.u. j. de 15.06.15 – Rel. Des. **MARIA OLÍVIA ALVES**).

Esse é o caso dos autores, servidores públicos estaduais, cujos cargos – **integrantes da polícia civil** (fls. 14/34) – foram **reestruturados** pelas **Leis Complementares Estaduais nº 795/95 e 823/96** ("*Artigo 1º - Os valores dos padrões de vencimentos dos integrantes da Polícia Civil e dos integrantes da Polícia Militar, de que trata o artigo 2º da Lei Complementar n.º 731, de 26 de outubro de 1993, ficam fixados, em decorrência de reclassificação, na conformidade dos Anexos I e II desta lei complementar*." – grifei), como já observado no v. acórdão (fls. 359/363).

De outra parte, eventual e suposta diferença, só caberia de prestações anteriores à referida reestruturação, a inviabilizar o prosseguimento da demanda para apurar parcelas integralmente atingidas pela **prescrição parcelar**.

Ora, proposta a ação em **junho de 2009** (fls. 01), **não** há supostas diferenças a receber, quando vencido o lapso prescricional – cinco anos anteriores à citação/distribuição – em momento posterior à referida reestruturação (de **1996**).

Aplicável a **Súmula nº 85** do **STJ** ("*Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.*").

Esse é o entendimento deste **E. Tribunal de Justiça**: AC nº 1.000.866-55.2017.8.26.0564 – v.u. j. de 12.02.19 – Rel. Des. **JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA**; AC nº 0.617.450-64.2008.8.26.0053 – v.u. j. de 06.02.19 – Rel. Des. **EDSON FERREIRA**; AC nº 3.003.780-67.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 15.02.19 – Rel. Des. **REBOUÇAS DE CARVALHO**; AC nº 0.045.903-16.2011.8.26.0053 – v.u. j. de 25.09.19 – Rel. Des. **RUBENS RIHL**.

Daí a inequívoca **improcedência** do pedido dos autores.

Em resumo: em face da reestruturação de 1996, tendo sido ajuizada a demanda em 2009, **não** há sequer em tese, parcelas a receber, em face da prescrição parcelar quinquenal. Descabe, por inteiro, a pretensão.

Acesso ao Sumário

Mantenho a sucumbência fixada (fls. 153).

Mais não é preciso acrescentar.

3. Mantem-se a extinção do feito pela prescrição parcelar.

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1048904-50.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - JUCESP e ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado MARCOS TADEU SANTOS DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.986)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente), LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ e RUBENS RIHL.

São Paulo, 7 de março de 2019.

DANILO PANIZZA, Relator

Ementa: Apelação – Nulidade de ato administrativo – Contrato social – Registro na Junta Comercial – Alegação de fraude documental – Pretensão pela anulação do ato administrativo – Decisão judicial que reconheceu pelo cancelamento do registro em virtude da falsidade de assinatura no instrumento de contrato social registrado – Irresignação – Mantença.

Preliminar afastada.

Decisão mantida.

Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Marcos Tadeu Santos da Silva propôs ação declaratória de nulidade de ato administrativo constitutivo de abertura de empresa contra Junta Comercial do Estado de São Paulo, alegando que teve aberta empresa em seu nome, mediante falsificação de sua assinatura. A requerida não agiu com diligência ao verificar a documentação que lhe foi apresentada. Requereu o cancelamento do registro da empresa. Pede a procedência da ação.

A r. sentença de fls. 231/234, julgou **procedente** o pedido, nos moldes do art. 355, inciso I, do CPC, o pedido formulado na inicial para declarar a nulidade da alteração social levada a registro nas data de 05/09/2011 (registro sob o nº 354.318/11-1 fls. 20/25), de sorte a excluir o autor do quadro social da pessoa jurídica denominada Missan Móveis & Decorações Ltda. ME. Ainda, consignou que as partes suportarão em igualdade de condições com os pagamentos das verbas de sucumbência, com honorários arbitrados em R$ 500,00, nos termos do art. 85,§8º, do CPC, observada a gratuidade em relação ao Autor.

Consta a interposição de **embargos de declaração** pela Fazenda do Estado de São Paulo (fls. 236/237), os quais foram rejeitados (fl. 238).

A Junta Comercial do Estado de São Paulo e a Fazenda do Estado de São Paulo apresentação **recurso de apelação**, ora em conjunto, preliminarmente, aduzindo pela ilegitimidade passiva *ad causam* da Jucesp pela não participação dos atos de registro de tal empresa; no mérito, reiterou os termos expostos em peça de defesa. Pedem reforma e o acolhimento do recurso.

Contrarrazões (fls. 256/264).

É o relatório.

Pelo depreendido dos autos, a questão é exclusivamente de direito, sendo certo que o contexto de ordem fática está adstrito aos documentos e provas já existentes nos autos, propiciando o conhecimento de plano da matéria.

Nesses termos, em que pese a combatividade do nobre patrono dos apelantes, tem-se que a r. sentença decidiu com acerto a questão, que é fundamentalmente fática e de análise do conjunto probatório dos autos.

Nestes termos, em que pese os argumentos expandidos pelas apelantes Junta Comercial do Estado de São Paulo e a Fazenda do Estado de São Paulo, a **matéria preliminar** não tem guarida.

Com efeito, perfaz da JUCESP a responsabilidade legal pelo registro e pelo arquivamento das informações cadastrais das empresas, e, daí, reafirma-se a sua legitimidade para cumprir a determinação da r. sentença, abstração à disciplina normativa da União, que é apenas genérica, consubstanciando pela recepção dos documentos e arquivamento dos atos societários foi realizado exclusivamente pela JUCESP, tal como documentos chancelados por tal órgão (fls. 55/66).

Não obstante tal fato, observa-se que, na presente ação, trata- se de atos

Acesso ao Sumário

praticados antes da edição da Lei Estadual nº 1.187/2012, quando a JUCESP era órgão da administração pública direta, vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

No **mérito**, trata-se de ação declaratória de nulidade de ato administrativo constitutivo de abertura de empresa contra Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP, alegando os autores que foram inseridos de modo fraudulento no quadro societário da pessoa jurídica denominada Missan Móveis & Decorações Ltda. ME, sem a devida diligência por parte da JUCESP na verificação da documentação que lhe foi apresentada. Assim, requereu o cancelamento do registro da empresa.

Denota-se dos autos que o Autor restou surpreso ao descobrir que constava empresa registrada em seu nome, na JUCESP, ora denominada Missan Móveis & Decorações Ltda. ME, ora inscrita sob o NIRE nº 35215059262 e inscrita na CNPJ/MF sob o nº 02.437.681/0001-85, sendo constatado erro grosseiro de assinatura e utilização de seu nome/documentos, na citada empresa.

Esclarece não ser sócio que consta no quadro societário da referida Empresa, sendo que foi vítima de fraude documental, sustentando a inércia da JUCESP a qual alega que tem o dever de verificar os documentos levados, bem como zelar pelo correto registro.

Em princípio, é necessário esclarecer que a questão posta em julgamento não é regida pelo direito do consumidor, à evidencia, bastando a verificação de que se trata de órgão que detém todos os registros relacionados à constituição de pessoas jurídicas comerciais e, portanto, o relacionamento entre estas e o Estado. Assim, pretende a retirada de nome de sócio dos registros da JUCESP, porque falso o contrato registrado.

Vale anotar que a atividade da JUCESP resume-se a organizar e trazer segurança aos atos jurídicos. Destarte, nenhuma relação de direito material mantém com os titulares do negócio, sendo órgão registrador e não fiscalizador.

O pedido de cancelamento do registro, deve ser acolhido, pois verificou-se tratar de falsidade de assinatura, ao comparar o contrato social de Missan Móveis & Decorações Ltda. ME, consubstanciando ser reconhecido em perícia judicial, ora realizada como prova emprestada (fls. 115/210).

Acesso ao Sumário

Nesse sentido, correto o cancelamento do registro da empresa, ficando afastado, caso houvesse, pleito de indenização, posto que a Junta Comercial do Estado de São Paulo, é um órgão registrador e não fiscalizador, apresentados os documentos necessários e sendo a falsificação imperceptível, não há culpa do órgão no registro, ainda que indevido, ora como apresentado no caso em deslinde.

Destarte, diante da mantença do resultado do julgamento, ora em sede recursal, as vencidas serão responsáveis pelo resgate dos honorários advocatícios

recursais arbitrados em R$ 600,00, aí incluída a majoração legal prevista no art. 85, §§ 2º e 11, do NCPC, diante do pouco ato jurídico praticado pela parte, levando em conta a simplicidade da ação e por medida de equidade.

Ante ao exposto, de acordo com o contexto acima, não merecendo maiores e desnecessárias delongas, conclui-se lídima a r. decisão proferida pela nobre Magistrada de primeiro grau que deve prevalecer por seus próprios e jurídicos fundamentos, admitidos os prequestionamentos dos dispositivos legais e constitucionais passíveis de argumentação.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1093903-73.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO - DER, é apelado SAMM SOCIEDADE DE ATIVIDADES EM MULTIMÍDIA LTDA.

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 35.523)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente) e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 12 de março de 2019.

NOGUEIRA DIEFENTHALER, Relator

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO – CONTRAPRESTAÇÃO PELO USO DE RODOVIA – SERVIÇO PÚBLICO DE TELECOMUNICAÇÕES – IMPOSSIBILIDADE – ART. 12 DA LEI FEDERAL N. 13.116/2015. 1. Trata-se de ação comum em que o autor, a SAMM SOCIEDADE DE ATIVIDADES EM MULTIMÍDIA LTDA., requer do DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO que se abstenha de exigir o pagamento da contraprestação pelo uso das rodovias sob a sua gestão para a passagem da infraestrutura necessária à execução dos serviços de telecomunicações, nos

Acesso ao Sumário

termos do art. 12 da Lei Federal n.º 13.116/2015. 2. Interpretação da DD. Magistrada *a quo* no sentido de que a exceção refere-se às contraprestações anteriores à vigência da lei. Conformidade com a jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça. Sentença mantida. Recurso de apelação desprovido.

VOTO

Vistos;

O DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO – DER interpôs recurso de apelação em face da r. sentença de fls. 372/379, nos autos de ação comum ajuizada por SOCIEDADE DE ATIVIDADES EM MULTIMÍDIA LTDA., por meio da qual a DD. Magistrada *a quo* julgou procedente a demanda, declarando a inexistência de obrigação ao pagamento de contraprestações pelo uso de trechos públicos geridos pelo DER/SP, bem como o direito à restituição dos valores pagos a partir de 20 de abril de 2015, quando publicada a Lei Federal n.º 13.116/2015.

Em síntese, sustenta o apelante que o Termo de Autorização de Uso, após a lavratura, é válido por tempo indeterminado, não podendo a Lei Federal n.º 13.116/2015 retroagir para atingi-la; que se trata de ato jurídico perfeito, de forma que, em observância ao princípio da segurança jurídica, o art. 12 da Lei Federal n.º 13.116/2015 excepciona os contratos que decorram de licitações anteriores à data da promulgação de mencionada lei, caso em que devida a contraprestação; que art. 12 da Lei Federal n.º 13.116/2015 deve ser interpretado conforme a Constituição, sob pena de violar a autonomia dos entes federados, nos termos dos arts. 1º, 18, 173, parágrafo 4, 174, caput e 192 da Constituição Federal e que, portanto, não se aplica ao caso pois se trata de bem público estadual; e que a mesma lei permite às empresas de telecomunicações a cobrança pelo uso da infraestrutura compartilhada.

Acesso ao Sumário

O recurso encontra-se em ordem, bem processado e instruído com as razões adversas.

É o relatório. Passo ao voto.

Conheço do recurso ora interposto, porquanto tenho por presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação comum em que o autor, a SAMM SOCIEDADE DE ATIVIDADES EM MULTIMÍDIA LTDA., requer do DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO

ESTADO DE SÃO PAULO que se abstenha de exigir o pagamento da contraprestação pelo uso das rodovias sob a sua gestão para a passagem da

infraestrutura necessária à execução dos serviços de telecomunicações, nos termos do art. 12 da Lei Federal n.º 13.116/2015.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Temos que o cerne da questão cinge-se em torno da possibilidade ou não de a Lei Federal n.º 13.116/2015 retroagir a fim de atingir contratos celebrados antes de sua vigência.

Pois bem.

Determina o art. 12, *caput* da Lei Federal n.º 13.116/2015 que:

> Artigo 12. Não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio ou em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, **excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta lei.**

Mencionada lei foi editada após o julgamento em repercussão geral do Recurso Extraordinário n.º 581.947/RO (Tema n.º 261), pelo C. Supremo Tribunal Federal, cuja ementa ora se colaciona:

> **EMENTA**: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER-DEVER. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.
>
> 1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever- poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública.
>
> 2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo.
>
> 3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.
>
> 4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam- se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público.

Acesso ao Sumário

A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar.

5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV].

Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná.

(STF, Recurso Extraordinário n.º 581.947/RO, TRIBUNAL PLENO, Min. EROS GRAU, julgamento em 27 de maio de 2010, DJe 27 de agosto de 2010).

A esse respeito e, especificamente quanto à cobrança do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo pela utilização das faixas de domínio de sua titularidade, decidiu recentemente o C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DER/SP. AUTORIZAÇÃO E COBRANÇA. UTILIZAÇÃO DA FAIXA DE DOMÍNIO. CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. Não há contrariedade ao art. 535 do CPC/1973, tendo em vista que o Tribunal de origem decidiu, fundamentadamente, as questões essenciais à solução da controvérsia, inexistindo vício de omissão.

2. **Prevalece nesta Corte Superior a orientação de que é vedada a cobrança de valores de concessionária de serviço público pela utilização de faixas de domínio de rodovia quando tal exigência emana do próprio poder concedente, porquanto que: a) a utilização, nesse caso, reverte-se em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público; e b) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido. Precedentes.**

3. Situação diversa, contudo, ocorre quando o próprio poder concedente autoriza concessionária do serviço público, com base no art. 11 da Lei 8.987/1995, a efetuar cobrança pela utilização de faixas de domínio de rodovia, mesmo em face de outra concessionária de serviços públicos, desde que haja previsão no contrato de concessão da rodovia. Esse distinguishing, por seu turno, foi realizado no julgamento do EREsp 985.695/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 12/12/2014.

4. Tal cobrança, portanto, envolve justificativas importantes no contexto do interesse público, haja vista que a previsão de outras fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados,

Acesso ao Sumário

em benefício do concessionário do serviço público - nos termos do art. 11 da Lei 8.987/1995 - desde que devidamente previstas no edital de licitação e no respectivo contrato firmado com o poder concedente, encerra elemento a ser considerado no equilíbrio econômico-financeiro contratual e na obtenção do princípio da modicidade tarifária.

5. **No caso, a recorrente volta-se contra cobrança realizada pelo próprio DER pela utilização das faixas de domínio de sua titularidade, o que impossibilita a respectiva exação, nos termos da jurisprudência do STJ. Isso não impede, entretanto, que as concessionárias de rodovias do Estado de São Paulo realizem a cobrança pela utilização das faixas de domínio, desde que haja autorização pelo poder concedente e esteja expressamente prevista no edital licitatório e no contrato de concessão.**

6. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (STJ, Agravo em Recurso Especial n.º 977.205/SP, SEGUNDA TURMA, Min. OG FERNANDES, julgamento em 19 de abril de 2018, DJe 25 de abril de 2018)

Com base nisso, no presente caso, acertada a r. sentença, pelo que houve por bem a DD. Magistrada a quo decidir que "a exceção refere-se às **contraprestações** anteriores à vigência da lei" (fls. 374) – de forma a declarar inexistente a obrigação do pagamento de contraprestação pelo uso das rodovias sob a gestão do Departamento de Estradas de Rodagem para a passagem da infraestrutura necessária à execução dos serviços de telecomunicações.

Posto isso, dá-se o voto no sentido do **desprovimento** do recurso de apelação.

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual[1]. Em caso de discordância, esta deve ser manifestada no próprio momento de sua interposição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008915-67.2015.8.26.0625, da Comarca de Taubaté, em que é apelante MARCIA RODRIGUES FERNANDES, é apelado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.453)**

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.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente) e LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 18 de março de 2019.

VICENTE DE ABREU AMADEI, Relator

Ementa: APELAÇÃO – Ação de Indenização por danos materiais e morais – Morte do esposo da autora, que se encontrava custodiado em Centro de Detenção Provisória de Taubaté – Ingresso no sistema prisional sem relato de doença, apenas com queixa de dor abdominal e constipação intestinal – Atendimentos dispensados ao custodiado no âmbito da enfermaria do Centro de Detenção – Posterior encaminhamento e internação do custodiado ao Pronto Socorro Municipal de Taubaté, em decorrência da piora de seu estado de saúde – Óbito do paciente e concluída como a causa da morte "insuficiência respiratória, choque séptico, broncopneumonia, cirrose hepática, pielonefrite" – Tratamento ambulatorial e médico hospitalar, devidamente, dispensado ao presidiário – Ausência de nexo causal de conduta da Administração com o infortúnio – Sentença de improcedência da demanda mantida – RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de apelação (fls. 237/247) interposta por **Marcia Rodrigues Fernandes**, em ação de indenização por danos materiais e morais, ajuizada em face do **Estado de São Paulo**, contra a r. sentença (fls. 230/234), que julgou improcedente a demanda, condenando a autora ao pagamento dos honorários sucumbenciais, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação requerida, nos termos do art. 85, § 3º, I, do CPC, com a ressalva da gratuidade judiciária.

Acesso ao Sumário

A apelante pretende o provimento do recurso para a reforma integral da r. sentença, arguindo, em resumo, que foi comprovada nos autos a omissão do Estado, por não oferecer tratamento efetivo ao detento durante o cárcere associado, ainda, aos maus tratos lá sofridos (tais como: banho gelado e falta de cobertores em noites frias), o que culminou em seu óbito.

Processado o recurso, foi contrariado (fls. 253/255), e os autos subiram a este E. Tribunal de Justiça.

É o relatório, em acréscimo ao da r. decisão recorrida.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade do recurso.

A autora, **Marcia Rodrigues Fernandes**, ora apelante, afirma que seu esposo, **Vanderlei Fernandes**, faleceu, em 04/09/2013, em razão da falta de atendimento médico que lhe deveria ter sido dispensado pelo réu, **Estado de São Paulo**, durante o período em que permaneceu sob sua custódia.

Em que pese o inconformismo da apelante, a r. sentença proferida deve ser mantida, por seus próprios e bem lançados fundamentos, a indicar a adequada aplicação do direito ao caso.

Com efeito, as provas do processo, ao contrário do alegado pela recorrente, revelam que o réu forneceu tratamento ambulatorial e médico ao esposo da autora durante o período em que esse permaneceu custodiado (fls. 51/148).

Logo, nada obstante o triste episódio, não é o caso de indenização pelo Estado de São Paulo, ao qual não se pode atribuir conduta, inclusive omissiva, na linha do nexo causal do infortúnio, porquanto o custodiado, nas ocasiões que necessitou de atendimento, queixando-se de dor abdominal e constipação intestinal, foi encaminhado ao setor de enfermagem do Centro de Detenção Provisória de Taubaté e prontamente atendido. E, após, diante da piora em seu estado de saúde, foi conduzido, em 01/09/2013, ao Pronto Socorro Municipal de Taubaté, onde faleceu, em 04/09/2013.

Por outro lado, verifica-se que o óbito do esposo da apelante decorreu de quadro patológico, caracterizado por "*insuficiência respiratória, choque séptico, broncopneumonia, cirrose hepática, pielonefrite*", dentro do Pronto Socorro Municipal de Taubaté, uma vez que naquela unidade médica, após passar mal no cárcere, foi atendido e internado para tratamento (fls. 51/148).

Não se prestam, pois, em meu ver, nessas circunstâncias em que os fatos ocorreram, os argumentos apoiados na teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na teoria do *faute du service* e omissão do réu no fornecimento de tratamento médico ao custodiado.

Com efeito, as provas do processo não revelam que o réu tenha concorrido para o lamentável falecimento do esposo da autora.

Ora, não há prova alguma de que o esposo da apelante, custodiado no sistema prisional do Estado de São Paulo, tenha contraído doença infecto-contagiosa decorrente de contato com outros presos, ou tenha sido acometido de cirrose hepática, doença crônica do fígado, em virtude de condições precárias de encarceramento.

Ao revés, da prova dos autos, não infirmadas pela apelante, a Administração envidou todos os esforços em promover o atendimento médico necessário ao seu esposo, cujo desfecho, inafortunadamente, foi a sua morte, que não se pode atribuir à Administração, pois comprovada, repita-se, a inexistência de omissão, e não se pode assegurar, de maneira jurídica aceitável, que o infortúnio

Acesso ao Sumário

acometido ao presidiário não aconteceria, igualmente, caso em liberdade ele estivesse.

Em resumo, não é o caso de indenização pelo demandado, ao qual não se pode atribuir conduta, inclusive negligente, na linha do nexo causal do infortúnio.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste E. Tribunal:

"APELAÇÃO CÍVEL – Indenização por danos morais – Morte do genitor dos autores em decorrência de cirrose hepática por hepatite C – Morte de detento em estabelecimento prisional – Inexistência de nexo de causalidade entre a conduta estatal e o evento morte – Prova dos autos que comprovam que a vítima era encaminhada e submetida a tratamento médico no Hospital das Clínicas da Unicamp – Responsabilidade do Estado afastada – Ausência do dever de indenizar. Sentença mantida – Recurso improvido" (Ap nº 0006203-73.2013.8.26.0114, 12ª Câmara Extraordinário de Direito Público, rel. **Des. Eulálio Porto**, j. 27/06/207);

"Ação indenizatória – dano moral – morte de preso pneumonia – exclusão da responsabilidade da Fazenda do Estado – tratamento e medicamentos oferecidos ao custodiado – óbito que se deu por força da afecção inexistência de nexo causal – Sentença confirmada. Recurso improvido." (Ap nº 9063528-40.2009.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Público, rel. **Des. Venicio Salles**, j.8/6/2011).

Dessa forma, não evidenciado nexo causal, não é possível atribuir responsabilidade ao réu e, tampouco, condená-lo ao pagamento de indenização.

Correta a r. sentença, impõe-se o desprovimento do apelo.

Outrossim, em relação ao prequestionamento, basta que as questões tenham sido enfrentadas e solucionadas no v. acórdão, como ocorreu, pois "*desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais*" (STJ, EDCL. no RMS nº 18.205/SP, rel. **Min. Felix Fischer**, j. 18/04/2006), mas, mesmo assim, para que não se diga haver cerceamento do direito de recorrer, dou por prequestionados todos os dispositivos legais referidos na fase recursal.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0002415-76.2012.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, em que são apelantes TEREZA PIERONI, DOROTEA CATARINA PIERONI, SILVIA PIERONI MELLO, RONALDO ELIAS FERRAZ DE MELLO, MARINA PIERONI SANTILLI e ANTONIO SANTILLI JÚNIOR, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇOIABA DA SERRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 40.494)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente) e JARBAS GOMES.

São Paulo, 12 de março de 2019.

AROLDO VIOTTI, Relator

Ementa: Ação de Indenização por Desapropriação Indireta movida contra a Prefeitura Municipal de Araçoiaba da Serra. Extinção do processo, sem exame do mérito, pela perda superveniente do interesse processual, em decorrência da revogação do decreto de desapropriação. Recurso dos autores buscando a majoração da verba honorária advocatícia. Recurso parcialmente provido para fixação de honorários advocatícios por apreciação equitativa, com aplicação extensiva da regra do artigo 85, § 8º, do CPC.

VOTO

I. Ação de Indenização por Desapropriação Indireta movida por TEREZA PIERONI, DOROTEA CATARINA PIERONI, SILVIA PIERONI MELLO e seu marido RONALDO ELIAS FERRAZ DE MELLO, MARINA PIERONI SANTILLI e seu marido ANTONIO SANTILLI JÚNIOR contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇOIABA DA SERRA, relatando em síntese que são senhores e legítimos possuidores de um prédio e respectivo terreno urbano, situado na Rua Benedito Maria Pontes, nº 157, Bairro da Lagoinha ou Toledópolis, no Município de Araçoiaba da Serra, objeto da matrícula nº 13.499 do 2º Cartório de Registro de Imóveis e Anexos de Sorocaba. Asseveram que no referido terreno, foi edificado, em 1961, pelo Padre Pieroni, antecessor dos autores, um castelo medieval, que já serviu para cenário de filme, encontrando-se em local de extrema visibilidade e reconhecido como símbolo informal da cidade. Por meio do Decreto nº 1.421, de 27.05.2011, o Prefeito declarou de utilidade pública, para fins de desapropriação, o castelo e a área de 1.000,00m2 de terreno, para preservação e resgate do patrimônio histórico, com alegação de urgência, nos termos do artigo 15 do Decreto-lei nº 3.665, com a redação dada pela Lei nº 2.786/56. Decorridos mais de 120 dias, o Município não requereu a imissão provisória, nem formulou qualquer oferta de compra, não tendo sequer elaborado laudo de avaliação preliminar. No mesmo mês de maio de 2011, a

Acesso ao Sumário

Municipalidade, sem promover regular processo de desapropriação, entrou na posse do imóvel, ocupando o castelo, o terreno contíguo e o lago, sem efetuar o pagamento de prévia e justa indenização. Pedem a condenação da requerida ao pagamento de indenização em razão do alegado apossamento administrativo, em valor a ser apurado em juízo, acrescido de juros moratórios e compensatórios.

A r. sentença de fls. 183/185, de relatório adicionalmente adotado, julgou extinto o processo sem exame do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC, pela perda superveniente do interesse processual, condenando a requerida ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (mil reais), devidamente corrigidos.

Sobreveio recurso de Apelação dos autores. Nas razões de fls. 189/196, buscam a reforma parcial do julgado, "*para o fim de majorar os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, fixando-os entre os parâmetros mínimo e máximo, previstos no art. 85, §3º, II, do Código de Processo Civil de 2015, observando-se o escalonamento estabelecido pelo art. 85, §5º, da lei processual vigente,...*" (fls. 196). Prequestiona a matéria debatida nas razões de apelação. O recurso não foi contrariado (cf. certidão de fls. 205), subindo os autos. Este, em suma, o relatório.

II. Entende-se comportar o recurso parcial provimento.

A matéria devolvida ao conhecimento do Tribunal por força do presente recurso diz respeito unicamente ao montante da verba honorária advocatícia estabelecida em primeiro grau, no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais). A r. sentença julgou extinta a presente Ação de Indenização por Desapropriação Indireta movida contra o Município de Araçoiaba da Serra, pela perda superveniente do interesse processual, com fulcro no artigo 485, VI, do CPC, isto porque foi revogado o Decreto de desapropriação do imóvel, de nº 1.425, de 27 de maio de 2011 (fls. 21), pelo Decreto nº 1.534, de 26 de julho de 2013 (fls. 112).

Não se afigura equivocado o raciocínio desenvolvido pelo apelante. Não havendo condenação principal, a teor do art. 85, § 4º, inciso III, a condenação em honorários deve tomar por base o valor atualizado da causa.

Ocorre por primeiro, que, levando em conta o valor da causa (R$ 100.000,00), esse critério acabaria resultando em fixação de honorários em montante algo desproporcionado, a se considerar que a lide não teve nenhuma dilação probatória e findou com julgamento antecipado.

Além disso, trata-se de ação de desapropriação. Mesmo em se cuidando de desapropriação indireta (apossamento administrativo), a disciplina da verba honorária advocatícia é prevista na lei especial das desapropriações (Decreto-lei 3.365, de 1941, artigo 27, parágrafos 1º e 3º, II). Segundo o § 1º, "***a sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido***

Acesso ao Sumário

condenará o desapropriante a pagar honorários de advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado... (....)". E o § 3º do mesmo art. 27 da Lei de Desapropriações prevê em seu inciso II que a aludida regra aplica- se aos processos de desapropriação indireta (ou indenização por apossamento administrativo).

Sabe-se que a lei especial não se vê afetada pela superveniência de lei geral ("lex specialis derogat lex generalis"). As normas do CPC a propósito de fixação de verba honorária em princípio não se aplicam às desapropriações. Aqui, no entanto, o processo foi extinto sem exame do mérito, não tendo havido arbitramento de indenização. Isto induz a que se abandone o critério constante da Lei de Desapropriações.

A hipótese, então, é de aplicação extensiva da regra do artigo 85, § 8º, do CPC, a autorizar a fixação de honorários por apreciação equitativa.

Se o arbitramento por apreciação equitativa é possível para os casos em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório, e ainda quando o valor da causa for muito baixo, nada está a impedir que o dispositivo mereça interpretação extensiva, com vistas a obviar gravame excessivo ao vencido, em casos nos quais o proveito econômico e o valor da causa forem muito altos. A esse propósito, vale transcrever trecho de artigo de autoria de FÁBIO JUN CAPUCHO ("*Honorários advocatícios nas causas em que a fazenda pública for parte: sistemática do novo Código de Processo Civil*"):

"Porém, em que pese o escalonamento adotado, uma vez que o critério eleito como central para o arbitramento dos honorários sucumbenciais foi o da dimensão econômica do objeto da ação, não está afastada a possibilidade de se atingir valores vultosos sem que a fixação se justifique plenamente à luz do trabalho efetivamente realizado.

Com efeito, não se pode perder de vista que os honorários advocatícios sucumbenciais visam a contraprestação do trabalho do advogado no caso concreto, devendo a sua qualidade operar como critério primordial para a fixação do valor devido pelo vencido. Todavia, tendo sido adotados percentuais mínimos para cada faixa de valor, o magistrado se verá constrangido, por vezes, a adotá-lo independentemente da correspondência entre o valor resultante da fórmula e a justa remuneração pelo trabalho realizado.

Note-se, ademais, que a possibilidade de fixação por apreciação equitativa do juiz foi reservada, no novo CPC, para a hipótese de valores reduzidos, deixando a descoberto a situação de o juiz se deparar com valores expressivos como base de cálculo. Como a vedação do enriquecimento sem causa é um princípio jurídico consolidado, no entanto, acredita se que ainda assim poderá o juiz, mediante adequada fundamentação, promover a redução que se fizer necessária para evitar a ocorrência de desvio, consistente em arbitramento superior ao valor

Acesso ao Sumário

corrente em mercado para igual serviço." (*in* "Honorários Advocatícios", COELHO, Marcus Vinicius Furtado (coord.), CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (coord.), Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 397).

Assim tem sido decidido por este Tribunal em casos assemelhados:

"AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. Com a desistência da ação antes da sentença, inaplicável se revela a norma do artigo 27, § 1º, do DL nº 3.365/41. Desistente a Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados de forma equitativa (art. 85, § 8º, c.c. art. 90, ambos do CPC), na linha de uma interpretação sistemática, mesmo porque inexistente, no caso, a base de cálculo a que se refere a regra do Decreto-Lei. Pagamento das verbas de sucumbência que haverá de ser descontado dos valores depositados com vista à imissão na posse. Descabe ao juiz fixar os honorários do assistente técnico da parte. Recursos parcialmente providos" (TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Apelação 1033400-67.2016.8.26.0053, j. 17.12.2018, Rel. o Des. LUIZ SÉRGIO FERNANDES DE SOUZA).

"DESAPROPRIAÇÃO. DESISTÊNCIA. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCOS. A desistência de ação expropriatória não atrai a norma do § 1º do art. 27 do Decreto- lei n. 3.365/1941 (de 21-6), tampouco sendo aplicável o disposto no caput do § 2º do art. 85 do Código de processo civil, uma vez que o valor atribuído à causa não corresponde ao conteúdo econômico da demanda. Nesse quadro, consolidou-se o entendimento de que os honorários sucumbenciais correspondentes devem ser fixados por equidade, conforme disposto no § 8º do art. 85 do Codex processual. Provimento da apelação." (TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 1015511-37.2015.8.26.0053, j. 11.12.2018, Rel. o Des. RICARDO DIP).

Assim, dá-se provimento parcial ao recurso dos autores para majorar a verba honorária advocatícia, arbitrando-a em R$ 9.000,00 (nove mil reais), com atualização monetária a contar da sentença.

III. Por todo o exposto, dão provimento parcial ao recurso, nos termos acima explicitados.

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 1001000-22.2018.8.26.0411, da Comarca de Pacaembu, em que é apelante ALESSANDRA RENATO DOMICIANO BENITEZ, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO

ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 15.398)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente) e CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 13 de março de 2019.

RENATO DELBIANCO, Relator

Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Professora que tentou adentrar em estabelecimento prisional de regime fechado portando 5,5 metros de solda de estanho, 4 unidades de durepox, 19 metros de fio elétrico, 192 comprimidos de cor azul (provavelmente estimulante sexual) e cinco aparelhos de telefonia celular – Tipificada a conduta prevista no art. 11, *caput* da Lei n.º 8.429/92 ("Lei de Improbidade Administrativa") – Improbidade configurada por ofensa aos princípios da legalidade e moralidade administrativa – Dolo caracterizado – Penalidades corretamente aplicadas de acordo com o art. 12, inciso III, da Lei n.º 8.429/92, com exceção da multa civil, que merece redução – Liminar deferida pelo MM. Juiz *a quo* em face da ré mantida, ante a gravidade do ato praticado que autoriza a excepcionalidade da medida. Recurso parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta nos autos da ação civil pública, julgada **procedente** pela r. sentença de fls. 184/202.

Recorre a ré (fls. 212/236) pleiteando a reforma do julgado ou, subsidiariamente, o afastamento da condenação a título de perda da função pública, de proibição de contratar com o poder público por três anos, incluindo-se a impossibilidade de ser aprovada em concurso público nesse período, bem como, a redução da multa civil.

Vieram contrarrazões (fls. 241/246), tendo a D. Procuradoria de Justiça opinado pela manutenção da r. sentença (fls. 252/256).

Acesso ao Sumário

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de ALESSANDRA RENATA DOMICIANO BENITEZ, pela prática de ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11, *caput*, da Lei n.º 8.429/92, consistente na tentativa de adentrar na Penitenciária de Regime Fechado de Pacaembu, portando 5,5 metros de solda de estanho, 4 unidades de durepox, 19 metros de fio elétrico, 192 comprimidos de cor azul (provavelmente estimulante sexual) e cinco aparelhos de telefonia celular.

A r. sentença houve por bem julgar procedente a ação condenando a ré pela prática de ato de improbidade administrativa, aplicando-lhe as seguintes penas: "*I – Perda da função pública; II – Proibição de contratar com o poder público por três anos, incluindo-se a impossibilidade de ser aprovada em concurso público neste período; e III – multa civil no valor correspondente a 30 vezes o salário percebido pela agente*".

Irresignada, recorre a ré.

Não foi à toa que o legislador constituinte expressamente mencionou, dentre os pilares que devem lastrear a Administração Pública, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência administrativa, conforme se pode extrair do art. 37, *caput*, da Carta Maior, *in verbis*:

> *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: (...).*

A improbidade administrativa do ato do agente público se configurará em três hipóteses: quando houver enriquecimento ilícito; quando ocorrer algum ato atentatório aos princípios previstos pelo art. 37 da Constituição Federal; ou quando o ato praticado causar algum prejuízo ao erário.

Sobre este tema, Maria Sylvia Zanella di Pietro indica os elementos essenciais do ato administrativo que acarretam as sanções previstas no art. 37, § 4.º, da Constituição Federal[1], sendo eles:

> *"a) Sujeito passivo: uma das entidades mencionadas no artigo 1.º da Lei nº 8.429/92;*
>
> *b) sujeito ativo: o agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (arts. 1º e 3º);*
>
> *c) ocorrência do ato danoso descrito na lei, causador de enriquecimento ilícito para o sujeito ativo, prejuízo para o erário ou atentado contra os*

Acesso ao Sumário

1 *Art. 37. (...). § 4.º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*

princípios da Administração Pública; o enquadramento do ato pode dar-se isoladamente, em uma das três hipóteses, ou, cumulativamente, em duas ou nas três;

d) elemento subjetivo: dolo ou culpa"[2].

Ao que se infere dos autos, a apelante foi presa em flagrante (fls. 14/23), utilizando-se da função de professora pública, para adentrar à penitenciária de regime fechado, portando vários objetos de utilização proibida no interior do recinto, e ainda, com dois invólucros em suas partes íntimas.

O art. 11 *caput*, da Lei nº 8.429/92 prevê constituir ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Com isso, caracterizada a ofensa aos princípios da legalidade e moralidade administrativa, tal como preconizado no art. 37, *caput*, da Carta Maior.

E nem se diga que uma simples violação de princípio não seria suficiente a caracterizar o ato ímprobo, pois, de acordo com Wallace Paiva Martins Júnior[3]:

"A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. Grande utilidade fornece a conceituação do atentado contra os princípios da Administração Pública como espécie de improbidade administrativa, na medida em que inaugura a perspectiva de punição do agente público pela simples violação de um princípio, para assegurar a primazia dos valores ontológicos da Administração Pública, que a experiência mostra tantas e tanta vezes ofendidos à míngua de qualquer sanção. A inobservância dos princípios acarreta agora responsabilidade, pois o art. 11 censura 'condutas que não implicam necessariamente locupletamento de caráter financeiro ou material', conforme pronuncia Odete Medauar, observado o art. 21, inciso I, da lei."

Quanto à alegada "ausência de dolo", não se perquire a respeito da ocorrência de boa ou má-fé, mas, apenas e tão-somente, que o agente, atuando comissiva ou omissivamente, tenha plena consciência da ilicitude da conduta.

Pacífico, ademais, que "*o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico*" (STJ – 2.ª Turma – AgInt no REsp n.º 1.551.422/CE – Rel. Min. HERMAN BENJAMIN – j. 19.09.2017).

E no presente caso, muito embora alegue a apelante que à época dos fatos não se encontrava em pleno gozo de suas faculdades mentais, não há nos autos

2 *In* Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. 24.ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 833.

3 Cf. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 260.

Acesso ao Sumário

qualquer prova que demonstre a veracidade do alegado.

Em sendo assim, comprovada a prática de ato ilegal, correta a r. sentença que julgou procedente a demanda.

No que tange às penas aplicadas, com exceção da multa, devem ser mantidas.

O art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92 dispõe que:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

...

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e 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, pelo prazo de três anos.

Desta forma, diante da gravidade do ato praticado, e com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, se mostram condizentes as apenas de "*I – Perda da função pública; II – Proibição de contratar com o poder público por três anos, incluindo-se a impossibilidade de ser aprovada em concurso público neste período*".

Nem se diga que a pena de "*impossibilidade de ser aprovada em concurso público neste período*" não se mostra admissível, eis que se encontra intrinsecamente ligada à proibição de contratar com o poder público, não havendo, assim, que se falar em ilegalidade.

No tocante à aplicação da multa civil, por se mostrar elevada sua fixação, em trinta vezes o salário percebido pela agente, deve ser reduzida para duas vezes o salário percebido pela apelante.

Acesso ao Sumário

Quanto ao pedido de revogação da liminar, não merece acolhimento, pois, consoante assentado pelo MM. Juiz a quo (fls. 45/51), a gravidade do ato praticado no interior de estabelecimento prisional de regime fechado, autoriza a excepcionalidade das medidas consistentes em afastamento da função de professora em presídios, com prejuízo de vencimentos; afastamento da função de professora, com prejuízo de vencimentos; e proibição de adentrar em presídios como visitante, em qualquer condição que seja.

Vale deixar consignado que a determinação de afastamento das funções de professora, tanto em presídios, como em unidades escolares, se mostra relevante no presente caso, vez que a autora foi flagrada portando medicamentos de origem duvidosa, e que poderiam ser facilmente entregues a qualquer aluno que

frequentasse as aulas por ela ministradas, colocando em risco sua integridade.

No tocante à determinação de suspensão do pagamento dos vencimentos da apelante, deve ser mantida, por não padecer de qualquer ilegalidade, eis que decorre da determinação de afastamento do cargo, sendo inviável a contraprestação pecuniária sem trabalho prestado.

Assim, ante tais ponderações, o recurso colhe parcial provimento apenas para reduzir a multa civil aplicada.

Inalterada a condenação ao pagamento de custas e despesas processuais, observando-se o disposto no art. 98, § 3º do Código de Processo Civil.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

Com estas considerações, pelo meu voto, **dou parcial provimento** ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003451-57.2017.8.26.0604, da Comarca de Sumaré, em que é apelante/apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SUMARÉ, é apelada/apelante NARJARA LEAL MOURA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso, com determinação. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão**. (Voto nº 24.291)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente), CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI e CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 18 de março de 2019.

LUCIANA BRESCIANI, Relatora

Ementa: Ação de indenização por dano moral – Falha no atendimento por médicos e enfermeiros em Unidade de Pronto Atendimento do Município de Sumaré – Sentença proferida considerando verdadeiros os fatos alegados diante da revelia do réu – Os efeitos da revelia não atingem a Fazenda Pública, dada a indisponibilidade do interesse público – À autora

cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito – Sentença anulada para oportunizar a produção de provas – Alegação de ilegitimidade passiva rejeitada – Recurso provido, com determinação.

VOTO

Trata-se de ação indenizatória por dano moral ajuizada por NARJARA LEAL MOURA em face do MUNICÍPIO DE SUMARÉ/SP alegando, em síntese, que sua filha Daiana Ingrid Najara Bastos faleceu em 28.04.2014 em decorrência da negligência dos médicos e enfermeiros do UPA Macarenko. Requereu a condenação do Município de Sumaré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 500.000,00, pagamento de pensão em parcela única, no valor de R$ 89.952,00 ou que este valor seja dividido em 96 parcelas (equivalente a oito anos) de R$ 937,00.

A ação foi julgada procedente (fls. 259/264).

Recorreu o réu pleiteando a reforma da sentença (fls. 266/281) e adesivamente a autora (fls. 307/317).

Os recursos foram regularmente processados e contrariados (fls. 318/329 e 335/349).

Não houve oposição ao julgamento virtual no prazo estabelecido pela Resolução nº 772/2017 do Órgão Especial.

É o relatório.

Trata-se de ação indenizatória por dano moral ajuizada por NARJARA LEAL MOURA em face do MUNICÍPIO DE SUMARÉ/SP alegando, em síntese, que sua filha Daiana Ingrid Najara Bastos faleceu em 28.04.2014 em decorrência de mau atendimento médico pelo réu. Referiu que a menor foi atendida em 23.04.2014 na Unidade de Pronto Atendimento (UPA) do Jardim Macarenko, com queixa de fortes dores de cabeça e medicada com dipirona e soro para desidratação. Retornou à unidade de saúde no mesmo dia e aplicadas injeções de dramin e dipirona, sendo que minutos após, começou a passar mal e aferida a pressão arterial estava 8/6. Voltou para casa, mas às 2 da manhã a autora percebeu que sua filha estava com convulsões. Mais uma vez regressou ao UPA Macarenko e narra a falta de atenção do corpo de enfermeiros e médicos. Aduziu que foi informada que a jovem havia sido medicada e tão logo melhorasse seria liberada. Procurou informações sobre a filha e, finalmente, ao conseguir ver a menor, estava na sala de emergência, com a cabeça caída e a língua pra fora da boca. A médica Dra. Daniela não soube dizer o que havia acontecido, socorreu-a e conseguiu uma vaga na UTI do Hospital Estadual de Sumaré/SP.

Acesso ao Sumário

Permaneceu internada no Hospital Estadual de Sumaré até o dia 28 de abril, quando faleceu. Aduziu que foi instaurado Procedimento Investigatório

Criminal (PIC) no Ministério Público, mas as investigações ainda não foram concluídas. Afirmou que o falecimento da filha decorreu da negligência dos médicos e enfermeiros do UPA Macarenko. Requereu a condenação do Município de Sumaré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 500.000,00, pagamento de pensão em parcela única, no valor de R$ 89.952,00 ou que este valor seja dividido em 96 parcelas (equivalente a oito anos) de R$ 937,00.

O juízo *a quo* reconheceu que, diante da revelia do réu, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela autora e julgou a ação procedente nos seguintes termos:

Diante do exposto e de tudo mais que consta dos autos, julgo PROCEDENTE a presente ação, para condenar a requerida, a título de danos morais, ao pagamento a autora do valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), corrigidos desde esta sentença e acrescido de juros de mora desde a data do fato (art. 398, do Código Civil de 2002, c.c. art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional). Também condeno a requerida a indenizar a autora NARJARA LEAL MOURA ao pagamento de pensão vitalícia no valor de meio salário-mínimo mensal, no período em que ela completasse dezoito anos até que ela saísse da idade de vinte e cinco anos, corrigidos desde o ajuizamento desta ação, e acrescido de juros de mora desde a data do fato (art. 398, do Código Civil de 2002, c.c. art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional). A parte requerida deverá formar fundo de pecúlio único que será entregue aos autores. Assim, julgo RESOLVIDO o processo nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Constou da fundamentação: *No presente caso, ficou demonstrado o nexo de causalidade entre o dano (morte da paciente) e o ato omissivo de seus agentes, que agiram na qualidade de representantes da Administração Pública. O ato praticado pelos agentes foi ilícito, na forma omissiva. A paciente ingressou em um hospital da rede municipal de saúde, com graves problemas de saúde, tanto que veio a falecer. Recebeu um atendimento inicial, mas não saiu disso.*

O Município interpôs apelação alegando, em preliminar, a indevida aplicação dos efeitos da revelia contra a Fazenda Pública. E, com razão.

Os efeitos da revelia não atingem a Fazenda Pública, dada a indisponibilidade do interesse público.

Citado o Município não contestou o feito no prazo legal, mas apresentou petição (fls. 251/252) referindo o extravio do processo administrativo nº 15.855/2017, que teve origem com o mandado de citação expedido nos autos e salientando que os efeitos da revelia são relativos, razão pela qual se impõe à autora a prova dos fatos constitutivos do direito.

E esta a precisa lição de Leonardo Carneiro da Cunha (in A Fazenda

Acesso ao Sumário

Pública em Juízo, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 95/96) que ensina que dois são os efeitos da revelia: um material (consistente em se presumirem verdadeiros os fatos alegados pelo autor art. 344, CPC) e outro processual (a dispensa da intimação do réu para os atos do processo, correndo os prazos independentemente de sua intimação art. 346, CPC).

Pondera: *O direito da Fazenda Pública é* indisponível, *devendo o magistrado, mesmo na hipótese de revelia, determinar a instrução do feito para que a parte autora possa se desincumbir do seu* onus probandi. *Aliás, assim dispõe o art. 345, II, do CPC: "A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis*".

E prossegue:

À evidência, a revelia, sendo ré a Fazenda Pública, não produz seu efeito material, de maneira que não haverá presunção de veracidade quanto aos fatos alegados pelo autor na petição inicial. Como se sabe, os atos públicos presumem-se legítimos. Por isso, cabe ao autor, numa demanda proposta em face da Fazenda Pública, demonstrar, e comprovar, as alegações contidas em sua petição inicial. Não o fazendo, mediante a produção de qualquer prova, só restará a consequência da improcedência.

Assim, embora revel o réu, os efeitos da revelia não se operam no caso concreto.

Nos termos do art. 346, parágrafo único: *O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.*

Imprescindível que às partes seja oportunizada a manifestação a respeito das provas que pretendem produzir, posto que à autora cabe comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL – IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA REVELIA E PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS NARRADOS PELO AUTOR – FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL – DIREITO DISCUTIDO INDISPONÍVEL – INTERESSE PÚBLICO – ART. 345, II CPC – JURISPRUDÊNCIA DO C. STJ – REVELIA AFASTADA. RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL – CAUSA DE PEDIR FUNDADA NA OCORRÊNCIA DE LESÕES FÍSICAS TEMPORARIAMENTE INCAPACITANTES PERPETRADAS POR SEGURANÇAS CONTRATADOS PELO MUNICÍPIO DE CASTILHO PARA A FESTA TRADICIONAL DO PESCADOR – AFASTADA A REVELIA EM PROL DO ENTE FEDERATIVO, DE RIGOR O RETORNO DOS AUTOS À VARA DE ORIGEM A FIM DE QUE SEJA ABERTA A INSTRUÇÃO EM DECORRÊNCIA DO ÔNUS PROCESSUAL INSCULPIDO NO ART. 373, I, CPC, IMPOSTO À DEMANDANTE, QUE EXPRESSAMENTE POSTULOU A PRODUÇÃO DE

PROVA TESTEMUNHAL – SENTENÇA ANULADA, DE OFÍCIO – RECURSO DO MUNICÍPIO E RECURSO ADESIVO DA AUTORA PREJUDICADOS. (TJSP; Apelação Cível 1004610-29.2017.8.26.0024; Relator (a): Ferraz de Arruda; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Andradina - 3ª Vara; Data do Julgamento: 30/01/2019; Data de Registro: 04/02/2019).

PROCESSUAL CIVIL – Indenização por danos morais por morte de criança em Hospital Público Municipal – Contestação intempestiva, apresentada pelo Município – Inaplicável o efeito do art. 319 do CPC – Incidência do art. 320, II – Nulidade configurada – Sentença anulada para abertura da instrução – Reexame necessário e recurso voluntário, providos. (TJSP; Apelação/Remessa Necessária 0000548-95.2012.8.26.0069; Relator (a): J. M. Ribeiro de Paula; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Bastos - Vara Única; Data do Julgamento: 12/03/2014; Data de Registro: 27/03/2014).

Ademais, não convence o argumento de ilegitimidade passiva do Município de Sumaré. A petição inicial é clara ao referir que o atendimento negligente teria ocorrido na UPA Macarenko e não atribui qualquer responsabilidade ao hospital estadual, embora o falecimento da filha da autora tenha ocorrido lá dias depois do primeiro atendimento na rede municipal de saúde.

Igualmente a existência de contrato de gestão com a empresa Pro-Saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar não afasta a legitimidade passiva do Município de Sumaré. O contrato firmado entre as partes possui prazo de vigência de 24 meses a contar da data da assinatura (22.08.2014), podendo ser prorrogado por até 60 meses (fls. 289). Entretanto, os fatos narrados na inicial são de período anterior à vigência do contrato. Patente, portanto, legitimidade do Município de Sumaré para figurar no polo passivo da ação.

Por todo o exposto, anulo a r. sentença, determinando o retorno dos autos à origem para, afastados os efeitos da revelia, oportunizar eventual produção de provas.

Para fins de prequestionamento se tem por inexistente violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional invocado e pertinente à matéria em debate.

Por estes fundamentos, pelo meu voto, dou provimento ao recurso para anular a r. sentença, com determinação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1000243-

Acesso ao Sumário

62.2015.8.26.0369, da Comarca de Monte Aprazível, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante MAURO VANER PASCHOALÃO e Apelado CONSTRUMONTE COMÉRCIO DE MATERIAL ELÉTRICO LTDA. ME.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento aos recursos. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 21.555)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR e AROLDO VIOTTI.

São Paulo, 21 de março de 2019.

JARBAS GOMES, Relator

Ementa: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Dano ao Erário. Caracterização, ante a compra de material de construção sem processo licitatório, tendo o ordenador das despesas agido com culpa grave. Sanções corretamente definidas em obediência aos critérios de proporcionalidade e de razoabilidade. Afastadas a responsabilização da vendedora, ausente prova de conluio fraudulento e de superfaturamento, e a devolução de valores, porque cumprido o objeto da contratação. Inteligência dos artigos 24, inciso II, e 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, 10, inciso VIII, e 12, inciso II, da Lei nª 8.429/92. Ofensa ao devido processo legal não configurada.
RECURSOS DESPROVIDOS.

VOTO

Trata-se de ação civil pública proposta pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO* em face de *MAURO VANER PASCOALÃO e de CONSTRUMONTE COMÉRCIO DE MATERIAL ELÉTRICO LTDA. – ME*, fundada na prática de atos de improbidade administrativa.

Julgada parcialmente procedente a lide, nos termos da r. sentença de fls. 1253-1257, para, "*com fulcro no artigo 10, VIII, da Lei nº 8.429/92, CONDENAR o corréu MAURO VANER PASCOALÃO ao cumprimento das seguintes penalidades, previstas no artigo 12, II, da mesma norma: a) ressarcimento do dano causado ao erário em razão dos fatos discutidos nos autos; e b) pagamento de multa civil em valor idêntico ao do dano causado*

Acesso ao Sumário

ao erário. Para efeito de cálculo das penalidades impostas, estabeleço que o prejuízo causado ao Município de Monte Aprazível foi de R$ 6.339,98 (seis mil, trezentos e noventa e nove reais e noventa e oito centavos), quantia que deverá ser atualizada monetariamente desde o dia 01/04/2013 (em que a última compra com dispensa de licitação se realizou e o dano se consolidou), e acrescida de juros de 1% ao mês desde o mesmo marco temporal, nos termos da súmula 54, do C. Superior Tribunal de Justiça".

Insurgem-se o autor e o réu Mauro Vaner.

Discorrendo sobre os fatos que culminaram com a propositura da ação e sobre o desenvolvimento do processo, o Ministério Público sustenta, em síntese: a) dolo na conduta dos litisconsortes, evidenciado pelo fracionamento das despesas e pelo superfaturamento; b) desrespeito ao limite de despesas possíveis de serem realizadas sem licitação; c) não demonstração da urgência da aquisição e da dispensabilidade da licitação, em afronta aos artigos 24, incisos I e II, 25, § 2º, e 26 da Lei nº 8.666/93 e 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Requer a aplicação cumulativa das sanções previstas no artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92 a Mauro Vaner, na condição de ordenador das despesas, e a condenação da litisconsorte (fls. 1264-1276).

Mauro Vaner aduz, em resumo: a) ausência de dolo em sua conduta, tendo a aquisição questionada ocorrido por sua inexperiência como gestor público; b) não caracterização de fracionamento da licitação, visto que as compras, além de não terem superado individualmente o valor de R$8.000,00, teriam sido precedidas de cotação de preços; c) urgência administrativa da aquisição para atendimento de diversos setores, como demonstraria a prova testemunhal; d) inexistência de prejuízo ao erário, de favorecimento de terceiro ou de proveito patrimonial; e) enriquecimento indevido do município, acaso mantida sentença; f) negativa de vigência aos artigos 373, inciso I, do Código de Processo Civil e 5º, inciso LV, da Constituição Federal, porquanto não teria sido determinada a inversão do ônus da prova, e ao artigo 12, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, vez que não teriam sido sopesados o potencial de lesividade e a gravidade dos fatos (fls. 1280-1314).

Recursos tempestivos, bem processados e respondidos (fls. 1323-1331; 1332-1306; 1337-1349).

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo acolhimento parcial do apelo apresentado pelo Ministério Público e pelo desprovimento do recurso de Mauro Vaner (fls. 1364-1360).

Não houve objeção ao julgamento virtual.

É o relatório.

I. De acordo com a versão contida na inicial, ao longo de 45 dias, nos meses de fevereiro e abril de 2013, o Município de Monte Aprazível, sob a

gestão de Mauro Vaner, teria adquirido da corré Construmonte material elétrico, hidráulico e de construção no total de R$29.618,75, sem que fosse instaurado procedimento licitatório.

A compra, segundo o autor, teria sido superfaturada, uma vez que o parecer técnico emitido pelo Centro de Apoio Operacional à Execução – CAEX teria apurado que os valores pagos pelo município seriam entre 23% e 42% superiores aos praticados no mercado (fls. 825-875). Sob esse prisma, o comportamento dos réus encontraria tipificação no artigo 10 da Lei nº 8.429/92.

Postos os fatos essenciais, passa-se ao exame dos apelos.

II. Não houve negativa de vigência aos artigos 373, inciso I, do Código de Processo Civil e 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

O mencionado artigo 373, inciso I, do diploma processual, impõe que "*o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito*"; e esse encargo foi satisfatoriamente cumprido pelo autor que evidenciou, de forma estreme de dúvidas, que a conduta de Mauro Vaner foi permeada de culpa grave.

Além de a atividade instrutória ter se desenvolvido regulamente, com a produção de prova testemunhal, única requerida por Mauro (fls. 1165; 1179-1180; 1182-118; 1217-1221; mídia eletrônica), não se aplicaria ao caso concreto a regra de julgamento relativa à redistribuição do ônus da prova inserta no § 1º do citado artigo 373, porquanto não configuradas impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo.

Não se perca de vista, ainda, o fato de que Mauro admitiu ter ordenado a aquisição do material sem prévio procedimento licitatório, atribuindo a falta à sua inexperiência como gestor.

Essa justificativa é, no mínimo, pueril, pois é "*ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*" (artigo 3º do Decreto-lei nº 4.657/1942), especialmente quando se trata de indivíduo que optou por exercer mandato eletivo.

Portanto, o devido processo legal foi observado, salvaguardados o contraditório e a ampla defesa.

III. Há muito, o Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que é "*indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10*" (AIA nº 30/AM, Corte Especial, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 21.9.2011. Igualmente: AgInt no REsp nº 1.616.365/PE, 1ª T.,, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 23.10.2018; AgInt nos EAREsp nº 178.852/RS, 1ª S., rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 22.8.2018; REsp nº 1.375.840/MA, 2ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. em 7.6.2018).

Conquanto não se possa extrair das provas coligidas intenção dolosa do Administrador, sua conduta revela culpa grave, pois ordenou despesas acima do limite legal sem a prévia licitação.

O acervo probatório, em particular o depoimento das testemunhas, expõe a completa desorganização dos negócios municipais e evidencia a prática costumeira do setor encarregado das compras de efetuá-las diretamente dos fornecedores locais, sem registro de prévia cotação de preços.

Na espécie, a operação censurada seguiu a mesma dinâmica.

Foram apresentados ao então prefeito Mauro Vaner pedidos de diversas áreas para a aquisição de itens destinados, basicamente, à manutenção de imóveis.

Mauro, ignorando as cautelas ínsitas ao cargo, não se dispôs a verificar se havia ou não prévia estimativa de preços, qual seria a natureza e a quantidade dos bens solicitados e quem seriam os fornecedores, e autorizou as seguidas despesas que, no intervalo de 45 dias, totalizaram R$29.618,75.

Nessa perspectiva, considerando que as notas de empenho e as notas fiscais, acostadas às fls. 887 segs., atestam que os produtos adquiridos, todos do mesmo gênero, o foram de um único fornecedor, a corré Construmonte, conclui-se, com segurança, que a instauração do processo licitatório era imprescindível e que houve, sim, fracionamento indevido de gastos.

A conduta vulnera o artigo 24, inciso II, da Lei nº 8.429/92, claríssimo ao estabelecer que:

> *"Artigo 24. É dispensável a licitação: (...)*
>
> *II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (...)"* (grifamos)

Nem se cogite de que a situação seria emergencial e que a dispensa do procedimento licitatório estaria legitimada pelo inciso IV do artigo 24 da Lei de Licitações.

Ensina Marçal Justen Filho que o dispositivo em comento "*refere-se aos casos em que o decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado*", concluindo, mais à frente, que *"nos casos específicos das contratações diretas, emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico. Como a licitação pressupõe certa demora para seu trâmite, submeter a contratação ao processo licitatório propiciaria a*

concretização do sacrifício a esses valores" (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 292).

Mas não há nestes autos nenhuma alusão a quais seriam os altos interesses ou valores em risco ou a qual seria esse risco.

Evidente que o simples pretexto de emergência administrativa não isenta o Gestor do dever de instaurar o certame, porque nessa escusa não se entrevê a conjugação dos atributos de absoluta premência e de imprescindibilidade a autorizar a contratação direta.

Os aspectos acima examinados foram perfeitamente equacionados pelo MM. Juiz. Confira-se:

> *"Muito embora, de fato, as solicitações tenham se originado de setores diversos da Prefeitura (vide empenhos a fls. 622/665 e relação de fls. 581/582), é evidente que a administração tinha plenas condições de prever suas necessidades correlatas globais, dentro de um interregno razoável, efetuando as compras de forma una, mediante licitação, em que assegurada a oportunidade de participação a mais de uma empresa, com a economia logicamente decorrente da disputa.*
>
> *Afinal, todas as operações ocorreram em espaço exíguo de tempo, entre 14/02/2013 e 01/04/2013, não se podendo ignorar que em 06/03/2013 houve, em um único dia, emissão de notas fiscais cujos montantes, somados, ultrapassaram o apontado limite legal de dispensa, consoante bem ilustrado na simples cotação de preços realizada pelo Ministério Público, que embasou o parecer técnico copiado a fls. 825/875. (...)*
>
> *A premência suscitada no ofício de fls. 619, que não se provou adequadamente, diga-se, até poderia amparar a aquisição direta, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei 8.666/93, desde que seguido o procedimento previsto no artigo 26, da mesma norma. Não poderia, nunca, conferir suporte ao fracionamento das compras para, ao talante do administrador e sem justificativa específica, dispensar irregularmente o procedimento licitatório. (...)*
>
> *Já quanto ao corréu Mauro Vaner Pascoalão, prefeito, muito embora não se entreveja conduta dolosa, volitivamente vertida à violação do princípio da moralidade administrativa, verifica-se claramente atuação culposa, gravemente negligente, bastante para a configuração do tipo ímprobo violado.*
>
> *Ora, o prefeito é o gestor máximo dos rumos da administração, além do ordenador máximo de despesas, pelo que, situações como a presente recaem sobre sua pessoa, porquanto presumivelmente oriunda de suas equivocadas orientações.*

Acesso ao Sumário

A testemunha Caubi disse com todas as letras que o único critério exigido pelo prefeito para as compras era o do privilégio ao "comércio local" e não ao interesse público.

A aludida "falta de tempo" para a realização da licitação omitida apontada por Caubi não faz desaparecer a mácula ao princípio da legalidade operada. Não está no âmbito de apreciação discricionária do administrador cumprir ou não previsões legais claras, expressas e insuperáveis.

Faltou ao corréu em testilha, destarte, noções mínimas de direito público e de organização, em suma, na condução dos negócios da administração, o que não se pode admitir na vida pública, cabendo enfatizar que "diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexiste espaço para o administrador 'desorganizado' e 'despreparado', não se podendo conceber que um Prefeito assuma a administração de um Município sem a observância das mais comezinhas regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido com má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade e não meras irregularidades, por inobservância do princípio da legalidade" (STJ, 2ª T., REsp. 708.170-MG, Min. Eliana Calmon, j. 6.12.2005)."

Ademais, o expediente adotado por Mauro Vaner resultou prejuízo ao erário no valor de R$6.339,98, identificado a partir do confronto entre os valores pagos a Construmonte e a cotação de preços efetuada pelo CAEX (fls. 825-875).

E, como bem ponderou o juízo, "*o 'quantum' do dano sofrido pelos cofres públicos, de seu turno, não pode ser qualificado como ínfimo, (...). Não existe insignificância quando se trabalha com o patrimônio público, em que cada centavo, se bem empregado, gera benefícios para toda a coletividade*" (grifamos).

Nesse passo, o dano deve ser reparado, cumprindo assinalar que, em hipóteses como a presente, "*o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações*" (REsp nº 1.302.405/RR, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. em 28.3.2017).

Destarte, cabe a Mauro não só recompor a perda causada aos cofres municipais, como também responder pela multa civil correspondente ao valor do dano, em decorrência de sua desídia no trato da coisa pública, tipificada no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, independentemente de ter ou não havido proveito próprio ou favorecimento de terceiro.

Acesso ao Sumário

Tais sanções – diga-se – não comportam alteração, porque dosadas em obediência aos critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, revelando o processo de reflexão a que se submeteu o julgador em face das provas colhidas, da conjuntura em que o ato impugnado foi praticado, do elemento volitivo que permeou o comportamento displicente do Administrador e da falta de evidência quanto a ganhos ilícitos pelos réus.

Diante desse cenário, não vingam as teses defendidas pelo Mauro de que a manutenção da sentença acarretaria enriquecimento indevido do município e de que teria sido negada vigência ao parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, na medida em que, de um lado, sua conduta foi a causa eficaz do dano ao erário, e de outro, as penalidades que lhe foram impostas ajustam-se impecavelmente à moldura fática descrita por ambas as partes.

IV. No tocante à Construmonte e seus representantes legais, não é possível divisar-lhes a responsabilidade pelo prejuízo.

A par de nenhum vínculo espúrio com servidores ou com o corréu ter sido trazido à luz neste processo, inexiste evidência de que tenham praticado preços menores em operações envolvendo outros vendedores que não o Município, ou de que tenham deliberadamente superfaturado os preços para obter vantagem ilegal.

A contratação, ademais, subsiste, pois os documentos disponíveis informam que os produtos foram entregues à prefeitura, descabendo, assim, a devolução de valores.

De qualquer modo, conforme elucidou o juízo, eventual decreto anulatório das vendas, "*não surtiria qualquer efeito prático porque os negócios descritos na inicial foram incontroversa e irreversivelmente cumpridos e a anulação não eximiria a administração de indenizar o contratado (artigo 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93)*".

Em outras palavras, "*demonstrada a efetiva realização do objeto contratado (...), não pode a Administração, ao argumento de eventual irregularidade no estabelecimento do ajuste, furtar-se, na espécie, ao adimplemento de sua obrigação pecuniária com o particular. As mesmas moralidade e legalidade que devem permear os atos públicos, inclusive as contratações, devem, também, vedar o enriquecimento ilícito e o locupletamento de qualquer das partes, aí se inserindo a própria Administração Pública*" (REsp nº 468.189/SP, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. em 18.3.2003).

V. Isto posto, nega-se provimento aos recursos.

VI. Eventual insurgência em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, facultado às partes, no momento da interposição do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de

Acesso ao Sumário

memoriais.

No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguirá com o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017138-61.2016.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, são apelados W-SERVICE COMÉRCIO E SERVIÇOS EM EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS LTDA. e PREFEITURA MUNICIPAL DE MAUÁ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª 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 13.740)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), MÔNICA SERRANO e GERALDO XAVIER.

São Paulo, 6 de março de 2019.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Ação declaratória de inexigibilidade de crédito tributário c.c. repetição do indébito. ISS. Serviços de manutenção prestados no local da empresa tomadora. Hipótese de incidência do item 14.01 da Lista Anexa à LC 116/03. Competência tributária. Aplicação da regra geral, pela qual o imposto é devido no local do estabelecimento prestador (art. 3º). Lugar da efetiva prestação dos serviços, necessidade de deslocamento de funcionários ou estrutura física fornecida pela contratante não conferem, por si só, status de estabelecimento prestador. Conceito extraído do art. 4º da LC 116/03 conjugado com arts. 90 e 1.142 do CC. Complexo de bens organizado e com destinação específica que represente unidade econômica ou profissional, utilizado na exploração do objeto social. Competência

Acesso ao Sumário

do Município de São Bernardo do Campo, onde situado o estabelecimento, e não em Mauá, local da manutenção dos equipamentos. Sentença reformada. Recurso PROVIDO.

VOTO

Trata-se de ação ordinária proposta por **W-Service Comércio e Serviços em Equipamentos** em face **Município de São Bernardo do Campo**, com inclusão posterior do **Município de Mauá**, como litisconsorte necessário. A demanda discute a competência tributária para recolhimento de ISS decorrente de contrato firmado com a PETROBRAS, para prestação de serviços de manutenção, e devolução do indébito.

A r. sentença (fls. 264/267) julgou PROCEDENTES os pedidos, com fulcro no artigo 487, I do CPC, condenando o Município de São Bernardo do Campo à devolução dos valores, bem como aos ônus da sucumbência.

Inconformado, o Município de São Bernardo do Campo interpôs recurso de apelação (fls. 315/328). Sustenta que o estabelecimento prestador está localizado nos limites do Município, onde fica a sede da empresa, que centraliza sua atividade administrativa, econômica, jurídica e comercial. Aduz que não há qualquer filial em Mauá e que o serviço considera-se prestado, e, o tributo devido, na sede do estabelecimento prestador, independentemente do local factual onde se prestam os serviços, não podendo se opor cláusula contratual ao fisco. Requer o provimento do recurso e reforma da sentença.

Contrarrazões do Município de Mauá às fls. 315/328. Afirma que a cláusula do contrato estabelece a obrigatoriedade de emissão de Nota Fiscal em Mauá; que o serviço é prestado na Refinaria Capuava, em Mauá, no qual se considera o estabelecimento prestador, não a sede; que a lei municipal não exige que o estabelecimento possua estrutura organizacional ou administrativa.

Contrarrazões da sociedade empresária autora às fls. 329/337. Alega que as prestações de serviços (manutenção de subestações de alta voltagem) foram efetuadas dentro da PETROBRAS, que fica no Município de Mauá; que foi obrigada, por força do contrato, a recolher o ISS em Mauá, porém efetuou o pagamento também ao Município apelante. Diante disso, entende que, pelo princípio da territorialidade e local dos serviços, o imposto é devido ao Município de Mauá.

É o relatório.

No mérito, restou incontroverso que os serviços foram prestados na refinaria da PETROBRÁS, em Mauá, e que o ISS foi recolhido aos dois Municípios, sendo que a sede da sociedade fica situada em São Bernardo do Campo. O objeto da lide envolve principalmente questão de direito, acerca do

Acesso ao Sumário

local que, pela lei, é considerado estabelecimento prestador para fins de fixar a competência tributária e determinar a restituição do valor pago.

No que tange ao fato gerador, a nota fiscal indica que o serviço está subsumido à hipótese de incidência prevista no item 14.01 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/03:

> 14.01 – Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS).

Com relação à **competência tributária**, em regra, 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, salvo exceções da lei, que não se aplicam ao item 14 – artigo 3º da LC 116/03 (nas quais se insere o item 7, apontado em decisão anterior). Ressalva-se, por consequência, o entendimento firmado, em sede de cognição sumária, quando da análise do pedido de urgência, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2158841-06.2016.0000, em 2016.

A definição de **estabelecimento prestador** é definida pelo próprio legislador, no artigo 4º da LC 116/03:

> "**Art. 4º**. Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas."

Extraem-se, do referido dispositivo, duas informações importantes. Primeira: estabelecimento prestador é o local onde se desenvolve a atividade de prestar serviços + configure unidade econômica (elemento de empresa) ou profissional (profissional liberal; autônomo). Segunda: o nome dado ao estabelecimento prestador é irrelevante, bastando que se enquadre no conceito legal.

Daí que, conforme a regra geral, a competência tributária relativa ao serviço do **item 14.01** é determinada pelo local do estabelecimento prestador, que figura como unidade econômica ou profissional organizada para o prestamento de serviços.

As cláusulas contratuais são de somenos importância, já que faz lei entre as partes (*res inter alios acta*) e não podem ser opostas ao fisco, nos termos do artigo 123 do CTN, independente da forma de contratação (ex. licitação), sendo a PETROBRAS (embora integrante da Adm. Pública Indireta) dotada de

Acesso ao Sumário

personalidade jurídica de direito privado (art. 173 da CF e Lei 13.303/2016).

Logo, o fato da manutenção ser realizada dentro da refinaria da PETROBRAS em Mauá, por si só, não confere status de estabelecimento prestador e, menos ainda, a previsão contratual (cláusula 6.1.4.3).

Com permissão dos artigos 109 e 110 do CTN, a lei civil define que: *Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária* (art. 1.142 do CC). *Segundo a natureza jurídica, configura uma universalidade de fato, que é a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária, podendo ser objeto de relações jurídicas próprias* (art. 90, *caput* e par. único, do CC).

O estabelecimento é, portanto, o complexo de bens organizado com destinação unitária e utilizado para o exercício das atividades da sociedade empresária. E, na exploração do objeto social, a pessoa jurídica poderá ser titular de diversos estabelecimentos, que compõem o seu ativo, e estão afetas à organização dos fatores de produção (capital; mão-de-obra; insumos; tecnologia; etc), que é o elemento de empresa.

No caso concreto, a emissão da nota fiscal pelo estabelecimento de São Bernardo do Campo, a estrutura econômica, destinação das receitas auferidas na prestação de serviços, tais elementos denotam que o estabelecimento prestador é aquele organizado no Município recorrente, que coincide com a sede da sociedade; inexistente nos autos prova em contrário, ônus da autora.

A estrutura operacional e temporária ainda que a permanência não represente requisito da lei –, montada em Mauá para a realização dos serviços (canteiro de obras; instalações fornecidas pela contratante), e o deslocamento de funcionários não impõem a característica de unidade econômica. Forma a cadeia produtiva e é absorvida pelo gerenciamento, planejamento estratégico, logística, gestão de controle administrativo, operacional e de recursos humanos, cadeia de suprimentos e análise de custos, típicos do estabelecimento prestador.

Se aferir o local onde são executados os serviços fosse suficiente, dissociado dos conceitos de estabelecimento, unidade econômica ou profissional, não seriam necessárias as exceções elencadas nos incisos I a XXV do art. 3º da LC 116/03 ou a definição do art. 4º. Vale aqui menção ao princípio da hermenêutica jurídica que traduz a ideia de que a lei não contém termos inúteis: *verba cum effectu sunt accipienda.* Nesse aspecto, sem razão o Município de Mauá, já que a estrutura deriva da própria definição de "estabelecimento", e não depende de indicação expressa dos elementos constitutivos.

Acesso ao Sumário

Dessa forma, o recolhimento aos cofres do Município de Mauá é que se mostra controvertida diante da LC 116/03, que rege a relação jurídico-tributária do ISS, visto que o Município de São Bernardo é quem detém a capacidade

ativa, consecutivo da competência tributária, para arrecadar o tributo, conclusão a que se chega após cognição exauriente do mérito.

Com relação ao Município de Mauá, incluído no polo passivo por decisão *ex officio* da mm. juíza (fl. 168), não há pedido de reconhecimento de inexigibilidade ou de repetição do indébito (ação ajuizada contra o Município de São Bernardo do Campo). E, pela natureza do imposto, a condenação dependeria de prova de que a contratada assumiu o encargo financeiro ou, ao menos, que estaria autorizada a pleitear a devolução em juízo, conforme artigo 166 do CTN.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso do Município de São Bernardo do Campo**, para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido. Em virtude da sucumbência, fica a autora condenada às custas e despesas processuais, além do pagamento de honorários no valor proporcional de 10%, para o Município recorrente, e 5%, em favor do Município de Mauá, do valor atualizado da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003351-09.2016.8.26.0323, da Comarca de Lorena, em que é apelante C.A.F.C. (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE LORENA.

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, com observação. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.654)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente sem voto), NOGUEIRA DIEFENTHALER e MARCELO BERTHE.

São Paulo, 2 de abril de 2019.

FRANCISCO BIANCO, Relator

Ementa; RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO ILÍCITO – DIAGNÓSTICO DE INFECÇÃO POR MEIO DO VÍRUS HIV – FALSO-POSITIVO – PRETENSÃO AO RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE. 1. Os prepostos da parte

Acesso ao Sumário

ré não praticaram nenhuma conduta ilícita, pois, providenciaram a realização do segundo teste de sorologia, no prazo de 30 dias, cujo resultado é diverso daquele alcançado por ocasião do primeiro exame. 2. O procedimento está em absoluta conformidade com a Portaria nº 29/13, expedida pela Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde. 3. A parte autora estava, à época dos fatos, no período gestacional e, tal situação aumenta a possibilidade da ocorrência do resultado falso-positivo para a infecção por meio do vírus HIV. 4. Arbitramento dos honorários advocatícios recursais, a título de observação, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC/15. 5. Ação de procedimento comum, julgada improcedente. 6. Sentença, ratificada. 7. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, desprovido, com observação.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de fls. 93/98, que julgou improcedente ação de procedimento comum, objetivando o recebimento de indenização, a título de danos morais, ante o resultado positivo do *Teste rápido para Detecção de Anticorpos Anti- HIV*. Em razão da sucumbência, a parte vencida foi condenada ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados no valor correspondente a 10% sobre o montante atribuído à causa.

A parte autora, nas razões recursais, sustentou, em resumo, a inversão do resultado inicial da lide.

O recurso de apelação, tempestivo e dispensado de preparo, em razão da concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, foi recebido nos regulares efeitos, sem resposta da parte contrária.

É o relatório.

O recurso de apelação, apresentado pela parte autora, não merece provimento, devendo prevalecer a r. sentença de Primeiro Grau, que deu a melhor solução ao caso concreto, com observação.

Trata-se de ação de procedimento comum, objetivando o recebimento de indenização, a título de danos morais, ante o resultado positivo *do Teste rápido para Detecção de Anticorpos Anti-HIV.*

Pois bem. Os elementos de convicção produzidos nos autos não autorizam o acolhimento da pretensão deduzida pela parte autora na petição inicial.

Acesso ao Sumário

Isso porque, inexiste efetiva comprovação do direito ora reclamado e, tampouco, do necessário e imprescindível nexo de causalidade, entre os fatos e o resultado alcançado, para a caracterização dos danos morais, passíveis de reconhecimento e reparação.

Na realidade, os prepostos da parte ré não praticaram nenhuma conduta ilícita, pois, providenciaram a realização do segundo teste de sorologia, no prazo de 30 dias, cujo resultado é diverso daquele alcançado por ocasião do primeiro exame, conforme a prova documental de fls. 12 e 18.

E, tal procedimento está em absoluta conformidade com a Portaria nº 29/13, expedida pela Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde.

Ademais, é relevante consignar que a parte autora estava, à época dos fatos, no período gestacional. E, tal situação aumenta a possibilidade da ocorrência do resultado falso-positivo. Daí porque, o resultado inicial deve ser novamente analisado, mediante a realização de exames adicionais e específicos, conforme esclarecido pela Coordenadora do Programa DST AIDS e Hepatites Virais SUS, Monique Fernandes, a fls. 66.

Outrossim, a Portaria acima mencionada, justificou a aprovação do Manual Técnico para o Diagnóstico da Infecção pelo HIV em Adultos e Crianças, nos seguintes termos:

> *"Considerando que para o diagnóstico da infecção pelo HIV faz-se necessária a avaliação conjunta da historia clínica e do risco de exposição do indivíduo à infecção concomitantemente ao resultado laboratorial, que irá orientar as decisões e a conclusão diagnóstica.* ***E ainda, que a ocorrência de resultados indeterminados ou falso- positivos é maior particularmente em gestantes*** *e/ou portadores de algumas enfermidades autoimunes."* (destaques acrescidos)

Finalmente, considerando o trabalho do profissional e representante da parte ré, é imperioso o arbitramento dos honorários advocatícios recursais, a título de observação, no valor correspondente a 2% sobre o montante atribuído à causa, com fundamento no artigo 85, § 11, do CPC/15. E, aplicar-se-á, quanto ao adimplemento, a regra do artigo 98, § 3º, do CPC/15.

Portanto, a improcedência da ação de procedimento comum era mesmo de absoluto rigor, não merecendo nenhuma alteração, mas, com observação, no tocante aos honorários advocatícios recursais.

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação, apresentado pela parte autora, ratificando, na íntegra, a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0039301-95.2003.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ITUPEVA, é apelado ADELMA MARIA DE JESUS LEITE.

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 34.294)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente) e RAUL DE FELICE.

São Paulo, 1º de abril de 2019.

RODRIGUES DE AGUIAR, Relator

Ementa: APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – ISS, exercícios de 1998 a 2002 – Município de Itupeva – Prescrição antes do ajuizamento da ação – Ocorrência quanto ao exercício de 1998 – Prescrição intercorrente – Ocorrência quanto aos demais exercícios – Paralisação do feito por mais de cinco anos por culpa atribuída ao próprio exequente – Contagem da prescrição intercorrente com base no entendimento consolidado no REsp. nº 1.340.553/RS, julgado na sistemática de recursos repetitivos – RECURSO IMPROVIDO.

VOTO

1. Trata-se de apelação do exequente MUNICÍPIO DE ITUPEVA (fls. 47/ss.) contra r. sentença (fls. 38) proferida em Execução Fiscal ajuizada contra ADELMA MARIA DE JESUS LEITE, referente a ISS dos exercícios de 1998 a 2002.

2. A r. sentença julgou extinta a execução fiscal, com fundamento nos artigos 487, inciso II, do CPC, em razão da ocorrência de prescrição intercorrente, já que o processo permaneceu paralisado por prazo superior a 05 (cinco) anos por culpa atribuída à exequente.

3. Em seu recurso, sustente o Município, em síntese, a não ocorrência da prescrição intercorrente, eis que não ficou inerte. Salienta que, uma vez suspenso o curso da execução em decorrência da não localização de bens penhoráveis, não corre o prazo prescricional. Por tais motivos, requer a reforma da r. sentença

Acesso ao Sumário

para que haja o regular prosseguimento da execução fiscal.

4. Recurso tempestivo, isento de preparo e não respondido.

5. As partes não se opuseram ao julgamento virtual do recurso.

É o relatório.

6. O recurso não comporta provimento, pelas razões que se passa a demonstrar.

No caso, verifica-se que o r. juízo de primeiro grau extinguiu o feito, sob o fundamento de ter ocorrido a prescrição intercorrente.

Saliente-se que o termo inicial da prescrição intercorrente tem início a partir da interrupção do prazo da prescrição tributária, operada pela citação válida ou pelo despacho que determina a citação, a depender de quando ocorreram: antes ou após a vigência da LC 118/05, responsável por modificar a redação do art. 174 do CTN.

O reinício de tal prazo, entretanto, deve observar o regramento próprio previsto no art. 40 da Lei nº 6.830/1980, que exige, para tanto, a prévia suspensão do processo pelo período de 1 (um) ano e o seu arquivamento provisório.

Acerca do tema, a 1ª Seção do STJ nos autos do REsp. nº 1340553/RS, julgado em recurso repetitivo, estabeleceu a sistemática de contagem da prescrição intercorrente prevista do artigo 40 e seus parágrafos da Lei nº 6.830/1980:

> *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).*
>
> *1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.*
>
> *2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição qüinqüenal intercorrente".*
>
> *3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores*

Acesso ao Sumário

do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.

4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973): 4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de

Acesso ao Sumário

acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973).

(REsp 1340553/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 16/10/2018).

Com base em tal entendimento, depreende-se que o Superior Tribunal de Justiça pretendeu evitar que execuções fiscais já ajuizadas tramitem perante o Poder Judiciário indefinidamente. Para tanto, aquela E. Corte fez uma interpretação dos prazos expressamente indicados no art. 40 da LEF.

Tais prazos são segmentados em duas partes: (i) a primeira, tem por termo inicial a falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF) e por termo final o prazo de 1 (um) ano dessa data (art. 40, §§ 1º e 2º, da LEF); (ii) a segunda parte tem por termo inicial o fim da primeira parte, ou seja,

Acesso ao Sumário

o fim do prazo de 1 (um) ano da data da frustração na localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, § 2º, da LEF) e por termo final o decurso do prazo de 5 anos relativo à prescrição intercorrente.

Nessa lógica, estabeleceu o STJ que o prazo de um ano de suspensão previsto no artigo 40, §§ 1º e 2º, da LEF, tem início automaticamente a partir da data da ciência da Fazenda a respeito da não localização do devedor e/ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido. Assim, o que determinará a inauguração do prazo é a efetiva ciência da Fazenda Pública acerca da inexistência de bens penhoráveis e/ou da não localização do devedor, sendo indiferente o fato de existir petição do ente público requerendo a suspensão do feito para realização de diligências.

Findo o referido prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável, havendo ou não petição da Fazenda Pública, pouco importando também a existência ou não de decisão judicial nesse sentido.

Registre-se, além disso, que somente a efetiva citação (ainda que por edital) e a efetiva penhora de bens são aptas a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal finalidade o mero peticionamento da Fazenda Pública em juízo requerendo a constrição de bens da parte executada.

Considere-se também que a declaração de nulidade do feito pela ausência de qualquer intimação dentro do procedimento previsto no art. 40 da LEF está condicionada à demonstração, por parte da Fazenda Pública, do prejuízo efetivamente sofrido no processo ou de qualquer causa suspensiva ou interruptiva do lapso prescricional na primeira oportunidade em que falar nos autos, salvo se se tratar da falta de intimação acerca da não localização do devedor ou da inexistência de bens passíveis de constrição, hipótese em que o prejuízo ao ente público é presumido.

Pois bem. Feitas tais considerações e aplicando-se a sistemática acima destacada, verifica-se que o caso em análise trata de créditos constituídos entre 1998 e 2002, conforme se observa das CDAs de fls. 04/ss. O ajuizamento da ação se deu em 15/12/2003 (fls. 02-vo), razão pela qual deve ser reconhecida a prescrição antes mesmo do ajuizamento da ação dos créditos constituídos em data anterior a dezembro de 1998.

Quanto aos demais exercícios, há de ser reconhecida a prescrição intercorrente. Com efeito, verifica-se à fl. 38 que a exequente requereu a suspensão da execução pelo prazo de 1 (um) ano, na forma do procedimento previsto pelo art. 40 da LEF, o que foi deferido pelo Juízo em 19/09/2008 (fls. 39).

Findo o referido prazo de suspensão, iniciou-se automaticamente o decurso do lapso prescricional em 20/09/2009. Todavia, não se manifestou mais a exequente no intuito de dar andamento ao feito até 25/07/2017 (fls.42), não

logrando a constrição de bens. Após, foi proferida a r. sentença em 14/02/2018.

De rigor, portanto, reconhecer o decurso de mais de 5 (cinco) anos, após o período de suspensão automática, e, consequentemente, a ocorrência da prescrição intercorrente.

Ademais disso, não se pode atribuir a paralisação do feito aos mecanismos da Justiça, senão à própria desídia do Município em promover o andamento efetivo da execução fiscal que ajuizou. Inaplicável, pois, a Súmula 106 do STJ.

Por derradeiro, embora tenha o representante da Fazenda a prerrogativa de ser intimado pessoalmente (artigo 25 da Lei nº 6.830/80), não está o ente público isento de acompanhar as ações que propõe, ou seja, de dar impulso ao processo, razão pela qual não se vislumbra qualquer nulidade no presente feito. Inexiste, ademais, qualquer demonstração de prejuízo por parte da Fazenda Pública ante a inexistência de intimação para se manifestar sobre a prescrição intercorrente, razão pela qual não há que se aventar nulidade do feito por descumprimento do art. 40, § 4º da LEF.

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1050351-68.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante NATÁLIA MARQUES PEREIRA, 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 27.850)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), OSWALDO LUIZ PALU e CARLOS EDUARDO PACHI.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

DÉCIO NOTARANGELI, Relator

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – AGENTE DE SEGURANÇA PENITENCIÁRIA – REMOÇÃO EM CARÁTER HUMANITÁRIO – INDEFERIMENTO – LEGALIDADE.

Acesso ao Sumário

Impetração contra ato administrativo que indeferiu a remoção de agente de segurança penitenciária. Pretensão visando viabilizar acesso a universidade pública para o qual aprovada a impetrante. Prevalência do interesse público sobre o particular. Impetrante já devidamente inscrito na Lista Prioritária de Transferência - LPT. Ato discricionário da Administração. Segurança denegada. Sentença mantida. Recurso desprovido.

VOTO

A r. sentença de fls. 179/183, cujo relatório se adota, denegou a segurança contra ato do impetrado consistente no indeferimento de pedido de remoção de Agente de Segurança Penitenciária em caráter humanitário.

Inconformada apela a vencida objetivando a reforma do julgado. Para tanto, sustenta, em síntese, que foi aprovada no vestibular e matriculou-se em um dos cursos da Universidade Estadual Paulista - UNESP, *campus* Bauru, pretendendo sua remoção para uma das unidades prisionais daquela cidade. Alega que sendo o direito à educação fundamental exige especial tutela do Estado, que tem o dever de viabilizá-lo mediante transferência da impetrante para uma das unidades prisionais pretendidas, sendo que duas delas apresentam déficit de funcionários. Sustenta, ainda, que a Lista Prioritária de transferência é morosa e ineficiente.

Recurso processado, com contrarrazões, ausente oposição das partes ao julgamento virtual.

É o relatório.

Em que pese o inconformismo do apelante, merece confirmação a r. sentença apelada.

Segundo estabelece a Carta Magna, "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público" (art. 5º, LXIX, CF).

"Direito líquido e certo", ensina HELY LOPES MEIRELLES, "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 na norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende

Acesso ao Sumário

ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais" (Mandado de Segurança, RT, 30ª ed., p. 38).

Depreende-se dos artigos 43 a 45 da Lei Estadual nº 10.261/68 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de SãoPaulo) que a remoção do servidor pode se dar a pedido do próprio interessado ou *ex officio*, sendo em ambos os casos procedida no interesse da Administração. Assim, a transferência de servidor público deve sempre atender ao interesse público, sendo este inerente ao exercício do cargo, em prestígio ao princípio da eficiência na Administração (art. 37, *caput*, da CF).

Em outras palavras, tem-se que a lotação de servidores atende, precipuamente, ao interesse público, sendo restritas as hipóteses em que eles podem intervir em tal escolha administrativa. Nesse mesmo sentido, consta na jurisprudência deste E. Tribunal e desta C. Câmara, os seguintes julgados:

> "MANDADO DE SEGURANÇA – AGENTE PENITENCIÁRIO – Pedido de remoção em caráter humanitário – Inadmissibilidade – A Administração Pública tem o dever-poder de deixar de movimentar a máquina administrativa a teor do binômio conveniência e oportunidade administrativa – Inexistindo ilegalidade ou abuso no ato impugnado, não há que se falar em direito líquido e certo do impetrante – Precedentes desta E. Corte – Sentença mantida – Remessa necessária não conhecida e recurso voluntário do impetrante improvido." (Apelação nº 1000009-17.2015.8.2.01196, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, j. em 30.03.17).
>
> "REMOÇÃO DE SERVIDOR EM CARÁTER HUMANITÁRIO – Pretensão do impetrante de anulação do ato administrativo que indeferiu seu pedido de transferência para outra unidade prisional – Transferência de servidor que sempre deve atender ao interesse público – Análise do mérito administrativo que não cabe ao Poder Judiciário – Déficit de servidores na unidade de lotação do impetrante – Ausência de comprovação de que a doença que acometeu seu pai ainda persiste ou que ainda esteja submetido a tratamento – Possibilidade de inscrição na Lista Prioritária de Transferência - LPT – Ausência de demonstração de ilegalidade ou arbitrariedade na atuação da autoridade impetrada – Sentença denegatória da segurança mantida – Precedentes deste Egrégio Tribunal. Recurso desprovido." (Apelação nº 1000172-72.2016.8.26.0483, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, j. em 03.05.16).
>
> "RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REMOÇÃO PLEITEADA PELA IMPETRANTE, POLICIAL MILITAR, PARA COMARCA ONDE ESTÁ LOTADO SEU MARIDO, TAMBÉM POLICIAL MILITAR. INADMISSIBILIDADE. VAGA NO LOCAL DE DESTINO NÃO COMPROVADA. Mandado de segurança impetrado por soldada PM, lotada na Capital, visando à concessão de ordem para a remoção para Praia Grande, onde trabalha seu marido, também policial militar,

Acesso ao Sumário

especialmente porque têm uma filha de seis meses. Conquanto presente o requisito de que são servidores públicos casados, pelos elementos que instruíram a presente demanda, não foi possível demonstrar a existência de vaga na lotação de destino, de modo a revelar a existência de prejuízo para a Administração Pública. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça. Segurança concedida cassada. Sentença reformada. Recursos providos."

(Apelação nº 1021962-78.2015.8.26.0053, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Djalma Lofrano Filho, j. em 30.03.16).

"Mandado de Segurança. Servidor Público Estadual. Agente de Vigilância e Escolta Penitenciária. Pretendida remoção para unidade prisional mais próxima de sua residência, por motivos humanitários. Alegação de que seu filho apresenta problemas psicológicos, e seus pais, idosos e doentes, necessitam de seu auxílio. Inadmissibilidade. Remoção que deve observar critérios de conveniência e oportunidade. Ato discricionário da Administração. Sentença de denegação da ordem que se mantém. Recurso improvido." (Apelação nº 1021024-83.2015.8.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Aroldo Viotti, j. em 09.06.17).

No caso vertente, nada obstante a nobreza do propósito que anima a impetração, o fato é que o indeferimento se acha motivado pela necessidade de respeitar a ordem de transferência ou remoção fixada em lista própria, existindo outros servidores que pleiteiam a transferência para aquelas unidades e aguardam há mais tempo que a impetrante.

Assim, ainda que duas delas possuam vagas, o *déficit* deve ser sanado com respeito à lista e em conformidade com o interesse público que rege a nomeação, remoção e transferência dos agentes penitenciários, por que ao Administrador cabe verificar a viabilidade de, com uma transferência, completar o quadro de uma unidade prisional, mas criar *déficit* na unidade em que o servidor estava lotado. Esse sopesar de interesses envolvidos, incluindo o da impetrante em freqüentar a universidade, é típico exercício da atividade administrativa, com a discricionariedade que lhe é inerente, inexistindo demonstração de ilegalidade, abuso ou qualquer outro vício no ato discricionário atacado na impetração.

Ou seja, a autoridade impetrada agiu dentro do âmbito de sua competência, não estando caracterizada qualquer ilegalidade ou abuso de poder, requisitos para a concessão da segurança pleiteada.

Por essas razões, nega-se provimento ao recurso confirmando-se a r. sentença apelada por seu próprios fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1005984-28.2018.8.26.0127, da Comarca de Carapicuíba, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE CARAPICUÍBA, é apelado HAROLDO PEDRO GIANEZINI.

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 8.954)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO FARIA (Presidente), JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR e PERCIVAL NOGUEIRA.

São Paulo, 4 de abril de 2019.

ANTONIO CELSO FARIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – Ação anulatória de Auto de Infração de Trânsito – Veículo que se encontrava em outro local no momento da autuação – Provas e alegações trazidas pelo autor que demonstram sua boa-fé e comprovam que o veículo estava na garagem de seu prédio, localizada em outro Estado da Federação, na data da autuação – Presunção de veracidade do ato administrativo afastada *in casu* – Procedência da ação mantida – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de ação anulatória de auto de infração, ajuizada por **Haroldo Pedro Gianezini**, em face do **Município de Carapicuíba**, objetivando a anulação do auto de infração de trânsito descrito na inicial, com o cancelamento de seus efeitos.

Alega o autor que o veículo de sua propriedade (VW Tiguan 2.0 TSI, placa FBW-4616) foi autuado em 26/11/2017, às 12h29, por estacionar em local proibido. Porém, no momento da suposta infração cometida o veículo se encontrava em outro local, mais precisamente estacionado na garagem de sua residência na cidade de Itapema/SC. Na ocasião, ademais, o autor e sua esposa encontravam-se na cidade de Sinop/MT, onde também possuem domicílio. Esclarece que apenas ele e sua esposa utilizam o referido veículo, assim, era impossível que algum deles estivesse na cidade de Carapicuíba naquele dia e

Acesso ao Sumário

horário.

A r. sentença de fls. 96/99, cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido, tornando definitiva a antecipação da tutela anteriormente concedida, anular o auto de infração de trânsito lavrado pela Municipalidade requerida sob o número C278394-7 e, por consequência, cancelar a penalidade acessória consistente no lançamento dos pontos no prontuário do autor/proprietário. Determinou, ainda, que transitada em julgado, a sentença servirá por cópia digitalizada como ofício para fins de seu integral cumprimento perante o DETRAN/SC, competindo ao interessado sua instrução e encaminhamento. Pela sucumbência, ademais, condenou a municipalidade ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados no valor de R$ 1.500,00.

Apela o Município, requerendo a inversão do julgado, com a improcedência da ação, alegando, preliminarmente, a sua ilegitimidade em relação ao pedido da anulação da pontuação. No mérito, defende a legalidade do ato administrativo e sustenta a fragilidade da prova apresentada.

Recurso processado regularmente, com contrarrazões às fls. 122/132.

É o relatório.

A r. sentença deve ser mantida.

Preliminarmente, deve ser rejeitada a alegação de ilegitimidade passiva em relação ao pedido da anulação da pontuação, uma vez que o artigo 24, inciso XIX, do Código de Trânsito Brasileiro prevê que compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição, articular-se com os demais órgãos do Sistema Nacional de Trânsito no Estado, sob coordenação do respectivo CETRAN. Nesse sentido, anulando-se o auto de infração lavrado pelo município, nada obsta que o DETRAN seja comunicado e proceda à baixa da pontuação, sem que para isso deva integrar a lide. Para tal fim, inclusive, o d. Juízo *a quo* determinou corretamente que a sentença transitada em julgado servirá por cópia digitalizada como ofício para fins de seu integral cumprimento perante o DETRAN.

Acesso ao Sumário

No mérito, o apelo também não comporta provimento.

Compulsando os autos e documentos amealhados, em especial a cópia do boletim de ocorrência de fls. 27, das passagens aéreas (fls. 25/26) e declaração do Zelador do edifício onde o carro permaneceu estacionado durante o tempo em que o autor da demanda esteve viajando, entende-se demonstrado que o veículo do autor encontrava-se em local diverso no momento da suposta autuação, o que é suficiente para relativizar a presunção de legalidade do ato administrativo.

Nesse passo, considera-se que todo o conjunto probatório, aliado às circunstâncias concretas do caso em análise, permitem concluir que, de fato, o autor diz a verdade ao alegar que o veículo permaneceu estacionado a mais de

600 quilômetros de distância do local da autuação. Ressalte-se que o apelado dirigiu-se à delegacia de polícia para registrar boletim de ocorrência para resguardar seus direitos, tendo em vista a possibilidade de ter havido clonagem de seu veículo, demonstrando sua boa-fé. Além disso, vendo-se lesado, mesmo residindo em outro Estado da Federação intentou ação no Estado de São Paulo para ver anulada aquela infração de trânsito. Todo esse conjunto confirma suas verossimilhantes alegações, somado ao fato de que a autuação não foi efetuada por meio eletrônico, mas sim por agente de trânsito que, sendo humano, está suscetível a cometer equívocos de leitura ou anotação das placas do veículo.

Assim, entende-se que a parte autora se desincumbiu a contento de seu ônus probatório, na medida em que comprovou o fato constitutivo do seu direito.

Por sua vez, os argumentos apresentados pela apelante não se mostraram suficientes para enfraquecer ou invalidar os concludentes elementos de prova contidos nos documentos que embasaram a pretensão.

Por fim, restando improvido o recurso de apelação do réu, de rigor aplicar-se o disposto no artigo 85, §§ 3º, 4º e 11, do CPC/2015, **acrescendo-se em R$ 100,00 os honorários advocatícios devidos pela Municipalidade, totalizando R$ 1.600,00**, tendo-se em vista a natureza da causa, grau de complexidade da demanda e o tempo despendido para o deslinde da controvérsia em grau recursal, remunerando condignamente o trabalho do patrono do apelado.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso**, mantendo-se a r. sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002445-64.2017.8.26.0038, da Comarca de Araras, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE ARARAS, é apelada MARESKA VILLELA SAVIAN CARAMASCHI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.480)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), CARLOS EDUARDO PACHI e REBOUÇAS DE CARVALHO.

São Paulo, 4 de abril de 2019.

OSWALDO LUIZ PALU, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Apelação Cível. Ação de procedimento comum. Município de Araras. Dentista – Programa de Saúde da Família (PSF). Pretensão ao recebimento de diferenças salariais e indenização por danos morais decorrentes de assédio moral. Sentença que acolheu apenas o pedido de indenização por danos morais. Reforma que se impõe.

1. Assédio moral. Lei Municipal nº 4.239/2009 que prevê as hipóteses de assédio moral, dentre as quais não se encaixam as condutas realizadas pelo ente requerido. Assédio moral: 'É a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego. Caracteriza-se pela degradação deliberada das condições de trabalho em que prevalecem atitudes e condutas negativas dos chefes em relação a seus subordinados, constituindo uma experiência subjetiva que acarreta prejuízos práticos e emocionais para o trabalhador e a organização. A vítima escolhida é isolada do grupo sem explicações, passando a ser hostilizada, ridicularizada, inferiorizada, e desacreditada diante dos pares'. Assédio moral não configurado no caso em deslinde.

2. Instauração de procedimento administrativo para apuração de descumprimento dos deveres funcionais dos dentistas que compunham a equipe do PSF, os quais admitiram a paralisação das atividades (greve). Procedimento acompanhado de contraditório e ampla defesa. Ausência de ilegalidade. Danos morais afastados.

3. Sentença de parcial procedência do pedido reformada para julgar totalmente improcedente a ação.

Acesso ao Sumário

4. Recurso provido.

VOTO

I. RELATÓRIO.

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo **MUNICÍPIO DE ARARAS** em face da r. sentença de fls. 1.277/1.284 que, em ação de rito comum que lhe move **MARESKA VILLELA SAVIAN CARAMASHI**, objetivando a condenação do requerido ao pagamento de diferenças pertinentes ao: salário-base; acúmulo de função; adicional de insalubridade a ser recebido em seu grau máximo com a respectiva integração no salário e ainda indenização por danos morais, **julgou parcialmente procedentes os pedidos** formulados pela autora para condenar o ente requerido ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescidos de juros de mora nos termos do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09 a contar da citação e correção monetária pelo índice IPCA-E, a partir da data da sentença. Em razão da sucumbência recíproca, estabeleceu- se o rateio das custas e honorários advocatícios, os quais foram fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, devendo a autora suportar o percentual de 66% (sessenta e seis por cento) e o requerido, 34% (trinta e quatro por cento). **Inconformado, apela o MUNICÍPIO DE ARARAS (fls. 1.288/1.297)** e sustenta, em resumo, que embora a prova colhida nos autos tenha comprovado que a Administração Pública não fornecera condições mínimas de pessoal e de mobiliário para a autora exercer suas funções, e ainda, que a autora fora penalizada em processo administrativo disciplinar instaurado com finalidade política, tais fatos não configuram assédio moral apto a ensejar indenização por danos morais. Acrescenta que não houve demonstração de qualquer tipo de conduta do requerido destinada a ferir a personalidade da autora e que no curso do processo administrativo disciplinar instaurado contra a autora, não houve cerceamento de defesa, nem lesão ao direito de prova, tendo sido aplicada apenas a pena de advertência, sanção mais leve prevista no ordenamento jurídico local. Requer, assim, a reforma da r. sentença para que seja afastada a condenação ao pagamento de indenização a título de danos morais ou, subsidiariamente, a redução do valor fixado exorbitantemente. Recurso tempestivo, isento de preparo, sem apresentação de contrarrazões **(fls. 1.301). É o relatório.**

II. FUNDAMENTO E VOTO.

1. Pelo meu voto, **dou provimento ao recurso do MUNICÍPIO DE ARARAS para julgar improcedente a ação.**

2. A autora, **MARESKA VILLELA SAVIAN CARAMASCHI**, ora apelada, ajuizou a presente ação em face do **MUNICÍPIO DE ARARAS**, aduzindo que em 03.09.2012 fora aprovada no concurso público nº 001/2009

Acesso ao Sumário

para o cargo de dentista-PSF, com jornada laboral de 40 horas semanais, tendo pedido exoneração em 07.04.15. Sustentou haver diferença salarial em relação aos dentistas que cumpriam jornada laboral de 20 horas semanais, os quais recebiam a mais a quantia de R$ 267,00 (duzentos e sessenta e sete reais) e ainda, que havia desigualdade em relação ao adicional de insalubridade pago a outros dentistas com a mesma função da autora. Assevera que foi obrigada a exercer função cumulativa de auxiliar de dentista sem a devida contraprestação, tendo sido coagida e submetida a diversas irregularidades no transcorrer de suas funções, especialmente em relação à utilização de instrumentos odontológicos que lhe eram entregues sem a devida esterilização, apesar de embalados como se esterilizados estivessem. Consigna que formalizou reclamação à superior responsável, solicitando apuração acerca da falta de esterilização dos instrumentos, a qual, ao invés de tomar as devidas providências, instaurou sindicância administrativa contra a autora e os demais dentistas, sob o argumento de que eles estavam prejudicando a sociedade, sendo que desde então passou a ser constantemente constrangida, o que a levou a pedir exoneração do cargo. Deste modo, ajuizou a presente ação requerendo a condenação do requerido ao pagamento das diferenças salariais que entende devidas, bem como ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). **O MM. Juiz houve por bem julgar procedente o pedido apenas quanto aos danos morais e, em que pese a argumentação adotada, a r. sentença comporta integral reforma.**

3. Cinge-se a lide em verificar se os atos praticados pela Administração caracterizam o denominado assédio moral.

3.1. Assevera a autora ter sido vítima de assédio moral, tendo em vista que, após ter formalizado reclamação sobre as péssimas condições laborais a que se encontrava submetida, notadamente em relação aos instrumentos utilizados no exercício de suas funções, os quais 'não estavam sendo devidamente esterilizados', passou a sofrer perseguição por parte de seus superiores, que a 'coagiam a exercer função' para a qual não fora contratada (auxiliar de dentista), obrigando-a a trabalhar com instrumentos odontológicos visivelmente contaminados, tendo sofrido inclusive a instauração de processo administrativo disciplinar junto com os demais dentistas que com ela trabalhavam no Programa de Saúde da Família, que resultou na imposição da penalidade de advertência.

Acesso ao Sumário

4. O que se depreende do conjunto probatório trazido aos autos é que autora imputa à Administração a dispensação de materiais destinados ao exercício de sua profissão que não eram devidamente esterilizados, conforme se verifica pelas fotos acostadas a **fls. 344/360**, bem como no vídeo produzido pela autora e pelo depoimento da testemunha arrolada (**mídias anexas**). Não há perícia alguma, porém e não se sabe a origem dos objetos exibidos. É incontroverso, porém, que a autora [e os demais profissionais dentistas] compunham equipe do Programa

de Saúde de Família - PSF de Araras, e trabalhavam sem presença de um auxiliar de dentista para ampará-los durante a realização dos trabalhos, auxiliando-os nas tarefas paralelas e não menos importantes que as do dentista, como atender ao telefone, controlar a agenda de consultas, separar os instrumentos para utilização e encaminhamento à **esterilização**, ou a efetuando, dentre outras.

A autora teve passagem muito rápida pela Administração Pública municipal, ficando apenas 2 anos e 7 meses, desde sua aprovação em concurso até a exoneração.

5. A Lei municipal nº 4.239/2009 dispõe sobre a repressão da prática de assédio moral no âmbito da Administração Pública direta e indireta do município de Araras nos seguintes termos:

> "Artigo 1º.) Fica vedado o assédio moral no âmbito da Administração Pública Municipal direta e indireta, ou no exercício de atos correlatos, por agentes políticos e servidores públicos, que submeta o Servidor Público Municipal a situação que propicie violação da sua dignidade, subjetividade ou que o sujeite a condições de trabalho humilhante, degradante ou incompatível com a sua condição de pessoa humana.
>
> Parágrafo único – Equipara-se aos sujeitos ativos descritos no caput, aqueles que de qualquer forma exerçam autoridade sobre o Servidor Público Municipal.
>
> Artigo 2º.) – Para os fins do disposto na presente Lei, considera-se assédio moral toda ação, omissão, ordem, escrito, palavra ou gesto, praticado de modo direto, indireto ou subliminar, continuadamente, dentro ou fora da repartição pública, mas, em razão do serviço, pelos Agentes ou Servidores descritos no artigo 1º contra Servidor Público Municipal subordinado ou não, que abusando da autoridade que lhe confere suas funções, com o objetivo ou efeito de atingir-lhe a paz, a auto-estima ou a capacidade pessoal de realizar a sua função de forma condizente com o interesse público.
>
> § 1º.) Considera-se, dentre outras condutas, para efeito do caput deste artigo:
>
> I – punições ilegítimas, sobremaneira quando claramente adotadas, com o fim de prejudicar o servidor em sua carreira, benefícios do cargo ou estabilidade;
>
> II – transferir do local da prestação do serviço o servidor, em desrespeito ao interesse do serviço;
>
> III – designar para o exercício de funções triviais o servidor exercente de funções técnicas, especializadas ou que de qualquer forma exijam treinamento e conhecimentos específicos;
>
> IV – determinar o cumprimento de atribuições estranhas ou incompatíveis com o cargo que o Servidor Público Municipal ocupa;
>
> V – determinar ao servidor o cumprimento de atribuições, sabedor de

Acesso ao Sumário

que não tem ele condição de delas desincumbir-se, seja por questões de ordem pessoal ou por serem inexequíveis;

VI – apropriar-se do crédito de idéias, proposições e trabalhos do servidor;

VII – oprimir, coagir ou cercear o servidor no tocante ao direito de opinião e de crítica exercido na forma prevista no Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Araras, bem como, por seu posicionamento ideológico, político ou partidário, na forma da Constituição Federal."

5.1. Pois bem. Fazendo um cotejo entre o conjunto probatório coligido e o disposto na legislação supracitada, constata-se que o assédio moral – ou dano moral por decorrência – não ficou configurado, sendo indevido o pleiteado ressarcimento por danos morais. **O assédio moral somente há de ser reconhecido se houve a** intenção de constranger, e no caso, **não há provas de tal circunstância, eis que** não é qualquer mau relacionamento no ambiente de trabalho que gera indenização.

5.2. No site (Endereço eletrônico constante do texto original) consta a seguinte definição: (assédio moral) 'É a exposição dos trabalhadores e trabalhadoras a situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, sendo mais comuns em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aéticas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida a um ou mais subordinado(s), desestabilizando a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização, forçando-o a desistir do emprego. Caracteriza-se pela degradação deliberada das condições de trabalho em que prevalecem atitudes e condutas negativas dos chefes em relação a seus subordinados, constituindo uma experiência subjetiva que acarreta prejuízos práticos e emocionais para o trabalhador e a organização. A vítima escolhida é isolada do grupo sem explicações, passando a ser hostilizada, ridicularizada, inferiorizada, culpabilizada e desacreditada diante dos pares. Estes, por medo do desemprego e a vergonha de serem também humilhados associado ao estímulo constante à competitividade, rompem os laços afetivos com a vítima e, frequentemente, reproduzem e reatualizam ações e atos do agressor no ambiente de trabalho, instaurando o 'pacto da tolerância e do silêncio' no coletivo, enquanto a vitima vai gradativamente se desestabilizando e fragilizando, 'perdendo' sua autoestima. Em resumo: um ato isolado de humilhação não é assédio moral. Este, pressupõe:

1. repetição sistemática
2. intencionalidade (forçar o outro a abrir mão do emprego)
3. direcionalidade (uma pessoa do grupo é escolhida como bode expiatório)
4. temporalidade (durante a jornada, por dias e meses)
5. degradação deliberada das condições de trabalho'.

Acesso ao Sumário

6. Desta forma, a autora, como profissional que opta pela carreira na Administração Pública deve saber de suas eventuais carências, mas sempre com um objetivo, servir o público, especialmente em um programa como o 'Programa de Saúde da Família'. Malgrado tenha a autora alegado descaso da então coordenadora odontológica, Elaine Angelini Moraes, em relação à grave falta de esterilização dos instrumentos odontológicos que recebia para utilização, tal fato, por si só, não enseja a pretendida reparação.

7. Ademais, ao que consta, a autora e os demais dentistas que com ela compunham a equipe do PSF, paralisaram suas atividades (**greve**) não apenas em decorrência da contaminação dos instrumentos (**que somente a autora recebeu, curiosamente, mas não os demais, que também pararam de trabalhar**), mas principalmente pelo fato de não concordarem com a realização de atividades que, *segundo eles*, seria afeta ao cargo de **auxiliar de dentista**. Corrobora tal afirmação o depoimento da também dentista **BRUNA PINARELLI CREMASCHI** que relatou que **não teve conhecimento de que outros dentistas tenham recebido material contaminado, mas apenas a autora**. E ainda que tenha alegado que não houve **paralisação total** dos atendimentos odontológicos nos PSFs, tal fato não afasta eventual responsabilização pela paralisação dos serviços.

8. E sobre a instauração de procedimento administrativo, cumpre esclarecer que a sua análise deve cingir-se à observância da obediência ao princípio da legalidade, verificando se efetivamente houve o cumprimento do devido processo legal, abarcando o contraditório e ampla defesa. No caso, denota-se que o motivo ensejador da instauração foi o **descumprimento dos deveres funcionais** e infrações às proibições impostas aos servidores públicos municipais (**fls. 496/1.111**), fato que afasta qualquer alegação de ilegalidade da Administração apta a ensejar constrangimento ou ressarcimento à autora. Aliás, esta admitiu, em seu depoimento pessoal, ter deixado de realizar as funções atinentes ao cargo de auxiliar de dentista, bem como de realizar procedimentos que dependessem da utilização dos instrumentos que não estavam esterilizados, prejudicando, assim, o atendimento da população. A sociedade local saiu prejudicada.

8.1. Neste diapasão, conclui-se que a decisão administrativa (a par da greve praticada pelos dentistas) segundo se infere do procedimento administrativo se deu em virtude da pretensão dos dentistas ao aumento salarial – resultou na penalidade de advertência, e não encontra nenhum traço de ilegalidade na medida em que descreveu os fatos ocorridos, analisou o conjunto probatório com coerência e exatidão na subsunção do convencimento da autoridade administrativa à legislação cabível, inexistindo, portanto, extrapolação dos poderes administrativos porquanto não evidenciado nenhum traço de ilegalidade. O procedimento administrativo, reitere-se, foi bem processado, a autora foi interrogada, apresentou defesa preliminar, foram inquiridas testemunhas e

Acesso ao Sumário

foram apresentadas alegações finais pela defesa.

9. Em remate, no tocante ao dano moral, pondere-se que este não se caracteriza diante do mero **dissabor. Como diz** Carlos Roberto Gonçalves: "**O dano moral** não é **a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso (...) pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor a** consequência **do dano. (...)** o direito não repara qualquer padecimento dor ou aflição**, mas aqueles que forem decorrentes da** privação de um bem jurídico **sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente**." (**'Responsabilidade Civil', p. 611, Saraiva**).

E no caso em deslinde, os danos morais não se mostram configurados, devendo a r. sentença ser reformada para afastar a condenação do requerido. Note-se que eventual irregularidade nos materiais fornecidos pela Administração será apurada pelo Ministério Público, **que já foi oficiado a respeito, conforme informam os autos.** Mas esta não é uma ação civil pública, mas uma ação de cunho remuneratório.

10. Destarte, frente a esse quadro, **a reforma da r. sentença de primeiro grau é medida que se impõe,** devendo a ação ser julgada totalmente improcedente. Em razão da sucumbência, fica a autora condenada ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00, nos termos do artigo 85, §8º, do Código de Processo Civil.

11. Ante o exposto, por meu voto, dou provimento ao recurso do MUNICÍPIO DE ARARAS, nos termos e para os fins acima consignados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1056594-62.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FEDERAÇÃO DOS PROFESSORES DO ESTADO DE SÃO PAULO - FEPESP, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

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 44.521)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 2 de abril de 2019.

BURZA NETO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Ação Anulatória – IPTU – Sindicato – Imunidade constitucional – Imóveis utilizados como sede – Ausência de prova de desvio de finalidade – Bens utilizados para a consecução dos objetivos da instituição – Ausência de contraprova da Municipalidade, a quem cabia o ônus previsto no art. 333, I, CPC – Sentença reformada – Recurso Provido.

VOTO

Trata-se de apelação voltada contra a sentença de fls. 164/168 de relatório adotado que julgou improcedente a ação, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, que fixo no patamar mínimo previsto nos incisos do parágrafo 3º, combinado com o inciso III do parágrafo 4º, ambos do artigo 85 do novo CPC, sobre o valor atualizado da causa.

Inconformado, apela a vencida requerendo o provimento do recurso a fim de reformar a r. sentença para declarar a nulidade do lançamento fiscal referente ao IPTU do exercício 2017, lançado sobre o imóvel que serve de sede da apelante, reconhecendo assim a imunidade constitucional, o que implica na declaração de inexistência de crédito fiscal entre a Municipalidade de São Paulo.

Recurso recebido e processado, inclusive com as contrarrazões, estando em termos para julgamento.

É o Relatório.

Totalmente aplicável, no caso, o disposto no artigo 252 do Novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que prevê que:

> "Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la".

Primeiramente, cabe registrar que a sentença foi proferida em 21.09.2018, motivo pelo qual o presente recurso será julgado à luz do NCPC/2015.

O recurso comporta provimento.

Trata-se de ação ordinária ajuizada pela ***FEDERAÇÃO DOS PROFESSORES DO ESTADO DE SÃO PAULO*** em face da ***MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO*** objetivando o reconhecimento de imunidade tributária relativa ao IPTU lançado sobre o imóvel que usa como sede no exercício de 2017.

Acesso ao Sumário

Narra a exordial que a parte autora é possuidora de imóvel no Município de São Paulo sobre o qual houve lançamento de IPTU.

Ocorre que a autora alega ser entidade sindical, estando o Município vedado de instituir impostos sobre seu patrimônio, conforme o artigo 150 VI, alínea c, combinado com o parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Afirma que utiliza o referido imóvel como sede, onde exerce suas atividades de representação sindical e prestação de serviços relacionadas a sua atividade essencial.

Contudo, a r. sentença julgou improcedente a ação, sob o fundamento de que no caso em comento, embora não se questione que a requerente detém autorização do Ministério do Trabalho para exercer a atividade sindical, conforme certidão de fls. 18/19, não restou devidamente comprovado o cumprimento dos demais requisitos legais do artigo 14, CTN para que a requerente possa se valer do benefício fiscal.

Pois bem.

Respeitando o entendimento adotado pela Eminente Magistrada "***a quo***", a r. sentença merece reforma.

Senão, vejamos.

No caso em tela, restou comprovado tratar-se de entidade sindical, cuja finalidade é a representação e defesa dos interesses dos professores do Estado de São Paulo, sendo certo que os imóveis objeto da cobrança do IPTU são utilizados como sua sede, conforme depreende-se dos documentos acostados à inicial, ou seja, totalmente voltados ao atendimento de sua finalidade essencial.

É inconteste que, por mandamento constitucional, os sindicatos gozam de imunidade. É o que se extrai do disposto no artigo 150, inciso IV, letra "c", da Constituição Federal:

> ***"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...) c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; (...) § 4º As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nela mencionadas."***

Cabe anotar que, embora a questão seja controvertida, a jurisprudência se inclina no sentido de que incumbe à Municipalidade e não ao contribuinte, que tem seu patrimônio imune por expressa previsão constitucional, instaurar procedimento administrativo para verificar se os imóveis atendem ou não as finalidades essenciais da entidade para, somente então, efetuar o lançamento.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido:

"AÇÃO DECLARATÓRIA E ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL IPTU Entidade Sindical Imunidade tributária Procedência do pedido, com fundamento no artigo 150 da Constituição Federal Atividade sindical exercida no imóvel sede da entidade Desnecessidade de requerimento administrativo para a concessão da imunidade Anulação que deve respeitar o lapso prescricional Recurso da Municipalidade improvido."1

AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA ITBI Exercício de 2011 Município de Sumaré Imunidade Sindicato Aquisição de imóvel destinado à instalação de sua sede Atendimento do artigo 150, § 4º, da CF Tributação descabida Sentença reformada Apelo do requerente provido.2

O entendimento ora adotado vem pautado, ainda, no fato de que a Municipalidade, quando instada a se manifestar, limitou-se a alegar que a autora não comprovou que os imóveis sobre os quais se pretende a imunidade foram adquiridos única e exclusivamente para as finalidades essenciais da entidade, sem apresentar qualquer elemento capaz de descaracterizar o uso dos imóveis em questão no que diz respeito ao atendimento das finalidades essenciais do sindicato.

Em síntese, a imunidade constitucional só não seria aplicável caso comprovado que a destinação dada ao imóvel fosse diversa daquelas relacionadas com as suas finalidades essenciais, porém a demonstração de tal situação não cabe à entidade beneficiada e sim ao ente tributante.

A Constituição Federal, ao ressalvar a necessidade de observância, na utilização do patrimônio, das finalidades essenciais da entidade, o fez objetivando evitar o desvio dessas finalidades, de forma a burlar o fisco. A imunidade prevista no art. 150, da Constituição Federal, possui efeitos imediatos e prescinde de requerimento e deferimento na esfera administrativa.

Por essas razões, o recurso comporta provimento para, julgar ***procedente a ação anulatória de lançamento fiscal proposta pela FEDERAÇÃO DOS PROFESSORES DE SÃO PAULO contra a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, para declarar inexistente a relação tributária entre autora e ré, condenando à apelante ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da causa.***

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando- se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento,

Acesso ao Sumário

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 Cível nº 1000752-57.2016.8.26.0595, da Comarca de Serra Negra, em que é apelante DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE SÃO PAULO - DER, é apelado BULKCENTRO TURISMO LTDA.

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 recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 25.923)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente), PAULO BARCELLOS GATTI e ANA LIARTE.

São Paulo, 5 de abril de 2019.

OSVALDO MAGALHÃES, Relator

Ementa: Ação de obrigação de fazer – Pretensão do DER de remoção de painel publicitário instalado às margens de rodovia – Inadmissibilidade na espécie – Perícia que constatou a regularidade da instalação – Sentença de improcedência da ação – Desprovimento do recurso para manter a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno desta Corte.

VOTO

I – Trata-se de ação de obrigação de fazer, na qual o DER pretende a remoção de painel publicitário instalado irregularmente às margens da Rodovia SP 360, altura do quilometro 149.

A r. sentença de fls. 231/234, cujo relatório se adota, julgou improcedente a ação.

Recorre o DER pugnando pela inversão do julgado.

Recurso regularmente processado e respondido.

É o relatório.

II – O recurso, "*data venia*", não comporta provimento.

Segundo estabelece o artigo 252 do Regimento Interno desta Corte, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la.

Outra não é a situação que se verifica dos autos, uma vez que a r. sentença recorrida, no essencial, bem estabeleceu a improcedência da ação, destacando-se do decidido:

"(...) In casu, segundo se depreende da petição inicial, desde o ano de 2007 o autor tem notificado a ré para que promova a remoção do painel publicitário, contudo não obteve êxito. Não encontrando outra alternativa optou por ajuizar a presente ação.

Com efeito, a Lei Estadual nº 8.900, de 29 de setembro de 1994, dispôs que colocação de anúncios em terrenos adjacentes às estradas de rodagem estaduais, assim considerados os imóveis lindeiros às mesmas sem a existência entre ambos de qualquer acidente natural ou artificial, como rios, lagos, vias férreas, marginais, avenidas, ruas e assemelhados, dependerá de prévia licença do Departamento de Estradas e Rodagem DER (art. 1º), aplicável, inclusive, nas rodovias administradas pelas concessionárias, subconcessionárias, operadoras ou as privatizadas (art. 2º, caput).

Entretanto, o art. 2º, parágrafo único, ressalva que as determinações constantes na própria Lei nº 8.900/94 "não estão sujeitos às determinações desta lei os anúncios instalados em áreas urbanizadas às rodovias ou nas suas marginais", ou seja, caso o anúncio publicitário esteja posicionado em imóvel lindeiro à rodovia estadual, existindo entre eles qualquer acidente natural ou artificial, como rios, lagos, vias férreas, marginais, avenidas, ruas e assemelhados, inexistiria a obrigação de prévia licença do Departamento de Estradas e Rodagem - DER.

Como se dessume do laudo pericial emitido por perito judicial (fls. 179/199), o painel publicitário encontra-se fora da faixa de domínio do Departamento de Estradas e Rodagem - DER. Em resposta aos quesitos o Sr. Perito esclareceu: "1) Depois das vistorias necessárias pode Perito Judicial informa exata localização do painel publicitário da empresa requerida, objeto do procedimento judicial em debate, estaria situado na altura do Km 15+80 metros da rodoviaSP-360, dentro da faixa no a edificanti? Resposta: O painel publicitário se localiza em terreno particular e urbano, sendo que deste terreno um percentual é classificado como área no edificanti, onde o anúncio adentra sutilmente". Também em resposta ao quesito 5 disse que o painel não se localiza em nenhum trecho de rodovia.

Concluiu-se o Sr. Perito: "O loteamento denominado Vale do Sol foi devidamente aprovado em 1979, seus lotes pagam imposto predial e territorial urbano para o município, tornando-os pertencentes a área urbana da cidade.

Acesso ao Sumário

Sobre essa óptica fica evidente que as exigências previstas na Lei Estadual n° 8.900, não se aplicam as configurações do caso em questão, uma vez observado o paragrafo único do Art. 2º da referida lei que diz: Não estão sujeitos às determinações desta lei os anúncios instalados em áreas urbanizadas às rodovias ou nas suas marginais. O loteamento 01 em conformidade com as diretrizes de parcelamento e uso do solo, tem uma área non aedificandi, cujo comprimento estipulado em lei é de 15 metros. Está área é reservada para o poder público realizar instalações de equipamentos urbanos, como rede elétricas e dutos de gás. O painel adentra levemente a faixa não edificável, não trazendo atualmente nenhum comprometimento a funcionalidade prevista em lei da área non aedificandi, a estrutura por tanto é de madeira e não existe cobertura, tornando o painel um objeto de fácil remoção se o poder público futuramente necessitar, sobre essa perspectiva não existe a necessidade de relocar o painel nos dias de hoje. O painel não apresenta uma elevada capacidade de distração, por isso é muito mais prejudicial para segurança a ausência de sinalização indicando a velocidade favorável do que a existência de publicidade".

Isto se deve ao fato do art. 22 da Lei nº 8.900/94 estabelecer metragem mínima:

Artigo 22 - A colocação de anúncios em terrenos adjacentes à faixa de domínio do Departamento de Estradas de Rodagem - DER, somente será permitida, quando não prejudique a estética, a visibilidade e a perspectiva panorâmica. § 1.º - Os anúncios, sejam publicitários, indicativos ou provisórios, serão instalados a uma distância mínima de 15m (quinze metros) das cercas ou linhas delimitadoras da faixa de domínio do Departamento de Estradas de Rodagem - DER. § 2.º - A distância referida no parágrafo anterior será medida perpendicular e horizontalmente às cercas ou linhas delimitadoras da faixa de domínio do Departamento de Estradas de Rodagem - DER, a partir do ponto do anúncio mais próximo destas.

A respeito da questão em comento, este Egrégio Tribunal de Justiça Estadual já se manifestou em casos análogos:

"APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER – PAINÉIS PUBLICITÁRIOS – Pretensão inicial da autora, sociedade de economia mista, voltada à retirada dos painéis publicitários supostamente implantados irregularmente na Rodovia Ayrton Senna da Silva - SP-070, no KM 33+240 – Pista Leste, bem como à proibição de reimplantá-los, sem autorização da DERSA – Exceção prevista aos anúncios publicitários posicionados em áreas urbanizadas às rodovias ou nas suas marginais – Inteligência do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.900/94 – Laudo pericial que atestou o painel publicitário encontra-se fora da faixa de domínio do Departamento de Estradas e Rodagem - DER – Sentença reformada – Recurso da autora desprovido e recurso da ré parcialmente provido". (TJ-SP - APL: 0041768.61-2004.8.26.0002 SP0041768-61.2004.8.26.0002, Relator: Paulo Barcellos Gatti, Data de Julgamento: 15/02/2016, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/02/2016).

Acesso ao Sumário

Destarte, o pedido é improcedente.

Ademais, em que pesem as razões do apelante, impõe-se referendar o resultado da perícia oficial, porquanto resultante de metodologia de trabalho adequada às especificidades do caso, além de militar a seu favor a presunção de imparcialidade, equidistante dos interesses das partes, uma vez tratar-se de profissional de confiança do Juízo.

Logo, no caso em exame, incorporados os fundamentos supracitados, tem-se que o caso era mesmo de improcedência da ação.

Deixo de arbitrar a verga honorária recursal, prevista no artigo 85, parágrafo 11, do Código de Processo Civil, por ter o juízo sentenciante estabelecido os encargos de sucumbência no máximo legal.

III – Ante o exposto, pelo meu voto nego provimento ao recurso para manter a r. sentença recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno desta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1004481-97.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante JOÃO AGRIPINO DA COSTA DÓRIA JUNIOR e Apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso do réu e negaram provimento ao recurso do Ministério Público, por maioria de votos, vencido o 2º juiz, que declara. Em julgamento estendido, reaberto o julgamento da causa, participaram os Desembargadores Vicente de Abreu Amadei e Danilo Panizza, que acompanharam a maioria", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.377)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DANILO PANIZZA (Presidente), RUBENS RIHL, ALIENDE RIBEIRO e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 12 de março de 2019.

LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Município de São Paulo – Questionamento a respeito da utilização do slogan/símbolo/logomarca "São Paulo

Acesso ao Sumário

– Cidade Linda" pelo Prefeito, entre janeiro/2017 e abril/2018 – Fatos que motivaram a propositura da ação incontroversos – Preliminares afastadas – Violação ao princípio da legalidade reconhecida – Artigos 1º e 2º da LM nº 14.166/06, vigente à época – Elemento subjetivo demonstrado – Penalidades ajustadas – Recurso de apelação do réu parcialmente provido, apelo do Ministério Público do Estado de São Paulo não provido.

VOTO

Recursos de apelação contra a sentença de fls. 672/697, 725 e 744, que julgou procedente ação civil pública de improbidade administrativa, reconhecendo que a conduta discutida nos autos "afronta o princípio da impessoalidade, e consequentemente da moralidade administrativa", condenando o réu com fundamento nos artigos 11 e 12, III, da Lei nº 8.429/92 a *"a) abster-se de divulgar ou utilizar o slogan 'SP Cidade Linda' ou qualquer outro símbolo que não sejam os oficiais definidos na Lei Municipal nº 14.166/2006, providenciando a retirada do material no prazo de 90 dias, obrigação já atendida; b) à suspensão dos direitos políticos por quatro anos; c) à proibição de contratar com a Administração ou dela receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de três anos; d) à devolução integral dos prejuízos causados ao erário público municipal, consistentes nos valores gastos com campanhas, veiculações publicitárias e confecção de vestuário e materiais diversos com o slogan 'SP Cidade Linda'; e) ao pagamento de multa civil correspondente a cinquenta vezes o valor da sua remuneração à época dos fatos, devidamente atualizada; f) ao pagamento de multa punitiva equivalente a dez salários mínimos pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça, conforme dispõe o artigo 77 §s 2º e 3º do C.P.C."*

Acesso ao Sumário

Apela o Ministério Público do Estado de São Paulo defendendo em resumo que o requerido "utilizou (...) de verba integrante do erário da Prefeitura Municipal de São Paulo em proveito próprio", e, deste modo, "praticou atos que importam enriquecimento ilícito", além de ter causado "lesão ao erário Municipal", insistindo que, deste modo, a conduta discutida nos autos deve ser capitulada na forma dos artigos 9º, XII, e 10, IX, da Lei nº 8.429/92, prequestionando "especificamente os artigos 9º e 10 da Lei de improbidade Administrativa e o artigo 37, parágrafos 1º e 4º, da Constituição Federal" (fls. 750/779).

Também apela o réu levantando três preliminares distintas de: 1) "nulidade

da sentença em razão do cerceamento de defesa decorrente do indeferimento das provas pleiteadas", apontando que o deslinde da causa depende da produção de provas pericial e oral; 2) "nulidade da sentença em razão da incompetência do Juízo sentenciante", indicando por sua vez que à época da propositura da demanda já havia ação popular em trâmite perante outro Juízo "que se lastreava nos mesmos fundamentos desta ação civil pública", porém, não foi observada a prevenção prevista nos artigos. 5º, § 3º, da Lei nº 4.717/65, 17§ 5º, da Lei nº 8.429/92 e 58 e 59 do novo Código de Processo Civil – CPC; e, 3) "nulidade da r. sentença por contrariedade à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro" – LINDB, alegando que *"o Juízo "a quo", ao determinar a proibição do prosseguimento das ações envolvendo o Programa Cidade Linda, bem como a remoção de todas as menções ao aludido programa, não apresentou alternativas pragmáticas que pudessem "aproveitar o mencionado programa"*, tampouco foi verificado o "verdadeiro caos que se encontrava a cidade quando Apelante assumiu a Prefeitura", esclarecendo a natureza e finalidade do "programa SP – Cidade Linda". No mérito, defende em síntese que a conduta discutida nos autos não contraria a Constituição Federal – CF/88, a Lei Municipal – LM nº 14.166/06 ou os princípios da impessoalidade e moralidade, insistindo que na publicidade questionada não se encontra "qualquer promoção pessoal do então Prefeito" e "não foi inserido o nome do ora Apelante', ponderando que a LM nº 14.166/06 não obriga a utilização do brasão oficial da cidade, porém, "os dois coexistem em todos os materiais de divulgação da Prefeitura", reiterando a licitude de seus atos, conforme jurisprudência transcrita, bem como a ausência de dolo, prejuízo ao erário ou má-fé, questionando, ao final, as sanções aplicadas à luz do art. 12 da Lei nº 8.429/92, invocando a falta de proporcionalidade, e a "multa aplicada por suposto ato atentatório à dignidade da Justiça" (fls. 789/855).

Apelos tempestivos, sendo o primeiro dispensado de preparo e o segundo preparado (fls. 881/882); contrarrazões às fls. 887/910 e 912/949.

A Procuradoria Geral de Justiça – PGJ opinou "*pelo improvimento do apelo de João Agripino da Costa Dória Junior e pelo provimento do recurso interposto pelo Ministério Público*" (fls. 964/1026).

O requerido apresentou oposição à realização do julgamento virtual (fls. 961).

É o relatório.

Ação ajuizada na vigência do novo Código de Processo Civil – CPC (fls. 01).

Os fatos que motivaram a propositura da presente ação civil pública de improbidade administrativa são incontroversos, estão comprovados nos autos e já são conhecidos por este Colegiado em virtude dos julgamentos dos AIs números 2017525-34.2018.8.26.0000, j. 20/03/2018, 2021096-

Acesso ao Sumário

13.2018.8.26.0000, j. 08/05/2018 e 2128213-63.2018.8.26.0000, j. 21/08/2018, todos de minha relatoria, recursos interpostos contra o deferimento de tutela de urgência e aplicação de multa punitiva ao réu, com fundamento no art. 77, §§ 2º e 5º, do novo CPC.

Para o Ministério Público a conduta do então Prefeito configura ato de improbidade por conta da ***"utilização do slogan/símbolo/logomarca "São Paulo – Cidade Linda", representado por um coração vermelho com as letras "SP"*** (fls. 553), conduta configuradora de promoção pessoal, sem caráter informativo ou de orientação social, violando o disposto nos artigos 37, § 1º, da Constituição Federal – CF/88, 1º, parágrafo único, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, 1º e 2º da Lei Municipal – LM nº 14.166/06 e a princípios constitucionais, apontando, ainda, a ocorrência de enriquecimento ilícito e dano ao erário.

Inexiste dúvida quanto a conduta praticada pelo requerido, o que se confirma pelo teor da sua defesa prévia de fls. 318/335 e contestação de fls. 450/506, divergindo as partes tão somente **quanto a interpretação daquela conduta e suas consequências jurídicas**; por isso, fica afastada a preliminar de nulidade da sentença em razão do alegado cerceamento probatório, pois o deslinde da causa independe da produção de outras provas, notadamente aqueles requeridas: pericial e oral.

Rejeito, ainda, a preliminar de nulidade da sentença em razão de incompetência do Juízo, questão já analisada por este Colegiado quando do julgamento do primeiro agravo de instrumento referido, ocasião em que foi ressaltado:

"O agravante aponta a "incompetência absoluta" do Juízo de primeiro grau (11ª Vara da Fazenda Pública da Capital), alegando que já tramita na Comarca, e em outra Vara (2º Vara da Fazenda Pública da Capital), uma ação popular com o mesmo objeto da ação civil pública (autuada sob o nº 1054347-11.2017.8.26.0053 fls. [...]).

Não obstante na ação popular também haja discussão a respeito da utilização da "logomarca "SP Cidade Linda" pelo atual Prefeito do Município de São Paulo (fls. [...]), é certo que ***referida demanda tem objeto, finalidade e pedidos distintos da ação civil pública de improbidade administrativa, que visa apurar a conduta do chefe do Poder Executivo à luz do disposto na Lei nº 8.429/92*** *(fls.* [...]*), por isso, não é reconhecida a alegada "incompetência absoluta" do Juízo a quo.*

A hipótese, ademais, não seria de incompetência absoluta, mas de eventual prevenção, aqui não reconhecida pelas razões expostas (...)" (em especial fls. 554, com negrito e sublinhado meus).

A ação popular noticiada não se confunde com a presente ação civil pública de improbidade administrativa e a hipótese narrada versa sobre possível

Acesso ao Sumário

incompetência relativa, sem indicação de prejuízo processual, a afastar a nulidade invocada. Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça – STJ, REsp. nº 511.095-RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 04/11/2008.

Ainda a respeito da competência do Juízo, embora o réu, atualmente, esteja no exercício do mandato de Governador de Estado, é pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que "*A ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado*" (nessa direção: AgRg no AREsp. Nº 766.962-SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia filho, j. 04/09/2018 e REsp. nº 1.138.173-RN, rel. Min. Humberto Martins, j. 30/06/2015).

As Cortes Superiores tem limitado o foro por prerrogativa de função nas infrações penais comuns; nos termos do art. 49 da Constituição Estadual CE, possível o julgamento desta ação civil pública de improbidade administrativa pelo Juízo *a quo* e por este Tribunal, anotando que embora a redação do art. 49, § 6º, da CE repita os termos do art. 86, § 4º, da Constituição Federal CF/88, o Supremo Tribunal Federal – STF já decidiu em controle concentrado de constitucionalidade que "*Os Estados-membros* ***não podem reproduzir*** *em suas próprias Constituições o conteúdo normativo dos preceitos inscritos no art. 86, § 3º e § 4º, da Carta Federal,* ***pois as prerrogativas contempladas nesses preceitos da Lei Fundamental*** *– por serem unicamente compatíveis com a condição institucional de chefe de Estado –* ***são apenas extensíveis ao presidente da República.***" (ADIn. nº 978-PB, rel. para acórdão Min. Celso de Mello, j. 19/10/1995, com negrito e sublinhado meus), tendo declarado a inconstitucionalidade do dispositivo específico (art. 49, § 6º, da CE) nos autos da ADIn. nº 1.021-SP, rel. para acórdão Min. Celso de Mello, j. 19/10/1995. Mais recentemente, no julgamento da questão de ordem na Ação Penal 937/RJ, o Supremo Tribunal Federal definiu limites ao foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele, tudo a confirmar a crescente limitação do denominado "foro privilegiado".

No que se refere a alegação de violação à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro" – LINDB, destaco, inicialmente, que houve significativa alteração da norma municipal invocada na petição inicial (LM nº 14.166/06) após o ajuizamento da ação, a restringir o período avaliado **entre janeiro/2017 e abril/2018**, o que foi devidamente observado pela sentenciante (em especial fls. 682), sem reflexos à execução do "programa" "São Paulo – Cidade Linda" nos dias atuais. Ademais, conforme já ressaltado nas decisões anteriores mencionadas, nenhum programa foi suspenso, apenas limitou-se a forma de divulgação, ajustando-a a legislação então vigente, confundindo-se as demais questões com a própria análise do mérito da ação.

Superadas tais questões e considerando a alteração da LM nº 14.166/06 pela LM nº 16.898/18, norma que veio a permitir a adoção de "identidade visual

Acesso ao Sumário

própria" em "programas, campanhas e serviços" promovidos pelo Município de São Paulo (art. 1º, § 3º), vedando tão somente "*o uso de quaisquer símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por partido político ou campanha eleitoral*" (art. 1º, § 1º, com sublinhado meu), verifica-se tão somente a regularidade da conduta do requerido no período anterior ao advento da LM nº 16.898/18.

No mérito, em que pese a combatividade da Promotoria e da Procuradoria de Justiça oficiantes, inviável, diante da prova existente nos autos, a capitulação da conduta do réu nos termos dos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.429/92.

O programa de ação promovido pelo requerido era lícito, sendo indevida a utilização do slogan/símbolo/logomarca "São Paulo Cidade Linda", representado por um coração vermelho com as letras "SP" (*v.g*. fls. 10/13), diante dos termos dos então artigos 1º e 2º da LM nº 14.166/06, vigente à época dos fatos e assim redigidos:

"Art. 1º Os governantes do Município de São Paulo ***não poderão usar nenhuma logomarca de identificação de sua administração que não seja o brasão oficial da cidade, com a inscrição "Cidade de São Paulo****".*

§ 1º Fica expressamente proibido o uso de qualquer logotipo ou logomarca que insinue ou lembre por semelhança o símbolo de partido político.

§ 2º A proibição de que trata este artigo é aplicável à Administração Direta e Indireta de todos os poderes do Município, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Art. 2º ***A proibição a que se refere o artigo anterior é também aplicável aos veículos oficiais e conveniados, prédios, uniformes, placas de publicidade ou identificação de obras, a qualquer tipo de material, objetos e alimentos doados à população e publicações oficiais****."* (com negrito e sublinhado meus).

Destacou-se no julgamento do AI nº 2017525-34.2018.8.26.0000, j. 20/03/2018:

"Os princípios constitucionais têm no Município especificação em legislação própria a respeito da matéria, proibindo a utilização de slogan/símbolo/logomarca que não seja o brasão da cidade, com a inscrição "Cidade de São Paulo", e não "São Paulo – Cidade Linda" (em especial fls. 556, com sublinhado no original).

À época da propositura da demanda (janeiro/2018 – fls. 01) era indevida a utilização do slogan/símbolo/logomarca questionado, caracterizando violação à lei municipal específica; o farto material fotográfico juntado aos autos (inclusive em mídias digitais) demonstra que não havia coexistência do slogan/símbolo/logomarca com o brasão da cidade, ao contrário do alegado no apelo de fls. 789/855.

Não se tem prova nos autos, em contrapartida, para afirmar que o

Acesso ao Sumário

"programa" destinava-se exclusiva ou preponderantemente à promoção pessoal do então Prefeito, pois, como demonstrado, o slogan/símbolo/logomarca não continha o nome do requerido, suas iniciais ou mesmo as cores de seu partido ou gestão, a afastar ofensa ao princípio da impessoalidade; estimular a população a preservar/valorizar a sua cidade é objetivo de interesse público.

Todavia, é certo ter havido ofensa ao princípio da legalidade, com violação ao art. 11 da Lei de Improbidade, a exigir a presença do dolo para caracterizar improbidade administrativa. Nesse sentido:

"*Conforme entendimento jurisprudencial do STJ, "**improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo 'indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992**, ou, pelo menos, eivada de culpa grave nas do artigo 10' (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/9/2011)". (AgInt no AREsp n. 672.248/CE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 16/8/2018, DJe 20/9/2018.)"* (STJ, AgInt. no REsp. nº 1.709.147-RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j. 04/12/2018, com negrito e sublinhado meus).

A jurisprudência pacífica do STJ também entende que é suficiente para a configuração do ato de improbidade o dolo genérico, observando contudo que: "*Além da compreensão de que basta o dolo genérico - vontade livre e consciente de praticar o ato - para configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, este Tribunal Superior **exige, ainda, a nota especial da má-fé***", (AgInt. No AResp. nº 838.141-MT, rel. Min. Og Fernandes, j. 27/11/2018, com negrito e sublinhado meus), elemento que restou demonstrado nos autos, principalmente, por outras duas condutas praticadas pelo réu após o ajuizamento da ação.

A conduta dolosa do agente é evidenciada pelo reiterado descumprimento da tutela de urgência deferida no processo (fls. 219/227), o que, inclusive, ensejou a aplicação de multa punitiva ao requerido, com fundamento no art. 77, §§ 2º e 5º, do novo CPC (fls. 511/513 e 572), penalidade mantida por esta Câmara nos autos do AI nº 2128213-63.2018.8.26.0000, de minha relatoria, j. 21/08/2018, julgamento assim ementado:

*"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação civil pública de improbidade administrativa – Decisão reconhecendo que o réu "violou o dever de cumprimento das decisões judiciais", e, assim, praticou ato atentatório à dignidade da justiça, aplicando-lhe "multa de natureza punitiva", com fundamento no art. 77, §§ 2º e 5º, do novo CPC – Possibilidade – **Comprovação de descumprimento doloso de liminar anteriormente deferida nos autos e confirmada por esta Câmara** – Nulidade afastada – Ausência de "contradição temporal", "aplicação de multa retroativa" ou bis in idem, já que a multa punitiva é diversa das astreintes,*

*que tem natureza coercitiva, sendo possível a sua cumulação – Precedentes do STJ – **Penalidade aplicada após o recorrente ser advertido quanto à sua possibilidade, com abertura de prazo para possível justificativa** – Valor arbitrado mantido – Recurso não provido, prejudicado o agravo regimental (interno) autuado em apenso."* (com negrito e sublinhado meus).

Confirma-se que o então requerido Prefeito do Município conhecida o impedimento legal com a elaboração, logo após o ajuizamento da presente ação civil pública de improbidade administrativa e deferimento da tutela de urgência, de projeto de lei alterando justamente os termos da LM nº 14.166/06, a fim de permitir a utilização do questionado slogan/símbolo/logomarca "São Paulo - Cidade Linda"; foi referido projeto (autuado sob o nº 76/18) que se converteu na LM nº 16.898/18.

O próprio réu tomou a iniciativa de remeter à casa legislativa o projeto de lei alterando a norma municipal que embasou a propositura desta demanda, **admitindo, por conseguinte, que atuava fora dos limites da legislação então vigente**, a configurar o elemento subjetivo exigido para a configuração do ato de improbidade; não se trata, então, da aplicação de princípio genericamente considerado, mas de violação direta de dever legal e do princípio que o embasa.

Anoto que a presente ação foi ajuizada em 31/01/2018 (fls. 01), sendo a tutela de urgência deferida em 01/02/2018 (fls. 226); o projeto de lei nº 76/18, por sua vez, foi recebido em 28/02/2018 segundo informações colhidas no site oficial da Câmara Municipal de São Paulo (documentação.saopaulo.sp.leg.br), aprovado em abril-maio/2018 e promulgado em 23/05/2018, a evidenciar a prática de ilegalidade manifesta e consciente por parte do requerido.

Em resumo, o que se reconhece é a intenção reiterada de descumprir a lei então vigente, com voluntarismo incompatível com os deveres do cargo, impondo vontade particular acima das obrigações de conduzir e dar exemplo a servidores e cidadãos, prática violadora dos princípios da legalidade e moralidade.

De outra parte, não se vislumbram efeitos econômicos nocivos decorrentes daquela conduta, nem vinculação direta a identificação pessoal do gestor com o símbolo/slogan então usado, condições que, ao lado da modificação legislativa, serão consideradas na dosimetria das penas.

Acesso ao Sumário

Configurado o ato de improbidade administrativa por ofensa direta ao princípio da legalidade, justifica-se a aplicação das sanções previstas no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92, observando o parágrafo único do mesmo artigo, o que afasta a aplicação "em bloco" daquelas sanções, valendo-se do juízo de proporcionalidade, analisadas a gravidade da conduta e suas consequências (nesse sentido : Ag. Int. no REsp 2015/0023271-2, Min. Regina Helena Costa, j. 18.09.18).

Considera-se, agora, para a fixação da pena, a modificação legal,

flexibilizando a restrição anteriormente existente (LM nº 16.898/18), que a abstenção da prática está superada, porque o acusado já deixou o cargo e alterada a lei, e a ausência de prova de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito.

Estabelecidas tais referências, as penas fixadas mostram-se desproporcionais e, em consequência, ficam mantidas apenas as sanções fixadas nos itens "*e*" e "*f*" da r. sentença, a saber : ..."***e)*** *ao pagamento de multa civil correspondente a cinquenta vezes o valor da sua remuneração à época dos fatos, devidamente atualizada;" e "****f)*** *ao pagamento de multa punitiva equivalente a dez salários mínimos pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça, conforme dispõe o artigo 77 §s 2º e 3º do C.P.C."*), dentro nos limites fixados pelo art. 12, III, da Lei nº 8.429/92 e proporcionais à conduta praticada pelo requerido no período de entre janeiro/2017 e abril/2018, em afronta ao texto legal vigente à época, ressaltando que a multa punitiva já havia sido confirmada por este Colegiado nos autos do AI nº 2128213-63.2018.8.26.0000, de minha relatoria, j. 21/08/2018.

No tocante à finalidade de prequestionamento, já se encontra pacificado o entendimento de que o julgado deve emitir juízo de valor sobre os fatos e a tese sustentada pelas partes, com a sua devida qualificação jurídica, mas não a explícita alusão a dispositivos de lei.

A jurisprudência reiterada do Colendo STJ (RSTJ 15/233, 30/341, 64/183) tem admitido o prequestionamento implícito, sendo certo que "não se faz necessário que seja mencionado no acórdão recorrido o dispositivo legal que se alega ter sido violado, bastando que a questão federal tenha sido enfrentada e decidida nas instâncias inferiores" (Nelson Luiz Pinto, Manual dos Recursos Cíveis, Editora Malheiros, São Paulo, 2004, 3ª edição, págs. 282, 289 e 297/298).

No mesmo sentido: STJ, AgRg 572.737/RS, 365.079/SP, EDcl no Resp. 688.698/PR, EDcl no REsp. 855.181/SC; TJSP, EDcl 992.07.061429-5/5, 992.05.086671-0/5 e 990.09.297427-0/5.

Assim, fica expresso que não há violação ou negativa de vigência a qualquer dispositivo de Lei ou da Constituição Federal, especialmente aqueles invocados nas razões recursais de ambas as partes.

Ante o exposto, meu voto é pelo provimento parcial do recurso de apelação do réu, unicamente para o fim de ajustar as penalidades aplicadas, nos termos acima delimitados, e pelo não provimento do apelo do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Acesso ao Sumário

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 26337)

Respeitado o entendimento da douta maioria, pelo meu voto, mantinha a r. sentença de primeiro grau, reduzindo, apenas, o prazo da suspensão dos

direitos políticos para 3 (três) anos.

Adotando o relatório do eminente Des. Luís Francisco de Aguilar Cortez, saliento que se trata de ação civil manejada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, objetivando, em razão da prática de atos de improbidade administrativa, a condenação do então prefeito municipal de São Paulo, João Agripino da Costa Dória Junior, nos termos da lei federal n. 8.429/92.

Segundo narrado pelo demandante, o réu, ao utilizar a logomarca "Cidade Linda", representada por um coração vermelho com as letras "SP", teria: a) enriquecido ilicitamente com a propaganda pessoal; b) causado prejuízo ao erário e; c) atentado contra os princípios da Administração. Sustentou o *parquet* caracterização dos tipos descritos nos artigos 9º, inc. XII[1], 10, inc. IX[2] e 11, inc. I[3], todos da lei 8.429/92.

A ação foi julgada procedente, tendo sido o requerido, diante do reconhecimento de que ele incidiu na conduta do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, condenado a abster-se de utilizar o slogan narrado na inicial, à suspensão dos direitos políticos por quatro anos, à proibição de contratar com a Administração ou dela receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo prazo de três anos, à devolução integral dos prejuízos causados ao erário público municipal, ao pagamento de multa civil, bem como ao pagamento de multa punitiva, esta última pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça.

Ambas as partes recorreram. O Ministério Público insiste que a conduta descrita na exordial também encontra tipificação nos artigos 9º e 10 da lei 8.429/92 e o réu, por sua vez, na improcedência total da demanda.

O relator, em seu voto, reforma o pronunciamento de primeiro grau para manter somente as multas civil e punitiva.

Todavia, preservado o entendimento esposado, ouso divergir.

De início, porém, consigno que as preliminares arguidas no apelo do réu foram bem repelidas, inexistindo qualquer divergência a ser apontada nessa

Acesso ao Sumário

1 Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:
(...)
XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei.

2 Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
(...)
IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

3 Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

parte.

Com efeito, incabível cogitar-se em nulidade da r. sentença por suposto cerceamento de defesa. Isto porque, como se sabe, no ordenamento jurídico pátrio vigora o princípio do livre convencimento motivado do juiz, insculpido no artigo 371 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> ***"Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento."***

De acordo com tal dispositivo, o julgador, destinatário final das provas, possui ampla liberdade na apreciação e valoração destas para formação de sua convicção, sendo-lhe exigida apenas a devida fundamentação no ato de julgar, com indicação dos motivos que serviram de supedâneo à prolação de sua decisão. Caberá a ele também a determinação das provas que reputa necessárias ao julgamento do mérito e a dispensa das diligências consideradas inúteis ou meramente protelatórias (art. 370 do CPC), se e quando convencido de que a prova já produzida nos autos é suficiente para a adequada solução da lide, sem que isso caracterize cerceamento de defesa.

E no caso dos autos, inquestionável que os fatos discutidos são incontroversos e o arcabouço documental produzido pelas partes é suficiente para julgamento da ação, mostrando-se irrelevante para o desfecho da causa a produção de quaisquer outras provas, notadamente pericial e testemunhal.

Não há dúvida de que ao indeferir "*a produção de provas postuladas pelo réu João Agripino da Costa Dória Júnior, por serem impertinentes ao julgamento...*", utilizou-se a douta Magistrada de primeiro grau do seu poder de condução adequada do feito e de decisão acerca da pertinência das provas requeridas pelas partes, nos termos do art. 139 do CPC.

E sobre o tema, vale lembrar, que

> ***"(...)***
>
> ***8. O STJ possui entendimento de que o magistrado tem ampla liberdade para analisar a conveniência e necessidade da produção de provas, podendo perfeitamente indeferir provas periciais, documentais, testemunhais e/ou proceder ao julgamento antecipado da lide, se considerar que há elementos nos autos suficientes para a formação da sua convicção quanto às questões de fato ou de direito vertidas no processo, sem que isso implique cerceamento do direito de defesa."*** (AgInt no AREsp 869870/RJ, Ministro Relator Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 17/11/2016, DJe 29/11/2016).

Portanto, mostrando-se desnecessária ou inútil para a formação do convencimento judicial a prova postulada, aplicam-se, aqui, os artigos 355, I, e 370, parágrafo único, ambos do CPC/2015.

Acesso ao Sumário

Por outro lado, a prejudicial de nulidade do decisum por incompetência do juízo também não merece vingar.

Ora, nas palavras do ilustre Desembargador Relator, quando do julgamento do agravo de instrumento n. 2017525-34.2018.8.26.0000:

> ***"(...)***
>
> ***Não obstante na ação popular também haja discussão a respeito da utilização da 'logomarca 'SP Cidade Linda" pelo atual Prefeito do Município de São Paulo (fls. 123/133), é certo que referida demanda tem objetivo, finalidade e pedidos distintos da ação civil pública de improbidade administrativa, que visa apurar a conduta do chefe do Poder Executivo à luz do disposto na Lei n. 8.429/92 (fls. 27/111), por isso, não é reconhecida a alegada 'incompetência absoluta' do Juízo a quo. A hipótese, ademais, não será de incompetência absoluta, mas eventual prevenção, aqui não reconhecida pelas razões expostas (...)' (fls. 600/604).".***

Ademais, como bem pontuado pela nobre Juíza sentenciante, a ação popular proposta antes da ação civil pública ora em questão, já tinha recebido sentença no momento do julgamento desta última, de sorte que deve prevalecer o enunciado da Súmula 235 do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido que "*a conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado*".

Descabido, outrossim, os argumentos no sentido de violação à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/42, notadamente quanto as alterações trazidas pela Lei n. 13.655/18.

Alega o requerido, que o r. decisório monocrático não teria levado em conta as alterações da citada lei, acarretando a sua própria nulidade, notadamente pela inobservância do disposto nos artigos 20, 21 e 22. Contudo, mais uma vez sem razão o recorrente.

Como se sabe, a Lei n. 13.655/18 trouxe importantes alterações no Decreto-Lei n. 4.657/1942, com o objetivo de imprimir maior segurança jurídica à atuação da Administração Pública, assim como em suas relações com os órgãos de controle.

E de acordo com a disposição trazida pelo artigo 20 do referido diploma legal:

> ***"Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.***
>
> ***Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.***

Infere-se, pois, que o artigo 20 da LINDB é orientado a reduzir a indeterminação das decisões estatais, que por vezes restringem-se a invocar princípios abstratos.

Entretanto, ao discorrer sobre o tema, Marçal Justen Filho ensina que:

"O art. 20 da LINDB não proíbe a invocação a valores abstratos como fundamento decisório. Determina, no entanto, a obrigatoriedade da avaliação das consequências práticas da aplicação desse valor abstrato."

E acrescenta:

"O dispositivo exige que a autoridade competente formule uma projeção quanto aos possíveis cenários resultantes da decisão adotada. Essa projeção é uma atividade fundada no raciocínio lógico, refletindo um processo de causa e efeito. A decisão é considerada como um evento apto a reduzir efeitos. Esses efeitos são identificados segundo juízos mentais que projetam relações de causalidade. Esses juízos fundam-se no conhecimento técnico-científico e na experiência da vida social.

(...)

A exigência do art. 20 não implica demandar a capacidade da autoridade prever aquilo que seja imprevisível ou conhecer aspectos impossíveis de serem avaliados na realidade. Ou seja, não impõe à autoridade uma condição sobre-humana.

O dispositivo apenas exige que a autoridade tome em consideração a relevância política, social e econômica das decisões que adotará. O juízo estimativo quanto ao futuro é inerente à condição humana e se relaciona com o reconhecimento de que a autoridade tem o dever de considerar os efeitos práticos do exercício de suas atribuições." (grifos nossos) (*in* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018).

Portanto, no caso, a decisão lastreada em valores como "moralidade", "legalidade" e "impessoalidade", não representou nenhuma ofensa ao dispositivo supracitado, sobretudo porque, ao proibir a utilização do slogan "SP Cidade Linda", levou justamente em conta a relevância política, social e econômica advinda de tal determinação, escolhendo a interpretação que menor prejuízo traria aos interesses gerais.

De outra banda, também não se entrevê violação ao artigo 21 da LINDB, que assim dispõe:

"Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas."

Acesso ao Sumário

Ora, ao contrário do alegado pelo réu em suas razões recursais, em nenhum momento foi determinado o "banimento" do programa "São Paulo Cidade Linda", restando claro que as decisões judiciais prolatadas no caso apenas limitaram a sua forma de divulgação, ajustando-a a legislação então vigente, observado inclusive a alteração da norma municipal após o ajuizamento da ação.

Desse modo, não há dúvida de que foi observado o princípio da menor onerosidade na regularização do ato improbo.

De resto, cumpre ressaltar que

"... ao prever que o controle de legalidade do ato administrativo leve em consideração 'os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo', bem como 'as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente', o artigo 22, da LINDB, permite que o Poder Judiciário adote parâmetros mais amplos para análise da legalidade, aproximando- se do mérito, de modo a atender reclamo de parte da doutrina acerca da possibilidade de verificar se a autuação discricionária da administração está dentro da órbita legal da discricionariedade ou se ocorreu de forma desproporcional." (Breves comentários às Lei n. 13.655/18, disponível em: (Endereço eletrônico constante do texto original).

De se concluir, portanto, que a despeito da necessidade de se considerar as limitações estruturais impostas ao gestor público, não pode o Poder Judiciário deixar de conferir efetividade a direitos consagrados na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Destarte, não há que se falar em negativa de vigência e de aplicação aos comandos contidos no Decreto-Lei n. 4.657/1942, advindos da alteração promovida pela Lei n. 13.655/18.

Assim, acompanho o eminente Des. Luís Francisco de Aguilar Cortez em relação as prejudiciais suscitadas na peça de fls. 789/855, as quais comportavam mesmo rejeição.

Divirjo, no entanto, conforme adiantado linhas atrás, quanto ao mérito.

O relator proferiu seu voto, considerando ilegal apenas a utilização da logomarca.

Sopesou ele, por ocasião da revisão das sanções fixadas no juízo singular, o advento de norma entendida "benéfica" ao réu (lei municipal n. 16.898/2018) e que ausentes tanto promoção pessoal do então Chefe do Poder Executivo do Município de São Paulo, como efeitos econômicos nocivos ao erário.

Todavia, análise de todo o processado leva-me à conclusão diversa da explanada.

Acesso ao Sumário

A Constituição Federal, em seu artigo 37, paragrafo 1º, diz que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

E a redação da lei municipal 14.166, de 06 de junho de 2006 (Endereço eletrônico constante do texto original), que vigorava à época, permitia somente a utilização do brasão oficial da cidade de São Paulo, vedando o uso de símbolo diverso.

Tal norma proibia, ainda, de forma expressa, o emprego de logomarcas em veículos oficiais, prédios, uniformes, placas de publicidade, obras, material, objetos e alimentos doados à população e publicações oficiais:

> ***"Art. 1º Os governantes do Município de São Paulo não poderão usar nenhuma logomarca de identificação de sua administração que não seja o brasão oficial da cidade, com a inscrição 'Cidade de São Paulo'.***
>
> ***§ 1º Fica expressamente proibido o uso de qualquer logotipo ou logomarca que insinue ou lembre por semelhança o símbolo de partido político.***
>
> ***§ 2º A proibição de que trata este artigo é aplicável à Administração Direta e Indireta de todos os poderes do Município, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Art. 2º A proibição a que se refere o artigo anterior é também aplicável aos veículos oficiais e conveniados, prédios, uniformes, placas de publicidade ou identificação de obras, a qualquer tipo de material, objetos e alimentos doados à população e publicações oficiais."***

O requerido, porém, entre janeiro de 2017 (data em que iniciou seu mandato como prefeito de São Paulo) e abril de 2018 (data em que se afastou para concorrer as eleições para o Governo do Estado), desconsiderando completamente a lei municipal e a Constituição Federal, entendeu por bem divulgar suas ações governamentais em redes sociais, rádio, televisão, internet, sempre atrelando sua imagem ao slogan "Cidade Linda", representado por um coração.

Além disso, o próprio prédio da prefeitura foi alvo de propaganda, pois também continha o slogan em comento. Tudo isso, sem contar as publicações em sanitários públicos, cavaletes, outdoors, jogos da seleção brasileira e, ainda, camisetas, bonés, capacetes e viseiras (usados pelo alcaide municipal e assessores).

A sentença bem destacou a conduta censurada pelo Ministério Público em sua inicial, valendo trazer à colação:

> ***"No corpo da petição inicial destacam-se imagens em tais condições às***

Acesso ao Sumário

fl. 10/11, publicadas no Facebook do réu e em matéria do Estadão, para divulgação da presença do réu, na condição de Prefeito, em muitas operações de zeladoria na Capital, em datas diversas no ano de 2017, com vestes e capacete com tal slogan.

Observando-se a divulgação feita pelo réu em seu Twitter pessoal com resultados da operação SP Cidade Linda nas Avenidas 9 de Julho e Paulista, há o slogan juntamente com o destaque de foto do réu, a demonstrar que referida publicidade não visava somente cumprir a finalidade de informar e educar a população, mas precipuamente atrelava sua imagem à uma 'nova gestão de eficiência e inovação' (expressão também aposta ao lado da foto), a demonstrar o intuito consciente do réu, de realizar publicidade para sua promoção com obtenção de crédito político, o que se confirmou pelo fato de posteriormente ter deixado o cargo de Alcaide Municipal para permitir seu registro de candidatura ao Governo de São Paulo na eleição que se aproxima.

Destaca-se, ainda, publicação realizada no perfil pessoal do réu na rede social Facebook, descrevendo atividade inserida no âmbito de outra Secretaria Municipal, a da Assistência Social, em que o réu aparece vestindo camiseta com o slogan 'SP Cidade Linda' (f. 15), além de destacar também a operação Cidade Linda na região de São Mateus, sempre com as mesmas circunstâncias: foto do réu com o uso da camiseta com o slogan 'SP Cidade Linda', o que se repete nas divulgações constantes de fl. 16, feitas em 04.11.2017.

Nas redes sociais da própria Prefeitura, também havia a divulgação do slogan (fl.17), em detrimento da legislação municipal então vigente que estabelecia como símbolos municipais apenas o brasão e a bandeira (artigo 1º da Lei 14.166/2006). Nota-se que nos documentos de fl. 87, consistentes em publicação no Facebook do réu, o slogan aparece destacado tanto em um sanitário público como em cavaletes utilizados somente para fins de propaganda durante uma ação determinada, bem como na camiseta utilizada pelo então Senhor Prefeito em uma postagem, e no capacete que ele vestia em outra foto divulgada.

Já às fl. 110, reportagem do jornal "Folha de São Paulo" de 03.05.2017, trazendo imagem de outdoors colocados no município de Guarulhos, em que há referência ao símbolo da Prefeitura de São Paulo em menor destaque à esquerda, com imagem de maior proporção consistente no coração utilizado pela marca criada pelo réu, com a inscrição; "CIDADE LINDA. QUEM AMA CUIDA.", além de nova referência ao programa "SP Cidade Linda" à direita.

Consta de fl. 114 publicação da Rede Brasil Atual em que há imagem

Acesso ao Sumário

de praça na região de Parelheiros, tiradas durante operação realizada em 13.05.2017, em que foram colocados dois cavaletes com o slogan em questão.

Novamente, às fl. 116 a 125, foto em que o réu aparece vestindo uma camiseta com o slogan referido, para divulgação de serviços de zeladoria realizados em 03.06.2017 na Zona Sul da Capital, em que se nota que os demais integrantes de sua equipe também vestem a mesma camiseta publicitária.

Da mesma forma, às fl. 142, matéria publicada no site G1 em 28.07.2017, em que há referência ao valor gasto com publicidade do programa SP Cidade Linda, com imagem do então Senhor Prefeito utilizando viseira com adesivo com a inscrição "SP Cidade Linda."

Às fl. 148, 149, 151, novas fotos postadas no Facebook do réu, sem referência de data, sendo que em todas o réu aparece vestindo camiseta e capacete com o slogan "SP Cidade Linda."

Frise-se, especialmente, matéria do G1 sobre a campanha publicitária realizada em jogo de futebol da seleção brasileira ocorrido no Uruguai aos 23.10.2017, com transmissão nacional em TV aberta, em que o logo "SP Cidade Linda" encontra- se em placas eletrônicas em torno de todo o campo de futebol (fl. 160), que teriam sido veiculadas por alguns minutos. Na reportagem, há referência expressa ao fato do espaço publicitário ter sido adquirido por empresário do ramo farmacêutico a quem o réu teria feito propaganda nas redes sociais divulgando produtos de tal empresa privada.

Conforme demonstrou o Ministério Público, a Secretaria Municipal de Justiça lhe informou que também em outros jogos da seleção brasileira houve publicidade nos moldes acima descritos custeada por empresa privada, tal como indica a planilha de fl. 28.

(...)

Às fl. 182/185, site de empresa de painéis com divulgação de várias matérias jornalísticas em que o slogan é atrelado à imagem do réu, então Senhor Prefeito Municipal de São Paulo.

Por ocasião do Natal de 2017, encontra-se às fl. 195 imagem de um Papai Noel inflável de grandes proporções, posto em frente ao Prédio da Prefeitura Municipal, trazendo o boneco em suas vestes o slogan 'SP Cidade Linda'.

Nota-se, também, que bens integrantes de concessionária de transporte municipal receberam adesivo com referência ao slogan, tal como consta exemplificativamente de fl. 197, bem como de caminhão da Prefeitura com a mesma referência (fl. 340)." (fls. 682/685).

Acesso ao Sumário

Dessa forma, não passa despercebido que procurou o réu personalizar sua passagem na administração pública, com nítida intenção de propaganda política própria.

Nos dizeres do demandante, quis *"amalgamar, fixar a marca pessoal nos atos de sua gestão, configurando incontestável promoção pessoal"*.

E o que a lei proíbe é "o culto à personalidade, o abuso do marketing pessoal travestido de divulgação de atos impessoais de gestão, é o desvio de finalidade consistente no abuso do aparato de publicidade estatal para promover a persona política do gestor; individualizando e enaltecendo seus atos de governo como um investimento em bônus eleitorais a serem aproveitados em sua carreira política, individual" (MP - fls. 09).

Nesse contexto, inafastável o entendimento de que o comportamento narrado encontra tipificação na lei de improbidade administrativa, pois praticou o acusado "*ato visando fim proibido em lei*", emergindo, sem sombra de dúvidas, afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade.

Assim, configurada se encontra a improbidade descrita no artigo 11, inciso I, da lei federal 8.429/92.

Na esteira de entendimentos já externados por esta Corte de Justiça:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PROPAGANDA INSTITUCIONAL DO MUNICÍPIO - PROMOÇÃO PESSOAL - AGENTE POLÍTICO - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. 1. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que cause lesão ao erário ou que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11 da Lei nº 8.429/92). 2. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (art. 37, § 1º, CF). 3. Verba pública utilizada para promoção pessoal na propaganda institucional do Município. Propaganda eleitoral. Inadmissibilidade. Improbidade administrativa caracterizada. Condenação por infração aos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.429/92 afastada. Pedido procedente. Recursos providos, em parte." (Apelação n. 0012112-74.2012.8.26.0068, rel. Des. Décio Notarangeli, j. 29 de agosto de 2018).

"Apelação Cível – Administrativo – Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público em face de prefeito e seu filho em razão de notícias que caracterizariam promoção

Acesso ao Sumário

pessoal – Sentença de procedência – Recursos pelas partes. 1. Alegação de não submissão de agente político (Prefeito) às sanções da Lei de Improbidade Administrativa – Descabimento da assertiva – Inteligência do art. 2 da LIA – Precedentes do C. STJ – Rejeição. 2. No mérito, bem caracterizados os atos de improbidade administrativa – Divulgações e publicações com claro conteúdo de promoção pessoal do filho de Prefeito Municipal inclusive com aposição de fotografia do mesmo e avaliação positiva da administração e sem ostentar precipuamente caráter educativo, informativo ou de orientação social que deveria se esperar de tal material – Ofensa aos princípios constitucionais, em especial, da impessoalidade – Inteligência do art. 37, "caput", § 1º, da CF – Precedentes da Corte – Patente infração ao disposto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. 3. Responsabilidade inconteste dos corréus a quem competia a observância de tais ditames – Ilícito evidenciado bem como as condutas e, portanto, de rigor a imposição das sanções previstas na Lei de Improbidade. 4. Condenação dos requeridos no pagamento de indenização por dano moral coletivo – Descabimento – Não demonstração de grande ofensa à moralidade da Administração Pública e à dignidade dos habitantes do Município de tal monta que cada cidadão se sentisse com um profundo sentimento de desapreço por não pertencer a uma comunidade séria – Precedentes da Corte e do C. STJ. 5. Pretensão de afastamento da condenação da Prefeitura de Catanduva – Descabimento – Imposição de conduta compatível com o art. 37, caput e § 1º da CF. R. Sentença parcialmente reformada – Recurso da Prefeitura de Catanduva desprovido e parcialmente providos os recursos do MP e dos correqueridos." (Apelação n. 1004908-90.2014.8.26.0132, rel. Des. Sidney Romano dos Reis, j. 07 de novembro de 2016).

"APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Prefeito Municipal que, no anverso de contas de água e esgoto, imprime matéria jornalística, prestando contas acerca da gestão pública – Informações, contudo, que são acompanhadas da menção ao nome do alcaide, bem como de suas fotografias – A transparência no trato da coisa pública é dever imposto ao Poder Público, por corolário do princípio republicano; todavia, a concreção dessa obrigação legal não pode, sob nenhum ângulo, trazer consigo a promoção pessoal de qualquer autoridade – Exegese arrimada não só na incidência do princípio republicano, sustentáculo do Estado, mas, principalmente, no princípio da impessoalidade (artigo 37, caput, da Constituição Federal) e nas limitações à propaganda oficial (artigo 37, §1º, da Constituição Federal) – Hipótese espelhada nos autos na

Acesso ao Sumário

qual a reiterada menção ao nome do alcaide, além de suas fotografias, conspurcam o "caráter educativo, informativo ou de orientação", importando na vedada caracterização de "promoção pessoal de autoridade" – Conduta que vilipendia as previsões constitucionais, já que, inegavelmente, outorga os méritos dos avanços municipais não à Administração Pública (ente político), mas ao seu alcaide (agente político) – Prática patrimonialista que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito e muito menos com os princípios reitores da Administração Pública (artigo 37, caput, da Constituição Federal) – Tratando-se de violação ao princípio da impessoalidade, além da prática de ato vedado em lei, está-se diante da tipificação do artigo 11, caput e inciso I, da Lei Federal nº 8429/92 ("Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências") – Para além da subsunção formal, patente é a atuação dolosa do alcaide, já que deliberadamente utilizou da máquina pública para fomentar a promoção de seu nome e imagem – Caráter informativo que, sem dúvidas, deve ser alcançado sem se fazer alusão às autoridades eventualmente responsáveis pelo avanço ou decesso na consecução do interesse público – Sanções aplicadas, com proporcionalidade e razoabilidade, consoante a previsão do artigo 12, caput e inciso III, da Lei Federal nº 8429/92 ("Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências") – "No caso dos autos, ficou comprovada a utilização de recursos públicos em publicidade, para promoção pessoal, no "sitio" da Prefeitura Municipal de Lagarto, uma vez a veiculação da imagem do agravante não teve finalidade informativa, educacional ou de orientação, desviando-se do princípio da impessoalidade. 2. Caso em que a conduta do agente se amolda ao disposto no art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da administração pública, em especial a impessoalidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que veda a publicidade governamental para fins de promoção pessoal" (STJ, AgRg no AREsp 725526/SE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 15.09.15) – Precedentes desta Corte de Justiça – Sentença reformada – Recurso provido." (Apelação 0001889-15.2013.8.26.0040. rel. Marcos Pimentel Tamassia, j. 11 de outubro de 2016).

O Superior Tribunal de Justiça também repele a conduta evidenciada nestes autos:

Acesso ao Sumário

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. PROMOÇÃO PESSOAL DO ADMINISTRADOR. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADO.

1. Nos moldes do que dispõe o art. 37, § 1º, da Constituição Federal, a publicidade dos atos governamentais deve sempre guardar um caráter exclusivamente educativo, informativo ou de orientação social, sendo absolutamente vedada a publicação de informativos que visem ao proveito individual do administrador.

2. Diante das premissas fáticas estabelecidas pelo Tribunal de origem, não há como se afastar a prática de improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, porquanto demonstrado o dolo, no mínimo genérico, de fazer uso de propaganda institucional para o fim de obter proveito pessoal. 4. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no AREsp 820235/MA, rel. Min. SÉRGIO KUKINA, j. 26 de junho de 2018).

Vale ressaltar que o programa lançado pelo então prefeito da cidade de São Paulo objetivava "*a conservação de pavimentos, conservação e limpeza de galerias, reforma de sarjetas e sarjetões, conserto de passeios, reformas de acessibilidade, conserto de guias, conserto de muretas, conservação de jardins e canteiros, instalação de lixeiras especiais, limpeza de pichação, limpeza de monumentos, limpeza mecanizada, lavagem de calçadas, poda de árvores, reparos de guarda-corpo, pinturas, varrição etc*" (fls. 808/809).

E isso não se mostrava ilegal.

Do contrário, representa necessidades efetivas de toda e qualquer cidade, notadamente uma metrópole como São Paulo. Contudo, transvestiu-se nitidamente e intencionalmente em campanha de promoção pessoal do Senhor João Agripino da Costa Dória Junior, o que deve ser repelido pelo Judiciário.

Muito embora inexista menção de seu nome no slogan utilizado, argumento invocado pelo réu na tentativa de convencer o juízo acerca da inocorrência de propaganda pessoal, fato é que há fotos, vídeos, exposição midiática exaustiva de sua figura, ligada continuamente a símbolo (coração vermelho) e slogan (Cidade Linda), tornando irrelevante e até mesmo sem sentido a alegação de ausência de indicação do nome do prefeito.

O dolo se evidencia ainda mais quando, mesmo após a ordem judicial de retirada de todo esse material (conforme liminar de 01/02/2018), o comportamento do demandado persistiu.

Aliás, em sua elogiável sentença, a juíza singular mais uma vez bem

Acesso ao Sumário

analisou e delimitou o comportamento inaceitável do então prefeito, emergindo clara sua resistência em cumprir a lei e as determinações do Poder Judiciário:

> ***"Exemplos de tal conduta, ocorridos após proferida a decisão que determinou a abstenção de realizar propaganda com intuito pessoal: site da Prefeitura em 15.02.2018, ainda com o slogan (fl. 291); divulgação no canal da Prefeitura no Youtube em 05.03.2018 com a referência ao slogan (fl. 338/339); imagem do réu divulgada no Twitter em 25.02.2018, ao lado de pessoa de sua equipe com camiseta com slogan semelhante ('SP Cidade Minha') (fl. 343), a evidenciar tentativa de burla à decisão mantida pelo Egrégio Tribunal; reunião com o Secretariado aos 27.03.2018, com projeção do slogan (fl. 422), postado em mídia pessoal; site da Prefeitura na internet aos 12.03.2018 com a mesma referência (fl. 352); fotos divulgadas em mídia pessoal, em que o réu aparece ao lado de pessoas vestindo a camiseta com o símbolo em questão em 11.03.2018 (fl. 354); vídeo de matérias televisivas realizados em cobertura feita em 17.03.2018, em que integrantes da equipe do réu, ao seu lado, usavam camisetas com o slogan 'SP Cidade Linda' (fl. 360, 363); vídeo com gravação de matérias jornalísticas veiculadas na Rede Globo e nas rádios Nacional e CBN no dia 17.03.2018 (fl. 369), cobrindo evento oficial da Prefeitura na citada data, em que o réu estava acompanhado de assessores vestindo a camiseta com o slogan 'SP Cidade Linda', e na ocasião o réu distribuiu as mesmas camisetas à população; matéria jornalística da Rede Globo aos 03.04.2018, em que o réu realiza reunião para acolher venezuelanos na Capital, com projeção do slogan (fl. 434)."*** (fls. 690)

Tal proceder, inclusive, resultou-lhe na condenação ao pagamento de multa por ato atentatório à dignidade da Justiça, em 26/04/2018 – fls. 511/513.

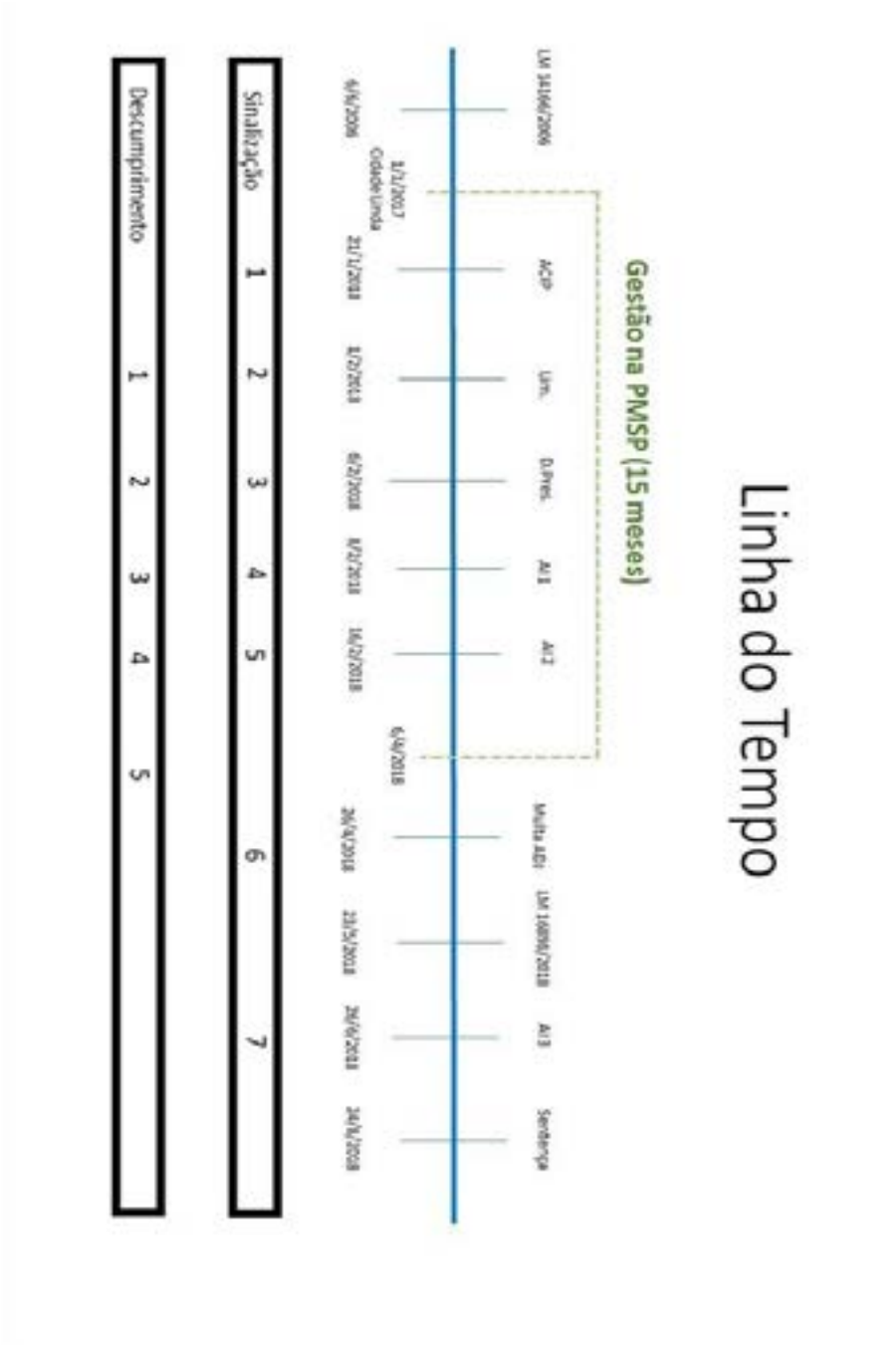
Não se pode deixar de notar que o descumprimento não se restringiu às decisões do r. Juízo de primeiro grau, eis que mesmo após a ordem de retirada da propaganda pessoal ter sido confirmada pelo Excelentíssimo Senhor Presidente desta Corte no dia 06 de fevereiro de 2018 (fls. 241/245), o réu permaneceu renitente.

Por mais redundante que seja, vale deixar registrado, em resumo, as inúmeras sinalizações[4] efetuadas ao réu para que cessasse o comportamento ilegal:

Acesso ao Sumário

4 1) ajuizamento da presente ação civil pública (31/01/2018); 2) deferimento da liminar impedindo a utilização da logomarca "SP Cidade Linda" e do símbolo "SP Cidade Linda" (01/02/2018); 3) decisão da Presidência do TJSP, mantendo a liminar concedida (06/02/2018); 4) efeito suspensivo indeferido no primeiro agravo de instrumento interposto pelo Município de SP; 5) efeito suspensivo parcialmente deferido no segundo agravo de instrumento interposto pelo réu, apenas para a prorrogação do prazo; 6) decisão judicial impondo a multa ao réu por ato atentatório a dignidade da Justiça (26/04/2018); 7) efeito suspensivo indeferido no terceiro agravo de instrumento, mantendo a multa punitiva (26/06/2018).

ANEXO I


Linha do Tempo
Gestão na PMSP (15 meses)
Sinalização
1
2
3
4
5
6
7
Descumprimento
1
2
3
4
5

De outra banda, de se enfatizar que a lei 16.898, de 23/05/2018 (Endereço eletrônico constante do texto original), advinda no curso da ação e que alterou a lei 14.166/06, autorizou, de fato, a identidade visual própria das campanhas de governo.

E diga-se de passagem, como bem anotou o relator, não passou despercebido que "*o próprio réu tomou a iniciativa de remeter à casa legislativa o projeto de lei alterando a norma municipal que embasou a propositura desta demanda, admitindo, por conseguinte, que atuava fora dos limites da legislação então vigente*.".

Contudo, cabe registrar a inadmissibilidade dessa tentativa de retificação da situação ilegal.

A uma porque a lei não retroage. A duas porque "*se fosse possível sanar ilicitudes por meio da edição de atos administrativos ou leis de efeitos concretos, haveria negativa e ineficácia total das normas que impõem obrigações e cominam sanções, violando, por extensão, todos os princípios regentes da Administração Pública, em especial o da legalidade, e colocando-se em xeque a própria existência do Estado de Direito.*" (Apelação n. 0016956-54.2011.8.26.0019, rel. Marcos Pimentel Tamassia, Primeira Câmara de Direito Público, j. 31/01/2017).

Além do mais, a novel legislação em nenhum momento permitiu a promoção pessoal de autoridades. Ao revés, continua impedindo. É o que se extrai da leitura do seu parágrafo 3º do artigo 1º, onde expressamente orienta a observação das limitações contidas no art. 37, § 1º, da Constituição Federal.

De outro lado, porém, e já adentrando no recurso ministerial, apesar da conduta reprovável, não se verificou intenção de locupletamento ilícito, mas tão-somente intenção de publicidade pessoal, situação apta a afastar o artigo 9 da lei 8.429/92.

Essa é a lição de Pedro Roberto Decomain sobre o mencionado art. 9º,

> ***"Determinada conduta caracterizadora de improbidade somente pode ser enquadrada no art. 9º se vier marcada pelo dolo.*** Há necessidade de que o agente administrativo haja atuado de modo consciente e deliberado, no sentido do ***auferimento da vantagem patrimonial ilícita, para que a improbidade possa ser subsumida no art. 9º. A mera culpa em sentido estrito – imprudência, negligência ou imperícia –***
>
> ***não é bastante a tal subsunção. A intenção do agente de receber o que não lhe é devido, mercadejando o exercício de sua função ou incorporando a patrimônio seus bens, rendas ou valores pertencentes a alguma das entidades mencionadas no art. 1º da Lei n. 8.429/92, é elemento sem o qual a conduta não pode ser enquadrada no respectivo art. 9º... a*** tônica desse artigo está no enriquecimento ilícito, representado pelo ***auferimento da vantagem de cunho patrimonial***." – grifei (Improbidade

Acesso ao Sumário

Administrativa, Editora Dialética, 2007, p. 84/85).

Também não se entrevê que a conduta do requerido tenha incidido no artigo 10 da lei 8.429/92.

O programa de governo era legal, com pontos relevantes para a cidade de São Paulo, de modo que não se permite concluir pela "dilapidação do patrimônio público".

É verdade que a juíza sentenciante, como consequência do reconhecimento de que o réu praticou ato tipificado no art. 11, consignou em sua decisão que "*em fase posterior de cumprimento de sentença é que se apurará o total de gastos oriundos do orçamento municipal com a divulgação que ora se reconhece improba e inconstitucional*".

Dessa ordem, porém, não se pode entender que houve dissipação dos recursos do erário.

A magistrada simplesmente ordenou a reposição do ***status quo ante***, determinando a devolução de valores gastos com publicidade pessoal, nos termos dos arts. 5º e 6º da lei de improbidade, valendo ressaltar que dispêndio (que foi o que realmente ocorreu na hipótese dos autos), não se confunde com dilapidação/prejuízo, figuras essas necessárias para a incidência do artigo 10.

A distinção das situações se verifica nos dizeres do STJ também:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/ STJ. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO ÍMPROBO LESIVO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO EXCLUSIVA DE PENA DE RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO AO ERÁRIO. INADEQUAÇÃO. MERO RESTABELECIMENTO DO ESTADO ANTERIOR AO ATO ÍMPROBO. NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO DE OUTRAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.429/1992. ORIENTAÇÃO PACÍFICA DO STJ. CASO CONCRETO QUE EXIGE RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA A FIXAÇÃO DA PENA. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO." – grifei (AgInt no REsp 1611275/SC, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 15 de março de 2018).

E segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro[5], "*teria sido melhor que o legislador tivesse se limitado a essas duas disposições, não repetindo a mesma coisa no artigo 12, já que não se trata propriamente de medida punitiva, mas de simples reposição do status quo ante*".

Assim, de rigor o enquadramento apenas no artigo 11, I, da lei n. 8.429/92, lembrando que ***in casu*** cumprida está a dupla função (residual e de reforço) referida por Claudio Smirne Diniz, Mauro Sergio Rocha e Renato de Lima

5 Direito administrativo – 25ª. Ed. São Paulo, Atlas, 2012, p. 901.

Acesso ao Sumário

Castro, para a capitulação da conduta do requerido:

"a função residual (ou 'norma de reserva') está em permitir 'capturar' atos de improbidade que tenha 'passado' pelas malhas do art. 9º e 10, quando há dificuldade de provar o enriquecimento ilícito ou o prejuízo ao erário. A função de reforço está em ressaltar a gravidade do ato de improbidade administrativa, o que deve repercutir na intensidade das sanções" (Aspectos controvertidos da Lei de improbidade administrativa, 2016, p.197/198).

No mais, segundo o artigo 12, inciso III, da legislação referida, dispõe sobre as penalidade cabíveis ao agente público que incide no comportamento do dispositivo legal mencionado acima, cabendo ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e 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, pelo prazo de três anos.

O parágrafo único do artigo 12, de seu turno, ressalta que na fixação das penas, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já deixou consignado que para a dosimetria das penas, deve ser levado em conta a lesividade, a reprovabilidade, o elemento volitivo e consecução do interesse público (REsp 1.130.198/RR).

No caso em tela, considerados os critérios acima frente ao cenário que se delineou nos autos, cabem as penalidades impostas em primeiro grau, visto a nítida violação aos princípios da:

1) impessoalidade (promoção pessoal do réu);

2) moralidade (exposição do réu em período que antecedeu sua pré-candidatura para o cargo de Governador do Estado de São Paulo) e;

3) legalidade (violação expressa a norma municipal e a Constituição Federal).

Acesso ao Sumário

Oportuno lembrar que o desrespeito ao princípio da legalidade é comportamento dos mais censuráveis, pois:

"Quando se trata de proibições regulamentares, não se deve esquecer que tais vedações se encontram ao alcance direto dos agentes públicos, integrando-se na legalidade, onde a incidência da Lei de Improbidade Administrativa é igualmente direta e imediata. De modo que, por esse ângulo, a violação de proibições regulamentares poderia ser considerada até mesmo mais censurável, do ponto de vista subjetivo do agente, em face da probabilidade maior de conhecimento da ilicitude da conduta." grifei. (Fábio Medina Osório, Teoria da Improbidade Administrativa, Ed.

Revista dos Tribunais, 2007, p. 393).

Assim, pelo meu voto, matinha a procedência decretada no juízo monocrático e a condenação do réu João Agripino da Costa Doria Júnior, nos termos da sentença, reduzindo, no entanto, em prol da razoabilidade e a proporcionalidade, o prazo da suspensão dos direitos políticos para 3 (três) anos.

Daí porque, pelo meu voto, negava provimento ao recurso do Ministério Público e dava parcial provimento ao recurso do réu.

RUBENS RIHL, 2º Juiz

Apelações/Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008531-19.2015.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE BIRIGÜÍ, é apelado PAULINO HENRIQUE ALONSO AGUIAR.

ACORDAM, em 13ª 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 16.350)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente) e FERRAZ DE ARRUDA.

São Paulo, 13 de março de 2019.

ANTONIO TADEU OTTONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: DIREITO PÚBLICO – ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – COBRANÇA DE VERBAS DO MUNICÍPIO EM RAZÃO DE TER EXERCIDO FUNÇÃO DE DIRETOR TÉCNICO EM CENTRO DE SAÚDE – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO DO RÉU – PROVIMENTO – Legislação Municipal que atribuía gratificação a servidor estadual colocado à disposição do Município

– Não comprovação de ter preenchido os requisitos legais – Ausência de prova dos termos do convênio e da cessão – Ademais, lei municipal que autorizou o convênio atribuiu à Secretaria de Estado da Saúde o fornecimento do Diretor Técnico do Centro de Saúde – Elementos que demonstram que o servidor estadual permaneceu vinculado ao Estado, de quem recebia seus vencimentos e vantagens, sem relação funcional com o Município – Inexistência do direito à percepção da referida gratificação – Sentença reformada – Recursos, oficial e voluntário, providos.

VOTO

Vistos

1) RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo réu contra a r. sentença de fls. 386/394, cujo relatório é adotado, que **julgou procedente** a ação para condená-lo a pagar ao autor "*a gratificação mensal devida em razão do exercício da função de Diretor Técnico do Centro de Saúde II 'Dr. Artur Cordeiro', no período de 01.03.2009 a 01.03.2014*", bem como a arcar com os ônus sucumbenciais, fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor do benefício econômico.

Em recurso (fls. 291/324), tempestivo e isento de preparo, o Município alegou, preliminarmente, que seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação e que os direitos postulados na demanda estariam prescritos.

No mérito, sustentou, em síntese, que:

a) o autor não teria qualquer relação funcional com o Município;

b) não estaria provada a existência de convênio que teria gerado a municipalização dos serviços de saúde e, consequentemente, serviria de supedâneo ao pedido inicial;

c) ainda que houvesse a municipalização, tal circunstância não teria o condão de transmudar o vínculo funcional do autor, que permaneceria vinculado ao Estado;

d) inexistiria qualquer ato de cessão de servidores estaduais para prestarem serviços ao Município de Birigüi e o autor não teria sido designado para provimento de nenhum cargo do Município;

e) a Lei Municipal nº 2.506/88, que embasa o pleito do autor, não teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e teria sido revogada pelo Estatuto dos Servidores Municipais; e

Acesso ao Sumário

f) o autor não preencheria os requisitos legais para recebimento da gratificação instituída pela referida legislação.

Processado o recurso com contrarrazões (fls. 326/39), subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

2) FUNDAMENTOS

Os recursos, oficial e voluntário, merecem provimento.

2.1) Das preliminares

As preliminares devem ser rejeitadas.

2.1.1) Da ilegitimidade passiva

O apelante é parte legítima para responder à ação, pois, embora o apelado seja servidor estadual e não se arvore à condição de servidor municipal, ele pretende receber do Município gratificação cuja previsão consta de Lei Municipal e que, segundo os argumentos da vestibular, teria direito por preencher os requisitos.

A questão sobre ser, ou não, devida a aludida gratificação, é exatamente o mérito da demanda, cuja apreciação se fará na sequência.

2.1.2) Da prescrição

No tocante à prescrição, nos termos da Súmula 85 do S.T.J., rejeita-se de pronto a aventada prescrição do fundo de direito, eis que, tratando-se de relação de trato sucessivo, a prescrição somente alcançaria as prestações vencidas nos cinco anos anteriores à interrupção da prescrição, e não o direito reclamado, haja vista não ter sido expressamente negado administrativamente durante o período requerido.

Neste sentido, o autor, ao formular seu pedido nesta ação, delimitou a cobrança às parcelas vencidas no quinquênio anterior a 14/05/2014, data em que considera interrompida a prescrição pelo requerimento formulado administrativamente, de pagamento dos valores objeto desta demanda.

Portanto, segundo os termos da vestibular, a cobrança se restringiria a período não acobertado pela prescrição, devendo, no mais, a questão ser dirimida juntamente com o mérito, reiterando-se não ser caso de prescrição do fundo de direito, nos termos da Súmula 85 do S.T.J.

Rejeitadas as preliminares, passa-se à apreciação da matéria de fundo.

2.2) Do mérito

A controvérsia cinge-se a verificar se o autor, servidor público do Estado de São Paulo, tem direito ao recebimento de gratificação estabelecida pela Lei nº 2.506/88, do Município de Birigüi.

Registre-se que o recorrido, em mais de uma oportunidade, esclareceu que "*em nenhum momento alega que foi servidor municipal*" (fls. 241).

Asseverou, ainda, que "*como explicitado na peça inaugural, a cobrança se refere à **gratificação** instituída por lei ao **servidor estadual cedido ao município** para exercer a função de **Diretor, Diretor Técnico** ou **Coordenador dos Serviços de Saúde do Município**, como é o caso do autor e origem de sua pretensão (Lei Municipal nº 2.777 de 24/04/1994 que deu nova redação ao artigo 3º da Lei Municipal nº 2.506/88, alterada pelas Leis Municipais nºs 2.652/90 e 2.701/90)*" (fls. 242 – destaque em negrito do original).

Na vestibular afirmou que "*Em 22 de agosto de 1.984 foi editada e publicada a Lei Municipal nº 2.192 que autorizou a celebração de convênio com o Estado de são Paulo, por sua Secretaria de Saúde, visando assegurar o atendimento à população do Município, mediante o estabelecimento de cooperação para o planejamento e desenvolvimento conjunto de programações básicas de saúde e saneamento, e deu outras providências. O aludido convênio ainda está em vigor*" (fls. 03).

E prossegui, aduzindo que "*o convênio foi celebrado e teve por objeto fundamental a implementação da Municipalização das Ações de Saúde. (...) Em face da municipalização, todos servidores estaduais que atuavam na saúde foram cedidos ao município, entre eles o requerente*" (fls. 03).

No entanto, ainda que considerada a vasta documentação que instrui a petição inicial, acrescida daquela produzida durante a instrução processual, o autor não se desincumbiu do ônus de provar a efetiva existência do convênio, tampouco seus termos, nem que tenha sido cedido ao Município, requisitos estabelecidos pela legislação invocada para recebimento da pleiteada gratificação.

Confira-se o teor do dispositivo legal (art. 3º, da Lei Municipal nº 2.506/88) que criou a pretendida gratificação:

> *"ARTIGO 3º - **Ao servidor estadual** ou federal **colocado à disposição da Prefeitura** para exercer as funções de Diretor ou Coordenador dos serviços de saúde do Município, **fica atribuída gratificação mensal** correspondente a 8 (oito) salário mínimos de referência"* (destaquei em negrito).

A administração pública, como cediço, está jungida ao princípio da estrita legalidade e somente pode fazer o que dispuser o comando normativo e na forma determinada.

Os atos administrativos devem ser escritos e não consta dos autos o teor do aludido Convênio e, menos ainda, ato que colocasse o autor à disposição da Prefeitura.

Como dito alhures, o autor é servidor público do Estado, portanto, está submetido ao Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo (Lei Estadual nº 10.261/68), que, em seu artigo 67, dispõe que "*O **afastamento** do funcionário **para ter exercício em entidades** com as quais **o Estado mantenha***

convênios, reger-se-á pelas normas nestes estabelecidas" (destaquei em negrito).

Embora haja nos autos fortes indícios de que o Centro de Saúde do qual o autor foi Diretor Técnico tenha tido sua gestão transferida ao Município, não há qualquer prova de que o servidor tenha sido afastado de seu cargo no Estado.

Conquanto não tenha juntado seus holerites, certo que durante todo o período recebeu seus vencimentos e demais vantagens do Estado, até sua aposentadoria, em março de 2014, não tendo reclamado a indigitada gratificação em nenhum momento, desde 1.998, data a partir da qual teria surgido seu direito ao benefício (fls. 15 vº), até sua aposentadoria, diga-se, com proventos integrais.

Ainda que se admitisse, por amor ao argumento, que a Lei Municipal nº 2.192/84 e a minuta a ela anexa (fls. 9/13) – na qual o autor fundamenta seu direito – tenham consolidado a municipalização da saúde no Município, nos termos do convênio ali constante, melhor sorte não assistiria ao autor.

Isso porque, segundo a cláusula II, que trata das obrigações dos partícipes, seria obrigação da Secretaria Estadual da Saúde, pelo seu Departamento Regional de Saúde de Araçatuba:

> *"5 – garantir pessoal, inclusive mediante novas admissões, observando o subitem 'a.2' deste item e as disposições legais e regulamentares pertinentes, como abaixo discriminado:*
>
> *(...)*
>
> *- **1 Médico – Diretor Técnico**"* (fls. 10 vº – destaquei em negrito).

Tal deliberação está em consonância com a informação prestada pelo Departamento Regional de Saúde de Araçatuba, vinculado à Secretaria de Estado, que assentou que:

> *"Com a implementação do Sistema único de Saúde houve uma redefinição dos papéis de cada unidade da federação na prestação dos serviços. Nesse passo e diante da própria organização do SUS, estabeleceu-se a **necessidade de se firmar convênios e parcerias** entre os entes federados, **com a finalidade de transferir recursos** financeiros, tecnológicos e **humanos**"* (fls. 259 – destaquei em negrito).

Assim, cabia efetivamente ao Estado o fornecimento do Diretor Técnico do Centro de Saúde, cuja gestão administrativa teria ficado a cargo do Município.

O documento de fls. 15 vº não infirma essa conclusão, ao contrário, a confirma, eis que o Secretário Municipal da Saúde, considerando que o autor já exercia a função de Diretor Técnico de Serviço de Saúde, **autorizou-o** a "*responder, a título precário, como Responsável Técnico, pelo C.S. II 'Dr. Arthur Cordeiro', que se encontra municipalizado, **até que a Secretaria Estadual de Saúde proceda a nomeação de novo Diretor Técnico de Saúde***" (destaquei em

Acesso ao Sumário

negrito).

Irrefutável a conclusão de que o fornecimento de servidor para ocupar a função de Diretor Técnico do Centro de Saúde competia ao Estado e, nestas circunstâncias, foi o autor alocado para tal função, sem que isso implicasse designação a cargo, ainda que comissionado, perante o Município (questão que, repita-se, foi veemente negada pelo autor).

Reforçam, ainda, tal conclusão, os documentos juntados pelo próprio autor (fls. 236/237), que dão conta de que os períodos de gozo de licença dos servidores estaduais que atuavam no aludido Centro de Saúde, eram administrados pelo Estado, de modo que não estavam eles vinculados funcionalmente ao Município.

Destarte, por qualquer ângulo que se analise a questão, o autor não foi afastado de seu cargo perante o Estado e não foi colocado à disposição do Município, tendo exercido a função de Diretor Técnico de Centro de Saúde do Estado, cuja gestão administrativa poderia (ou não) ter sido transferida ao Município (eis que, repita-se, não há prova nos autos nesse sentido), em conformidade com convênio formulado entre os entes federativos, sem que se configure a "*cessão*" do servidor.

Portanto, preservado o entendimento do magistrado de piso, de rigor a reforma da r. sentença e a decretação de improcedência da ação.

Em razão da reforma do julgado, arcará o autor com o ônus sucumbencial, fixados os honorários advocatícios, já considerado o trabalho adicional realizado em grau de recurso, em 11% sobre o valor atualizado da causa.

3) CONCLUSÃO

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento aos recursos, oficial e voluntário.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1001850-32.2018.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado PEDRO FIRMINO DA SILVA FILHO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REEXAME OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDO, APELAÇÃO DA FAZENDA ESTADUAL NÃO PROVIDA, V.U." de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 46.073)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. M.

RIBEIRO DE PAULA (Presidente) e OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 2 de abril de 2019.

SOUZA NERY, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESÍDUOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA REFERENTE AO PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO COM ATRASO. FATOR DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA (FAM). Dívida reconhecida pelo órgão pagador. A Administração assim agiu com respaldo na Constituição Estadual de 1989, cujo artigo 116 reconhece o direito dos servidores públicos à percepção da correção monetária sobre pagamentos de vencimentos com atraso, de modo a aplacar os prejuízos daí advindos. Débito cujo valor estampa certidão emitida pelo DEPE do TJSP. Prescrição, do fundo do direito ou quinquenal, não operada, diante da inexistência de vencimento e da data da emissão da certidão. Cerceamento de defesa que não ocorreu, porque a ré teve oportunidade de indicar as provas que pretendia produzir e não o fez, anuindo para o julgamento antecipado da lide. Por outro lado, a perícia contábil, na espécie, é desnecessária, porque o débito foi quantificado pela própria Administração. Descabe alegar a autonomia orçamentária do Poder Judiciário, pois o orçamento do Estado é uno e indivisível, de modo que a inadimplência de um dos Poderes é atribuída à Fazenda Estadual (artigos 169, § 5º, inciso I, da CF e 174, § 4º, da CE). Sobre o valor devido deve incidir correção monetária a partir da data da expedição da certidão do DEPE e os juros de mora incidem desde a citação, tal como estipulado na exordial e no julgamento de primeira instância. Sentença parcialmente reformada, em sede de reexame oficial, somente no tocante às contribuições médicas e previdenciárias, que devem ser descontadas. REEXAME OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDO, APELAÇÃO DA

Acesso ao Sumário

FAZENDA ESTADUAL NÃO PROVIDA.

VOTO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por *PEDRO FIRMINO DA SILVA FILHO*, servidor público estadual aposentado que, quando em atividade, pertenceu ao quadro de pessoal do Tribunal de Justiça de São Paulo, alegando ter sofrido perdas remuneratórias decorrentes de atrasos no pagamento de vencimentos entre 1989 a 1994, motivo pelo qual postula compelir a *FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO* a pagar-lhe os resíduos de correção monetária que lhe seriam devidos, conhecidos como Fator de Atualização Monetária (FAM), no valor total de R$132.437,03, como a própria Administração reconheceu em certidão emitida pelo DEPE. Pugna, especificamente, que à dívida principal indicada na referida certidão sejam acrescidos juros legais (artigos 397, parágrafo único, e 405, ambos do Código Civil) a partir da citação e correção monetária a partir de janeiro/2018 (mês de referência quanto ao reconhecimento do débito), além de honorários advocatícios, os quais devem ser fixados entre 10% e 20% do valor da condenação ou do proveito econômico, e do reembolso de custas e despesas processuais.

A ré contestou a ação, alegando inépcia da inicial, autonomia orçamentária do Poder Judiciário e a improcedência do pedido; de arremate, impugnou os critérios de atualização do débito e dos juros.[1]

O juízo de primeiro grau facultou às partes apontarem as questões de fato e de direito que entendessem pertinentes ao julgamento, oportunizando que especificassem as provas que, porventura, pretendessem produzir, justificando a sua necessidade, tendo alertado que o silêncio ou protesto genérico seriam interpretados como anuência para o julgamento antecipado da lide.[2]

Em resposta, somente o autor se manifestou, requerendo o julgamento antecipado, pois a matéria vem sendo reiteradamente debatida e decidida por esta E. Corte de Justiça, razão pela qual seria dispensável a produção de outras provas além daquelas que já constavam dos autos.[3]

Sobreveio sentença de procedência do pedido, reconhecendo o direito do autor de receber o Fator de Atualização Monetária (FAM) e compelir a ré a pagar-lhe a quantia de R$132.437,03 (janeiro/2018), sem qualquer desconto de natureza previdenciária ou assistencial, com correção monetária de acordo com a variação do IPCA-E, a partir do mês de referência indicado na certidão do DEPE, e juros de mora calculados segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, nos termos da Lei nº 9.494/1997, na redação dada pela Lei nº

Acesso ao Sumário

1 Fls. 50-55.

2 Fls. 60, decisão exarada pelo MM. Juiz de Direito Dr. BRUNO MACHADO MIANO, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Mogi das Cruzes.

3 Fls. 63.

11.960/2009 e com as modificações da Lei nº 12.703/2012, a partir da citação. A ré foi condenada, ainda, a arcar com custas e despesas processuais e com honorários advocatícios, arbitrados no mínimo, sob os parâmetros do artigo 85, §§ 3º e 4º, inciso II, do Código de Processo Civil, verba esta que deve ser auferida na fase de liquidação de sentença. Tratando-se, pois, de sentença ilíquida, o sentenciante submeteu sua decisão ao reexame necessário, com base no artigo 496 do diploma processual.[4]

A sucumbente apelou, reprisando as alegações de prescrição do fundo do direito, de autonomia orçamentária do Poder Judiciário, de impugnação do valor exigido e dos critérios de atualização monetária e de juros, defesas que já estamparam a contestação, acrescentando combate a suposto cerceamento de defesa como decorrência do julgamento antecipado da lide sem que, antes, fosse realizada perícia contábil.[5]

O demandante ofereceu contrarrazões.[6]

É O RELATÓRIO.

O reexame necessário e a análise das razões do apelo fazendário são realizados em conjunto.

O pleito do autor é procedente.

O Fator de Atualização Monetária (FAM) é diferença relativa à correção monetária incidente sobre os vencimentos dos servidores que não foi paga no momento certo. O seu pagamento agora, extemporaneamente, representa recomposição das perdas suportadas pelos funcionários pelo inadimplemento da Administração.

A demanda veio instruída por certidão emitida pelo Departamento de Pessoal, hoje denominado Recursos Humanos, do Tribunal de Justiça (DEPE) e que retrata a situação na qual a Administração assume o inadimplemento e reconhece ao autor o direito de receber a "correção monetária" de vencimentos não quitados na época em que deveriam tê-lo sido, ou seja, entre 1989 e 1994.

A certidão ou o ato administrativo que apontou a mora da Administração também quantificou o montante auferido dessa "correção monetária".

A Administração assim agiu com respaldo, inclusive, na Constituição Estadual de 1989, cujo artigo 116, de forma inovadora, reconheceu o direito dos servidores públicos à percepção da correção monetária sobre pagamentos de vencimentos com atraso, de modo a aplacar os prejuízos daí advindos. "Inovadora", porque, até aquela ocasião, estava pacificado o entendimento nos tribunais de que, à míngua de lei específica sobre a matéria, não se reconhecia direito àquela atualização dos atrasos cometidos pelo Estado.

Acesso ao Sumário

4 Fls. 66-77, da lavra da MMa. Juíza de Direito Dra. GLAUCIA FERNANDES PAIVA.
5 Fls. 88-100.
6 Fls. 103-106.

Lastreado, portanto, nessa inovação do artigo 116 da Carta Bandeirante, mesmo que sofrendo resistência, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu os débitos dessa natureza, considerando, para tanto, o lustro prescricional, contemplando apenas o período de cinco anos anterior à edição da Constituição Paulista. Exatamente por isso é que o período considerado tem início em 1989, ficando prejudicado o dano causado aos servidores anteriormente àquele ano.

O ato administrativo marcado pelo compromisso com a moralidade administrativa traduziu em declaração o reconhecimento adotado pelo Judiciário Paulista.

Essa mudança de postura materializou-se na emissão de certidões pela Administração, tal como a que instrui esta demanda.

Esta certidão é documento suficiente para consubstanciar a pretensão do autor, não sendo necessário expedir ofício ao órgão administrativo responsável pelo recurso humanos do Tribunal de Justiça, pois o documento em questão dá conta de pormenorizar a operação contábil desempenhada para que se alcançasse o valor do crédito reconhecido ao servidor.

Daí porque, ademais, descaberia a realização de perícia contábil, medida absolutamente inútil no contexto onde o órgão administrativo que assume papel de "devedor" na contenda já reconheceu o *quantum* exigido pelo "credor".

Nem há que se falar, na espécie, em cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide.

Ora, tal alegação beira a leviandade, uma vez que o juízo de primeiro grau facultou às partes especificarem as provas que, porventura, pretendessem produzir, justificando a sua necessidade, alertando que o silêncio ou protesto genérico seriam interpretados como anuência para o julgamento antecipado da lide,[7] mas somente o autor se manifestou.

Onde a magistrada atuante na origem cerceou a defesa da ré?

De mais a mais, na fase de liquidação esse tema merecerá novo apreço técnico, por ocasião do cálculo de atualização e de incidência de juros, não se vislumbrando fator de improcedência do pedido por imprecisão dos valores exigidos, mesmo porque eles foram perfeitamente identificados.

O direito aqui reconhecido, ademais, foi materializado em certidão assertiva de que o pagamento se encontra aguardando determinação da E. Presidência do Tribunal de Justiça, o que patenteia que o prazo para o início da fluência da prescrição sequer teve início, do que decorre ser rechaçada a preliminar arguida. Em outras palavras, o ato de reconhecimento que acenou para o pagamento administrativo renovou o prazo prescricional, o qual terá início com a fixação de vencimento.

Acesso ao Sumário

7 Fls. 60, decisão exarada pelo MM. Juiz de Direito Dr. BRUNO MACHADO MIANO, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Mogi das Cruzes.

Destaque-se que esse reconhecimento, ainda que tardio, decorre da imposição do artigo 116 da Constituição Estadual, que gera direito novo, estruturado pela necessidade de modificação. Trata-se, pois, de dívida reconhecida pelo órgão pagador, de modo que a prescrição não opera em razão da inexistência de vencimento.

Além do mais, não há que se falar em prestações periódicas, pois não se trata de relação jurídica de trato sucessivo, mas, sim, de pagamento de valores reconhecidos como devidos pela Administração, condição que reabre a contagem do prazo prescricional na data da emissão da certidão pela Secretaria Geral de Recursos Humanos, em 08/02/2018, enquanto que a ação foi ajuizada no mês seguinte.

Igualmente descabe a alegação de que autonomia orçamentária do Poder Judiciário retira a responsabilidade da Fazenda Pública Estadual pelo pagamento do débito.

O orçamento do Estado é uno e indivisível, de modo que, embora o Poder Judiciário possua autonomia financeira e administrativa (artigo 99 da Constituição Federal e artigo 55 da Constituição Paulista), a inadimplência de um dos Poderes é atribuída à Fazenda Estadual como um todo (artigos 169, § 5º, inciso I, da Constituição Federal e 174, § 4º, da Constituição Paulista), que é a entidade que controla os cofres públicos no âmbito estadual.

Saliente-se que, sobre o valor devido deve incidir correção monetária a partir da data da expedição da certidão do DEPE e os juros de mora, desde a citação, tal como estipulado na exordial e no julgamento de primeira instância.

Os critérios adotados pelo juízo de primeiro grau ao tratar da correção monetária e dos juros de mora na sentença não merecem censura alguma, devendo ser confirmados.

A título de esclarecimento, assevere-se o seguinte.

No que diz respeito à correção monetária, o E. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Tema nº 905, submetido ao regime de recursos repetitivos, firmou a orientação de que o índice IPCA-E se revela o mais eficiente para a captura do fenômeno inflacionário, assegurando a recomposição do valor da moeda frente ao efeito depreciativo da inflação ao longo do tempo.

Sobre a discussão, provocada sempre pela Fazenda Pública, em torno da definição do período em que é aplicável o IPCA-E como índice de atualização de valores a cujo pagamento ela é condenada, de rigor salientar que não há incompatibilidade alguma entre a tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE pelo E. Supremo Tribunal Federal, Tema nº 810 de Repercussão Geral, relatado pelo eminente Min. LUIZ FUX, em 20/09/2017, e o entendimento adotado pelo E. Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.495.146/MG, Tema nº 905 de Recursos

Acesso ao Sumário

Repetitivos, DJe de 02/03/2018, tendo em vista que este último, na realidade, assume um papel complementar àquele primeiro no mister de esclarecer a questão.

Ocorre que o Tema nº 810 de Repercussão Geral do E. Supremo Tribunal Federal apenas aponta qual o índice a ser adotado na correção monetária:

> (...) 8. A correção monetária deve respeitar a orientação fixada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, pela sistemática dos recursos repetitivos, *de correção monetária com base no IPCA-e* e juros de mora aplicados à caderneta de poupança (REsp nº 1.270.439-PR, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 26/06/2013).[8]

No Tema nº 810 não há definição do período em que o IPCA-E deve ser aplicado.

A resposta para essa questão exsurge da leitura do Tema nº 905 do E. Superior Tribunal de Justiça.

Como estampa o Tema nº 810, a correção monetária deve respeitar a orientação fixada pelo E. Superior Tribunal de Justiça pela sistemática dos recursos repetitivos, que é aquela do julgamento do Recurso Especial nº 1.495.146/MG, Tema nº 905, DJe de 02/03/2018:

> 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

Acesso ao Sumário

8 Fls. 478.

remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico- tributária.

3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral. As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos. As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.

3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas. No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art.1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.

3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante,

Acesso ao Sumário

é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressalvar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto.

Na interpretação que faço dessa decisão, a correção monetária incidente sobre condenação da *Fazenda Pública de natureza administrativa em geral* (item 3.1 acima), tal como ocorre na hipótese dos autos, deve ser calculada: (a) até dezembro de 2002, com uso dos 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, a Taxa Selic; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009, o IPCA-E.

Destarte, o IPCA-E deve ser adotado para atualização de condenação imposta à Fazenda Pública, se o foi posteriormente à vigência da Lei nº 11.960/2009.

Não há mais que se falar em adoção da TR até 25/03/2018 e, somente depois desta, do IPCA-E. Esta tese, que a Fazenda Pública insiste em defender, há tempo vem sendo rechaçada nos Tribunais.

Nesta senda, considerando a sistemática dos precedentes vinculativos exposta nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, a presente decisão segue o parâmetro de juros de mora e de correção monetária que é adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça.

Em suma, o IPCA-E deve ser utilizado no cálculo de correção monetária no que se refere a todo o período considerado.

Anote-se, outrossim, que a disciplina concernente aos consectários legais poderá ser readequada oportunamente, inclusive pela instância de origem, em razão do que vier a ser decidido no plenário do C. Supremo Tribunal Federal, após a apreciação dos embargos declaratórios opostos no *leading case* RE 870.947, aos quais foi atribuído excepcional efeito suspensivo, conforme decisão do relator, o ilustre Min. LUIZ FUX, publicada em 26/09/2018.

Em suma, quando o Tema nº 810 do E. STF estipula que o índice a ser adotado na correção monetária seja o IPCA-E, não especifica sobre que período se dá a sua aplicação, questão cuja resposta exsurge do Tema nº 905 do E. STJ, que complementa o Tema nº 810 do E. STF no esclarecimento sobre a matéria. O IPCA-E deve ser utilizado durante todo o período considerado, afastando-se a aplicação da Lei nº 11.960/2009, que propõe a utilização da TR, e da restrição ao uso do IPCA-E após 25/03/2015.

Acesso ao Sumário

Assim sendo, cumpre proceder na revisão do julgamento de apelação – no qual foi restringida a aplicação da Lei nº 11.960/2009 a partir da formação do precatório – para adequar o julgamento ao entendimento consagrado no julgamento do RE 870.947-SE, Tema nº 810 do E. STF, tese que é complementada pelo disposto no julgamento do RESP nº 1.495.146/MG, Tema nº 905 do E. STJ, no sentido de que o IPCA-E deve ser utilizado no cálculo da correção monetária com relação a todo o período considerado, afastando-se a aplicação da Lei nº 11.960/2009, que propõe a utilização da TR, e da restrição ao uso do IPCA-E somente após 23/05/2015.

Não há desarmonia, nem prevalência entre os Temas nº 810 do E. STF e nº 905 do E. STJ. Eles se complementam.

Entretanto, o julgamento de primeiro grau merece reforma parcial no tocante às contribuições de assistência médica e previdência social dos servidores públicos.

Na liquidação do débito implicado, deverão ser considerados, sim, os descontos relativos ao IAMSPE e ao IPESP, respectivamente, pois, diferentemente do entendimento adotado pela magistrada oficiante na origem, o crédito decorrente do FAM não possui natureza indenizatória, mas remuneratória.

O Fator de Atualização Monetária (FAM) é diferença relativa à correção monetária incidente sobre os vencimentos dos servidores que não foi paga no momento certo. O seu pagamento agora, extemporaneamente e por força de decisão judicial, representa uma recomposição das perdas suportadas pelo funcionário pelo inadimplemento da Administração. É evidente, portanto, que essa verba se caracteriza como componente dos seus vencimentos que deixou de ser pago à época em que se tornou devido. Tendo por causa a mora do Poder Público, o caráter do seu pagamento é nitidamente de complementação da remuneração que deixou de ser paga na sua integralidade.

Não é por outra razão que o item 1.2.3 da Ordem de Serviço nº 01/98 da Coordenadoria da Diretoria de Execução de Precatórios - DEPRE assevera que, quanto aos descontos na fonte para o IPESP e para o IAMSPE, sobre o valor do principal atualizado calculam-se os descontos previdenciários conforme a alíquota vigente à época em que o pagamento foi sonegado, no caso, na base de 6% (seis por cento) para o IPESP e 2% (dois por cento) para o IAMSPE.

Não tendo sido esta matéria abordada nas razões de apelo da Fazenda do Estado, a reforma parcial da sentença nesse aspecto se dá no âmbito do reexame necessário, motivo pelo qual a ele é que se dá parcial provimento, não ao recurso voluntário.

Levando isso em conta, cumpre fixar os honorários recursais devidos pela ré, como dispõe o § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015, diploma sob a égide do qual o apelo foi processado.

Acesso ao Sumário

Normalmente, nos casos de confirmação de sentença via negativa de provimento ao recurso, estabeleço os honorários recursais devidos à parte adversa em percentual equivalente à metade dos honorários sucumbenciais fixados no julgamento de primeiro grau.

Na espécie, entretanto, a sentença é ilíquida, sem definição de percentual de honorários recursais, o que somente ocorrerá na fase de liquidação, nos termos do artigo 85, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil,[9] situação que exige que se empregue outro parâmetro para definir os honorários recursais.

Por essa razão arbitro os honorários recursais em 2 (dois) salários mínimos, levando em consideração o grau de complexidade da causa e o labor desempenhado pelo patrono dos embargantes ao responder ao recurso, com supedâneo no artigo 85, §§ 8º e 11 do Código de Processo Civil.

Considero prequestionada toda a matéria debatida relativa à Constituição Federal e legislação infraconstitucional, restando desnecessária a menção específica a cada um dos dispositivos invocados e pertinentes aos temas em discussão, razão pela qual a oposição de embargos de declaração meramente protelatórios poderá resultar na aplicação das multas previstas no Código de Processo Civil.

Ante o exposto, proponho aos meus pares, por meu voto, que seja *DADO PARCIAL PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA FAZENDA ESTADUAL.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Remessa Necessária nº 1063447-53.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, são apelados FERNANDA RABELO CUNHA LIMA e LEONARDO VIEIRA LIMA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.420)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente), WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI e BURZA NETO.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

BEATRIZ BRAGA, Relatora

Acesso ao Sumário

9 Fls. 397.

Ementa: Mandado de Segurança. ITBI – Base de Cálculo. Sentença que concedeu a segurança para permitir o cálculo do imposto de transmissão com base no valor venal do imóvel utilizado para fins de IPTU. Impossibilidade de utilização do valor de referência (ITBI). Inconstitucionalidade das normas que permitem a estimativa prévia e unilateral do valor venal, reconhecida pelo Órgão Especial deste Tribunal (incidente nº 0056693-19.2014.8.26.0000) (arts. 7º-A e 7º-B da LM 11.154/91).

Cabe à Administração proceder ao previsto no art. 148 do CTN se discordar das declarações prestadas pelo contribuinte. Nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença reexaminada.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo **Município de São Paulo** contra a sentença de fls. 67/74 que, nos autos do mandado de segurança impetrado por **Fernanda Rabelo Cunha Lima** e **Leonardo Vieira Lima** concedeu a segurança para determinar que o ITBI seja recolhido com base no valor venal do IPTU do imóvel.

Sustenta o apelante que a disciplina do tributo consta integralmente da LM 11.154/91 e alterações e, portanto, não há violação ao princípio da legalidade; a nova legislação municipal apenas modificou a forma de recolhimento do ITBI; o IPTU e o ITBI podem ter bases de cálculo distintas (fls. 76/86).

Sem contrarrazões (certidão de fls. 91).

É o relatório.

O recurso não merece provimento e deve ser mantida a sentença reexaminada.

Cinge-se a questão à análise dos critérios para aferição da base de cálculo do ITBI.

O Órgão Especial deste Tribunal de Justiça foi provocado a se manifestar sobre a inconstitucionalidade do art. 7º da Lei 11.154/91, com a redação dada pela lei 14.125/05 e 14.256/06 (no incidente de inconstitucionalidade nº 0056693-19.2014.8.26.0000).

Na ocasião, a arguição foi acolhida com o fim de pronunciar a inconstitucionalidade dos arts. 7º-A e 7º-B da lei acima mencionada, os quais possuem o seguinte teor:

Art. 7º A - A Secretaria Municipal de Finanças tornará públicos os valores venais atualizados dos imóveis inscritos no Cadastro Imobiliário Fiscal

Acesso ao Sumário

do Município de São Paulo.

Parágrafo Único - A Secretaria Municipal de Finanças deverá estabelecer a forma de publicação dos valores venais a que se refere o "caput" deste artigo. (Redação acrescida pela Lei nº 14256/2006)

Art. 7º B - Caso não concorde com a base de cálculo do imposto divulgada pela Secretaria Municipal de Finanças, nos termos de regulamentação própria, o contribuinte poderá requerer avaliação especial do imóvel, apresentando os dados da transação e os fundamentos do pedido, na forma prevista em portaria da Secretaria Municipal de Finanças, que poderá, inclusive, viabilizar a formulação do pedido por meio eletrônico. (Redação acrescida pela Lei nº 14256/2006).

Quanto ao art. 7º, o órgão colegiado concluiu pela sua constitucionalidade. ("Para fins de lançamento do Imposto, a base de cálculo é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, assim considerado o valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado. § 1º. Não serão abatidas do valor venal quaisquer dívidas que onerem o imóvel transmitido. § 2º. Nas cessões de direitos à aquisição, o valor ainda não pago pelo cedente será deduzido da base de cálculo.")

Constou do voto condutor, de início, que a base de cálculo do ITBI não se confunde, necessariamente, com a que serve de parâmetro para o cálculo do IPTU.

Consignou-se que o artigo 38 do Código Tributário Nacional estabelece como base de cálculo do ITBI o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, sendo exatamente nesse mesmo sentido a redação original do artigo 7º da Lei Municipal nº 11.154/91.

A redação do referido artigo foi modificada com a superveniência das Leis Municipais nºs 14.125/2005 e 14.256/2006 para considerar como valor venal o valor de mercado do imóvel, ou seja, o preço pelo qual seria negociado à vista, em condições normais de transação. Consoante o raciocínio esposado no voto condutor, "não se vislumbra nessa disposição legal municipal qualquer afronta ao princípio da legalidade, inserido no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, ou à segurança jurídica, pois a leitura dessa norma conduz à interpretação de que, como regra, a apuração do imposto deve ser feita com base no valor do negócio jurídico realizado, tendo em consideração as declarações prestadas pelo próprio contribuinte, o que, em princípio, espelharia, efetivamente, o real valor de mercado do bem comercializado.

Acesso ao Sumário

E, prosseguindo-se quanto à inconstitucionalidade do art. 7º-A e 7º-B: "Entretanto, para aplicação desse conceito de 'valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado', acrescentou-se à legislação municipal os artigos 7º- A e 7º-B; o primeiro (7º-A) atribuiu à Secretaria Municipal de Finanças a apuração periódica dos valores venais atualizados dos imóveis inseridos em sua base cadastral, mediante a pesquisa e coleta de amostras no mercado imobiliário; e o segundo dispositivo citado

(7º-B), carreou ao contribuinte o dever de impugnar a avaliação prévia assim realizada, caso com ela não concorde.

Na verdade, tais comandos legais padecem dos vícios de inconstitucionalidade alardeados pelo autor, por afronta ao artigo 150, inciso I, da Constituição Federal e ao princípio da segurança jurídica.

Com efeito, o 'valor venal de referência', ao qual faz alusão o preceito do artigo 7º-A da Lei Municipal nº 11.154/91, pode servir ao Município tão somente como parâmetro de verificação da compatibilidade da base de cálculo obtida a partir do preço declarado de venda do imóvel, na transação objeto da exação, com a realidade do mercado imobiliário; não pode se prestar à prévia fixação daquele montante tributável, obrigando o contribuinte ao recolhimento respectivo.

O ente público local, à evidência, não está impedido de criar uma tabela de valores venais de referência, mas não pode impor ao contribuinte sua adoção sistemática para a apuração do tributo devido.

Ademais, segundo a disposição do artigo 7º- B da legislação municipal examinada, o contribuinte deve se submeter à base de cálculo do imposto divulgada pela Secretaria Municipal de Finanças, facultada a possibilidade de impugnação, com o requerimento de avaliação especial do imóvel, o que claramente desconsidera princípios estabelecidos no Código Tributário Nacional.

É de se considerar aqui o teor da manifestação do próprio Município de São Paulo, na qual perfeitamente destacado 'que o ITBI é imposto sujeito a lançamento por homologação, assim entendido aquele 'que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa', e que 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' (Código Tributário Nacional, art. 150)' (v. fl. 428).

Nessa linha, em relação ao ITBI cabe ao próprio contribuinte declarar a base de cálculo e antecipar o recolhimento do imposto, restando ao poder tributante, posteriormente, examinar a operação, homologando-a ou não.

É de se ressaltar, portanto, que, por ocasião do registro das escrituras públicas de compra e venda, não poderá ser exigido o recolhimento do ITBI segundo um valor venal de referência; nessa oportunidade, o contribuinte deverá proceder ao recolhimento do imposto apurado com base no valor do negócio jurídico tributado, cabendo à Administração lançar mão do procedimento previsto no artigo 148 do Código Tributário Nacional, caso discorde das declarações prestadas pelo sujeito passivo. (*grifo nosso*).

Conforme já esposado em julgamento de caso análogo: "Referida decisão ratifica o entendimento de que, embora os critérios de apuração de base de cálculo agora estejam fundados em lei, o fato é que as Leis Municipais n. 14.125 e 14.256/06, que alteraram em parte a redação da Lei 11.154/91, não definem critérios para a obtenção de valor venal, atribuindo tal valor a ato do

Acesso ao Sumário

Executivo que antecede o próprio negócio imobiliário, em afronta, novamente, à legalidade tributária, conforme se depreende nos artigos introduzidos pelo novel diploma legal (art. 7-A e 7-B).”[1]

Em suma, observado em especial o decidido pelo órgão colegiado deste Tribunal no incidente de inconstitucionalidade acima exposto, o ITBI deve ser calculado com base no valor venal para fins de IPTU ou no da transação, o que for maior, cabendo à Administração proceder ao previsto no art. 148 do CTN se discordar das declarações prestadas pelo contribuinte.

Nesse sentido, ainda o voto condutor: “O arbitramento administrativo do valor da exação, destarte, é providência excepcional e tem lugar apenas na hipótese de ser constatada eventual incorreção ou falsidade na documentação comprobatória do negócio jurídico tributável, dependendo sempre da prévia instauração do competente procedimento administrativo, na forma do art. 148 do Código Tributário Nacional. (...) Ora, no regime de tributação definido no Código Tributário Nacional, o ITBI está sujeito então ao lançamento por homologação, no qual o contribuinte declara o valor da operação que sofrerá a incidência; o arbitramento administrativo do imposto devido pode ser excepcionalmente justificado, mas desde que precedido da instauração de procedimento administrativo fiscal, na forma do artigo 148 do Código Tributário Nacional, no qual assegurado ao interessado o pleno exercício da ampla defesa; assim, não é lícito ao sujeito ativo definir previamente a base de cálculo da exação, atribuindo ao contribuinte a obrigação de impugná-la, característica dos impostos submetidos ao lançamento de ofício.”

Este Tribunal já tem entendimento consolidado no sentido de que o valor venal do ITBI será o adotado pela autoridade Fazendária da qual o contribuinte tem prévio conhecimento, ou o valor da transação, se maior.

Nesse sentido:

“APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI – Município de São Paulo – Discussão acerca da correta base de cálculo do referido imposto – Majoração indevida, por meio de Decretos, da base de cálculo fixada na Lei Municipal nº 11.154/91 – Base de cálculo que deve corresponder ao valor venal do imóvel ou ao valor da transação, prevalecendo o que for maior – Ilegalidade da apuração do valor venal com base no valor de referência – Inconstitucionalidade dos artigos 7º-A e 7º-B da Lei Municipal n.º 11.154/1991 reconhecida pelo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal, os quais permitem a estimativa prévia e unilateral do valor e invertem a ordem do artigo 148 do CTN – Manutenção da r. sentença de primeiro grau que se impõe – Recursos ex officio e voluntário desprovidos”[2].

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso, com a manutenção da sentença reexaminada.**

1 Mandado de segurança nº 1021981-21.2014.8.25.0053. Des. Ricardo Chimenti.

2 TJSP; Apelação/Remessa Necessária 1006951-04.2018.8.26.0053; Relator (a): Wanderley José Federighi; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 4ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/10/2018; Data de Registro: 30/10/2018.

Embargos de Declaração

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1003135-77.2017.8.26.0302/50000, da Comarca de Jaú, em que é embargante MARIA APARECIDA OLIVEIRA PALMA, é embargado CHEFE DO POSTO FISCAL DE JAÚ (SECRETARIA DE ESTADO DOS NEGÓCIOS DA FAZENDA).

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 da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 19.793)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES e RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 8 de março de 2019.

ANA LIARTE, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Erro material – Verificado – Retificação do resultado do julgado na tira de julgamento – Embargos acolhidos, sem efeito modificativo.

VOTO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos por MARIA APARECIDA OLIVEIRA PALMA contra Acórdão que deu provimento ao deu provimento ao recurso de Apelação interposto pela ora Embargante, reformando-se a sentença, para conceder isenção de IPVA em relação ao veículo marca Chevrolet/Prisma, placa BWY2510 (fl. 31).

A Embargante alega a existência de erro material no julgado, uma vez que constou na tira de julgamento "Negaram provimento ao recurso", porém a ementa, a fundamentação e o dispositivo expressam o provimento do recurso.

É o relatório.

Recebam-se os embargos, porque tempestivos, acolhendo-os.

De fato, há de se reconhecer a ocorrência de erro material na confecção da tira de julgamento (fl. 213), ao constar "Negaram provimento ao recurso", quando o correto seria "Deram provimento ao recurso", julgando-se procedente

Acesso ao Sumário

o pedido de isenção de IPVA em relação ao veículo marca Chevrolet/Prisma, placa BWY2510.

Por essa razão, a tira de julgamento deve ser retificada para que passe a constar "Deram provimento ao recurso".

Ante o exposto, ACOLHAM-SE os Embargos para que seja corrigido o erro material, nos termos acima descritos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1017925-03.2018.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ESTADO DE SÃO PAULO, é embargado ANATOMIC COMÉRCIO E ASSISTÊNCIA TÉCNICA DE EQUIPAMENTOS HOSPITALARES E EDUCACIONAIS LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Rejeitaram os embargos, com imposição de multa. V.U., de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.814)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO e CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI.

São Paulo, 8 de abril de 2019.

VERA ANGRISANI, Relatora

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Suposta ocorrência de omissão. Vícios do art. 1.022 do CPC inexistentes. Intuito unicamente infringente e protelatório. Embargos conhecidos e rejeitados, com imposição de multa.

VOTO

I) Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO** ao v. acórdão de fls. 149/154, que negou provimento ao apelo por ela interposto. A questão, na origem, envolvia o excesso dos juros previstos no PEP do ICMS em vista da inconstitucionalidade da Lei n.º 13.918/09 e a possibilidade da discussão dessa cláusula, bem como a abusividade da multa punitiva.

Afirma a FESP que o julgado não contém manifestação acerca de várias

normas que fundamentaram sua defesa, notadamente os arts. 5º, *caput* e inciso II, 24, I e §§1º a 4º e 155, II, todos da Constituição Federal; arts. 111 e 161, §1º do CTN, sendo que a oposição tem ainda a finalidade de prequestionar a matéria.

Este é o relatório.

II) A pretensão da embargante comporta conhecimento mas não acolhimento, pois o Acórdão em referência não padece de nenhum dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC. Além disso, a garantia do prequestionamento já está bem centralizada na matéria posta em julgamento.

Não há qualquer omissão. O Colegiado foi bem claro ao expor, com base inclusive em julgamento da Corte Superior submetido ao rito dos recursos repetitivos, as razões pelas quais se admite a discussão da cláusula do PEP relativa aos juros e as que justificam o afastamento da Lei n.º 13.918/09 (fls. 152/154), destacando ainda a norma impositiva expressa no art. 927, V, do CPC, que determina a observância das decisões do Órgão Especial desta E. Corte.

Resta evidente que a embargante pretende a reforma do acórdão por considerá-lo incorreto e contrário à sua tese, e não por ser omisso. Para tanto, porém, devem valer-se dos recursos adequados, que não são os embargos de declaração.

E ao insistir na mera reforma alegando omissão inexistente e ignorando os precedentes mencionados, deixa clara a intenção de procrastinar o deslinde da controvérsia, pelo que se aplica, com amparo no art. 1.026, §2º, do citado *Codex*, multa de 2% sobre o valor atualizado da causa.

Isto posto, **conhecem-se** e **rejeitam-se** os embargos, com imposição de multa na forma acima especificada.

Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2265023-45.2018.8.26.0000, da Comarca de Taubaté, em que é requerente MAÍRA MUNIZ BARRETO FIGUEIREDO, é requerido MUNICÍPIO DE TAUBATÉ.

ACORDAM, em Turma Especial - Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria de votos, não foi admitido o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Vencido o Relator, que

declarará voto e foi acompanhado pelos Desembargadores Torres de Carvalho e Paulo Gatti. Acórdão com a Desembargadora Flora Maria Nesi Tossi Silva, que abriu a divergência e foi acompanhada pelos Desembargadores Sidney Romano dos Reis, Fermino Magnani Filho, Décio Notarangeli, Jarbas Gomes, Encinas Manfré, Luciana Bresciani, Aliende Ribeiro, Luiz Sérgio Fernandes de Souza e Bandeira Lins.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.665)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, vencedor, EDSON FERREIRA, vencido, FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente), TORRES DE CARVALHO, SIDNEY ROMANO DOS REIS, FERMINO MAGNANI FILHO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, ENCINAS MANFRÉ, PAULO BARCELLOS GATTI, LUCIANA BRESCIANI, ALIENDE RIBEIRO, LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA e BANDEIRA LINS.

São Paulo, 22 de fevereiro de 2019.

FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA, Relatora Designada

Ementa: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.

FASE DE ADMISSIBILIDADE. Pretensão à fixação de tese jurídica referente à questão que envolve ocupantes dos cargos de enfermeiro, técnico de enfermagem e farmacêutico, que ingressaram nos quadros da Municipalidade de Taubaté através do concurso 03/2011, que previa carga horária de 30 horas semanais para estes cargos, entretanto, com a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 218/2010 (que alterava a carga horária dos mencionados cargos para 30 horas semanais), à vista do acolhimento da ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0189012-82.2013.8.26.0000, a carga horária de trabalho dos mencionados servidores passou a ser a de 40 horas semanais, sem que lhes fosse conferida vantagem pecuniária adicional, proporcional ao aumento das horas de trabalho, levando-se em conta o piso salarial da categoria.

Não preenchimento do requisito de "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica", previstos no art. 976, incisos I e II do CPC/2015.

Acesso ao Sumário

INCIDENTE NÃO ADMITIDO.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) suscitado nos termos do art. 976 e art. 977, I, ambos do Código de Processo Civil de 2015, a fim de que seja fixada tese jurídica acerca da perda de vencimentos pela alteração de jornada de trabalho de trinta para quarenta horas semanais, em relação a servidores aprovados no concurso público iniciado pelo Edital nº 03/2011, da Municipalidade de Taubaté, para os cargos de técnico de enfermagem, enfermeiro e farmacêutico. Referida mudança da carga horária foi ocasionada pela declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 218/2010 (que alterava a carga horária dos mencionados cargos para 30 horas semanais), por vício de iniciativa, à vista do acolhimento da ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0189012-82.2013.8.26.0000.

Adoto, no mais, o relatório do Exmo. Des. Relator, Edson Ferreira:

Trata-se de incidente de resolução de demanda repetitivas, oriundo do processo nº 1006557-61.8.26.0625, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Taubaté, pendente de julgamento da 8ª Câmara de Direito Público, sobre perda de vencimentos pela alteração de jornada de trabalho de trinta para quarenta horas semanais, contra a qual se voltam inúmeras ações, sendo apreciadas por este Tribunal de forma diversa, e que a repetição de controvérsia sobre a mesma questão de direito oferece risco à isonomia e à segurança jurídica.

A suscitante alega que os servidores que foram aprovados no concurso público iniciado pelo Edital nº 03/2011, para os cargos de técnico de enfermagem, enfermeiro e farmacêutico, tiveram a remuneração fixada para uma jornada de trabalho equivalente a trinta horas semanais, alterada para quarenta horas semanais em virtude do acolhimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0189012-82.2013.8.26.000, proposta pelo Prefeito Municipal de Taubaté, com efeitos ex tunc, para declarar inconstitucional a Lei Complementar Municipal nº 218/2010, por vício de iniciativa, retornando às quarenta horas semanais originais; que não se pretende aumento de remuneração do servidor ou indenização por horas extras, mas o piso salarial proporcional e correspondente aos termos lançados no edital ao qual se submeteu e tomou posse; não pode a administração pública alterar a carga horária de trabalho do servidor sem lhe conferir equivalência salarial; questão objeto do Tema 514 de Repercussão Geral, Recurso Extraordinário com Agravo nº 660.010, em que foi fixada a seguinte tese: "a ampliação de jornada sem alteração da remuneração do servidor viola a regra da irredutibilidade de vencimentos".

Postula a suscitante a instauração de IRDR e a fixação de tese jurídica em

Acesso ao Sumário

caráter normativo de que o aumento da jornada de trabalho pela administração pública acarreta aumento proporcional dos vencimentos.

No caso, demonstrou a suscitante a existência de quarenta e três processos sobre o mesmo tema, relação de fls. 14, com julgamento em segunda instância em apenas quatro processos, dois que tramitaram pelo Juizado Especial Cível, processos nº 1004801-85.2015.8.26.0625 e 1012103-97.2017.8.26.0625, e dois pela Vara da Fazenda Pública da comarca de Taubaté, processos nº 1006570-60.2017.8.26.0625 e 1006555-91.2017.8.26.0625. Os demais processos relacionados ou aguardam julgamento das 8ª, 11ª e 12ª Câmaras de Direito Público desta Corte ou se encontram em fase de recurso em primeiro grau ou ainda nem foram sentenciados, como indicavam os registros eletrônicos desta Corte em 13-12-2018.

Respeitado o entendimento exarado no voto do Eminente Desembargador Relator sorteado, Exmo. Sr. Dr. EDSON FERREIRA, ouso **divergir** do ínclito Desembargador assim como da douta minoria da turma julgadora, pelos motivos a seguir indicados.

Os artigos 32 e 192, do Regimento Interno do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, estabelecem que:

"Art. 32. Compete às Turmas Especiais:

I - a uniformização da jurisprudência, por súmulas ou por incidentes de resolução de demandas repetitivas referentes à matéria de competência exclusiva de sua Seção;

[...]

Art. 192. O procedimento de cada tipo de uniformização de jurisprudência seguirá as prescrições legais e regimentais específicas, podendo cada órgão julgador, nos limites de sua competência, suprir as eventuais lacunas.

[...]

§ 3º - Os incidentes de resolução de demandas repetitivas, instaurados, processados e julgados conforme as normas do CPC (arts. 976 e 987), no Órgão Especial ou nas Turmas Especiais, conforme as normas regimentais, também observarão as seguintes regras procedimentais:

I - Protocolizado o pedido de instauração do incidente dirigido ao Presidente do Tribunal, será, imediatamente, distribuído ao órgão competente e encaminhado ao relator, que o encaminhará à Mesa para o juízo de admissibilidade pela Turma Julgadora (art. 191, §2º, I);"

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) constitui inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, a fim de colocar em prática o preconizado pelo art. 926 desse novo diploma processual: o dever

Acesso ao Sumário

de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Conforme esclarece MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES:

> *"A finalidade do instituto é assegurar um julgamento único da questão jurídica que seja objeto de demandas repetitivas, com eficácia vinculante sobre os processos em curso. Pressupõe, portanto, múltiplas demandas envolvendo a mesma questão de direito. O novo incidente vem tornar mais efetivos os princípios da isonomia e da segurança jurídica, assegurando um julgamento uniforme da questão jurídica que é objeto de processos distintos."* (Novo Curso de Direito Processual Civil, 9ª ed., vol. 3, Ed. Saraiva, p. 241).

Segundo se extrai da análise dos dispositivos que regulam esse incidente no Código de Processo Civil de 2015 (arts. 976 a 987), podem ser mencionados os seguintes requisitos para sua admissibilidade, os quais devem **ocorrer simultaneamente** (art. 976, I e II):

1) efetiva repetição de processos;

2) existência de controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e

3) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

4) inexistência de recurso já afetado para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva em um dos tribunais superiores (art. 976, §4º) e

5) pendência de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária do Tribunal, em relação à causa principal que originar o incidente (art. 978, parágrafo único).

Com relação ao **primeiro requisito**, qual seja, a "*efetiva repetição de processos*", importa registrar que, embora o conceito de "repetição" aí contido seja indeterminado, pressupõe-se a existência de vários processos e de decisões conflitantes, o que faz este requisito relacionar-se com o segundo e o terceiro requisitos acima mencionados. Ademais, o incidente acaba por ter uma função repressiva de controvérsias jurisprudenciais existentes, e não preventiva. Acerca do tema, Humberto Theodoro Júnior[1] explica:

> *"(...) Exige o NCPC que seja atual a efetiva pluralidade de processos, com decisões díspares acerca da interpretação da mesma norma jurídica. O incidente, em outros termos, não foi concebido para exercer uma função preventiva, mas repressiva de controvérsias jurisprudenciais existentes.*
>
> *Correta a advertência de que a lei não exige o estabelecimento do caos interpretativo entre milhares de causas. Basta que haja "repetição de processos" em número razoável para, diante da disparidade de*

1 *Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. V. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 914.

entendimentos, ficar autorizado o juízo de "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica". Naturalmente, para que semelhante juízo ocorra é mister a existência de vários processos e de decisões conflitantes, quanto à aplicação da mesma norma."

A seu turno, o Enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) também esclarece essa questão:

"A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica."

No que tange ao **segundo requisito**, ou seja, à existência de controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, pode-se compreender pela situação de mera interpretação da norma, podendo ser aplicada a qualquer situação fática análoga que se apresente em juízo.

Já quanto ao **terceiro requisito**, o do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, vale observar que o IRDR poderá ser instaurado quando houver divergência de entendimentos, que leve a soluções díspares para casos idênticos.

No que diz respeito ao **quarto requisito**, não poderá haver recurso já afetado para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva em um dos tribunais superiores, pois, nesse caso, já estará em curso remédio processual para a resolução da tese, e a decisão simultânea da questão poderia representar desperdício da atividade jurisdicional e também o risco de soluções conflitantes.

Por fim, no que concerne ao **quinto requisito** (pendência de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária do Tribunal, em relação à causa principal que originar o incidente), conquanto haja entendimento de que "*a instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal"* (Enunciado nº 22 da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), filio-me à corrente que entende que *"a instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal"* (Enunciado nº 344 do FPPC). Isso porque o art. 978, parágrafo único, é expresso em dispor que o mesmo órgão que julgará o IRDR e fixará a tese jurídica, *"julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente*". Assim, pressupõe-se a pendência de julgamento da matéria no caso concreto, no tribunal, para adequada aplicação das regras pertinentes ao incidente.

Na análise do presente caso concreto, contudo, <u>não se verifica a presença do terceiro requisito, acima apontado, qual seja, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica</u>.

Acesso ao Sumário

Com efeito, no caso em tela, o pedido de uniformização de jurisprudência formulado pela autora visa à pacificação do entendimento atinente à questão da alteração da carga horária de trabalho dos servidores públicos municipais aprovados no Concurso do Edital nº 03/2011, ocupantes dos cargos de técnico de enfermagem, enfermeiro e farmacêutico, da Municipalidade de Taubaté, sem que lhes fosse conferida a respectiva correspondência salarial, levando-se em conta o piso salarial das categorias.

Consoante diligência realizada no Portal da Transparência do "site" do Município de Taubaté (endereço eletrônico constante do texto original), acesso em 19.02.2019, foi possível constatar que a Secretaria Municipal de Saúde conta, atualmente, com 172 servidores lotados nos cargos de técnico de enfermagem, enfermeiro e farmacêutico, sendo 60 enfermeiros, 06 farmacêuticos e 106 técnicos de enfermagem. Há, ainda, 01 técnico de enfermagem lotado na Secretaria de Desenvolvimento e Inclusão Social.

Dos 173 servidores públicos mencionados, ao menos 62 deles ingressaram nos quadros da Municipalidade por concurso **anterior** ao do Edital nº 03/2011, isto é, foram admitidos em anos anteriores a 2011, não se aplicando a estes, portanto, a legislação discutida nestes autos.

Ainda, não se sabe ao certo quantos dos servidores admitidos a partir de 2011 ingressaram por meio do concurso do edital nº 03/2011, mas presume-se ser número igual ou inferior a 110.

Por outro lado, a suscitante demonstrou a existência de tão somente 43 processos sobre o mesmo tema (isto computado os que tramitam pelo rito comum e pelo rito do juizado especial da fazenda pública).

Respeitado douto posicionamento contrário, entendo que num universo de aproximadamente 110 servidores municipais, e diante da existência de menos da metade deste número de ações ajuizadas (43), **não se vislumbra o risco à isonomia e à segurança jurídica.**

Isto porque, a divergência de entendimentos deste E. TJSP em relação à questão estritamente local, referente a três cargos dos quadros da Secretaria Municipal da Saúde de Taubaté, não possui efetiva repercussão nos campos do comprometimento da estabilidade e da confiança das estruturas judiciais.

Nesse passo, a divergência de entendimentos demonstrada nos julgados colacionados pela parte não enseja a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, mormente porque, está-se diante de divergência tida como normal diante da possibilidade de que a mesma controvérsia de direito seja solucionada pelo Magistrado de acordo com sua livre convicção motivada. Aliás, acrescente-se que as divergências existem, são naturais e necessárias até mesmo para sedimentação do posicionamento. Não é possível que haja a

Acesso ao Sumário

instauração de IRDR, que possui dilatado contraditório (art. 985 e art. 984, do CPC), ampla divulgação e publicidade (art. 979, do CPC) e graves efeitos gerais vinculantes (985, do CPC), em situação que possui campo de incidência restrita, que envolve discussão jurídica de reduzido impacto jurídico-social.

No sentido aqui defendido por esta subscritora, colaciono, por oportuno, trecho de v. acórdão, proferido por maioria de votos, de relatoria do Exmo. Desembargador Vicente de Abreu Amadei, nos autos do IRDR nº 2018337-13.2017.8.26.0000, j. em 28.04.2017, pela Colenda Turma Especial da Seção de Direito Público, em que se discutia a possibilidade ou não de incidência de adicional de periculosidade sobre horas extras dos Guardas Municipais de Indaiatuba – o qual restou inadmitido, por maioria de votos, em razão do ***"Universo restrito de demandas similares, atingindo apenas determinada categoria de servidores municipais, em campo de singular vantagem remuneratória, atrelada à jornada extraordinária de trabalho":***

> *"[...] O objeto da lide, pelo que se infere da demanda, é a condenação da municipalidade-ré, em favor do servidor-autor, guarda municipal, ao pagamento de "adicional de periculosidade sobre as horas extraordinárias"".*
>
> ***Assim, respeitado o entendimento diverso, a discussão é restrita ao universo da categoria dos guardas municipais de Indaiatuba e, daí, nada obstante os vários feitos noticiados, com resultados de julgamentos divergentes, a questão é daquelas em que há projeção de relevante impacto ou de expressivo significado, a justificar a pesada via do IRDR, no foco da fixação de tese jurídica vinculante.***
>
> *Não se olvide que o IRDR é novo paradigma de uniformização de jurisprudência (agora, não no molde dos arts. 476 a 479 do CPC-73, mas como diretriz imposta aos tribunais no art. 926 do novo CPC, e como gênero de diversos instrumentos processuais concebidos neste fim), de grave, forte e amplos efeitos, ante seu fim de fixação de tese jurídica vinculante, ou seja, enunciados de tese jurídica com eficácia obrigatória (art. 927, III, V, e 985 do novo CPC) e vinculação a "todos os juízes e órgãos fracionários" (art. 974, §3º, do novo CPC), controláveis via reclamação (art. 985, §1º, 988, IV, do novo CPC).*
>
> ***Logo, não são questões pontuais, transitórias, de impacto concentrado em algumas demandas similares que devem ser automaticamente qualificadas como multiplicidade de demandas justificadoras do IRDR.***
>
> *Por isso se afirma que é "normal haver diferentes soluções para a mesma questão de direito" e, daí, em sede de IRDR, para se vislumbrar risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (artigo 976, II, do CPC), "a controvérsia precisaria ser relevante a ponto de comprometer a estabilidade e a confiança das estruturas judiciais": em resumo, se "a*

Acesso ao Sumário

questão levantada (...) não possui o predicado de abalar a segurança jurídica, já que a divergência apontada é tida como normal, sem a relevância necessária para deflagrar a instauração do incidente", não está superado o seu pressuposto de admissibilidade (IRDR nº 2256477-69.2016.8.26.0000, rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 10/02/2017).

Qualificando-se, então, a questão em foco – pertinente à inclusão, ou não, do valor das horas extraordinárias na base de cálculo do adicional de periculosidade dos guardas municipais de Indaiatuba –, como de ***campo de incidência restrito, abarcando discussão jurídica de reduzido impacto jurídico-social, sem projeção alguma para além do limitado marco funcional (exclusivo da categoria dos guardas municipais de Indaiatuba na definição de base de cálculo de adicional remuneratório), entende-se que ela não comunga com o fim do IRDR, de dilatado contraditório (arts. 983 e 984 do CPC), ampla divulgação e publicidade (art. 979 do CPC), e graves efeitos gerais vinculantes (art. 985 do CPC). Está, enfim, fora da teleologia do referido incidente.***

Nem se diga, ainda, que a mera existência de divergência nos julgados desta Seção de Direito Público seja suficiente para justificar a admissibilidade deste IRDR, ante a necessidade de pacificar a jurisprudência da Corte. Isso, porque, neste Tribunal de Justiça, no quadro maior das ferramentas de uniformização de jurisprudência, o IRDR não é o único instrumento de pacificação da jurisprudência divergente, destacando-se que, além dele (art. 976 do CPC) e do IAC de composição de divergência (art. 947, §4º, do CPC) incidentes de dilatado contraditório e pesados efeitos vinculantes, há, inclusive para situações de menor intensidade ou impacto, como prevê o Regimento Interno desta Corte de Justiça (com lastro no art. 926, §1º c.c. o art. 927, §4º, ambos do CPC), a via dos enunciados de jurisprudência pacificada (bem diversa daquelas geradoras de enunciados de tese jurídica fixadas em IRDR e IAC) (cf. arts. 32, I, 126, II, d, 190, caput, 191 e 192, §2º, todos do RITJSP), de maior celeridade, menor complexidade e despida de efeitos vinculantes, mas que bem pode se adequar para as situações de divergência de menor relevância." (negritei e grifei).

Adoto integralmente o posicionamento externado no v. acórdão de Relatoria do Exmo. Des. Vicente Amadei, nos autos do IRDR acima apontado, considerando que reputo que a questão se amolda como uma luva ao caso em tela.

Destarte, em que pese a inquestionável divergência apresentada, é certo que os requisitos para admissibilidade do IRDR devem ser preenchidos de forma cumulativa, o que não ocorre no presente caso, haja vista que não há risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, dada a reduzida área de contato da matéria que se debate nestes autos.

Acesso ao Sumário

Em razão de todo o apresentado, ausentes, portanto, o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, é incabível, no caso em tela, a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Diante do exposto, pelo meu voto, NÃO ADMITO o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, pelos motivos acima explicitados.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 33.845)

Trata-se de incidente de resolução de demanda repetitivas, oriundo do processo nº 1006557-61.8.26.0625, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Taubaté, pendente de julgamento da 8ª Câmara de Direito Público, sobre perda de vencimentos pela alteração de jornada de trabalho de trinta para quarenta horas semanais, contra a qual se voltam inúmeras ações, sendo apreciadas por este Tribunal de forma diversa, e que a repetição de controvérsia sobre a mesma questão de direito oferece risco à isonomia e à segurança jurídica.

A suscitante alega que os servidores que foram aprovados no concurso público iniciado pelo Edital nº 03/2011, para os cargos de técnico de enfermagem, enfermeiro e farmacêutico, tiveram a remuneração fixada para uma jornada de trabalho equivalente a trinta horas semanais, alterada para quarenta horas semanais em virtude do acolhimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0189012-82.2013.8.26.000, proposta pelo Prefeito Municipal de Taubaté, com efeitos *ex tunc*, para declarar inconstitucional a Lei Complementar Municipal nº 218/2010, por vício de iniciativa, retornando às quarenta horas semanais originais; que não se pretende aumento de remuneração do servidor ou indenização por horas extras, mas o piso salarial proporcional e correspondente aos termos lançados no edital do concurso ao qual se submeteu e tomou posse.

Ainda, que a Administração Pública não pode alterar a carga horária de trabalho do servidor sem lhe conferir equivalência salarial; que a questão é objeto do Tema 514 de Repercussão Geral, Recurso Extraordinário com Agravo nº 660.010, em que foi fixada a seguinte tese: "*a ampliação de jornada sem alteração da remuneração do servidor viola a regra da irredutibilidade de vencimentos*".

Postula a suscitante a instauração de IRDR e a fixação de tese jurídica em caráter normativo de que o aumento da jornada de trabalho pela administração pública acarreta aumento proporcional dos vencimentos.

No caso, demonstrou a suscitante a existência de quarenta e três processos sobre o mesmo tema, relação de fls. 14, com julgamento em segunda instância em apenas quatro processos, dois que tramitaram pelo Juizado Especial Cível, processos nº 1004801-85.2015.8.26.0625 e 1012103- 97.2017.8.26.0625, e dois

Acesso ao Sumário

pela Vara da Fazenda Pública da comarca de Taubaté, processos nº 1006570-60.2017.8.26.0625 e 1006555-91.2017.8.26.0625.

Os demais processos relacionados ou aguardam julgamento das 8ª, 11ª e 12ª Câmaras de Direito Público desta Corte ou se encontram em fase de recurso em primeiro grau ou ainda nem foram sentenciados, como indicavam os registros eletrônicos desta Corte em 13-12-2018.

Foram no seguinte sentido as decisões do Colégio Recursal de Taubaté, nos processos nº 1004801-85.2015.8.26.0625 e 1012103- 97.2017.8.26.0625, julgados, respectivamente, em 18-05-2018 e 29-10-2018:

Recurso Inominado. Funcionário Público. Majoração da jornada de trabalho sem alteração da respectiva remuneração. Sentença que condenou o município a pagar a diferença salarial mantida pelos próprios fundamentos. Recurso improvido. Honorários fixados em 10% do valor da condenação.

JUIZADO ESPECIAL. RECURSO INOMINADO NÃO PROVIDO. Técnico(a) em enfermagem. Cobrança de diferença entre horas pagas e horas efetivamente trabalhadas. 30 horas x 40 horas. Leis Complementares nº 218/10 e nº 297/12, modificantes em parte da Lei Complementar nº 01/90, que tiveram seus efeitos repristinados pelo Órgão Especial do TJSP em julgamento de procedência, com efeito 'ex tunc', da ADIN n. 0189012-82.2013.8.26.0000, por vício de iniciativa parlamentar.

Prevalência/permanência das 40 horas semanais originais de jornada de trabalho. Funcionários municipais ingressos antes da redução de 40 horas para 30 horas com remuneração ("vencimento base") igual a da parte requerente que ingressou trabalhando 30 horas e passou a 40horas. Ausência de redução da remuneração dos antigos servidores que trabalhavam 40 horas e passaram para 30 horas com o advento das Leis Complementares mais tarde reconhecidas inconstitucionais. Falta de qualquer referência nos autos sobre tais divergências salariais e de prova documental em sentido contrário, cujo obrigação era do polo ativo, sem inversão. Acolhimento do pedido inicial que geraria desigualdade salarial atual entre a mesma classe profissional de técnico de enfermagem, em regime de trabalho idêntico, baseada apenas na mera data do concurso de ingresso realizado sob vigência de leis inconstitucionais (a parte requerente ganharia mais que seus pares, aliás, mais antigos, trabalhando as mesmas 40 horas, sem fator discriminante legítimo), bem como, desproporcionalidade financeira em relação às outras carreiras profissionais municipais, inclusive, exigentes de nível superior e especificidades ímpares. Inaplicabilidade, por tabela, do TEMA 514/STF (regime de repercussão geral) por não se tratar absolutamente da mesma situação fático-jurídica e envolver o caso a situação anômala da inconstitucionalidade. Sentença de improcedência mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. Desnecessidade de repetição

Acesso ao Sumário

de suficientes e adequados fundamentos monocráticos. Inteligência do art. 46 da Lei n. 9.099/95 e do art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, além de inúmeros precedentes do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

E, respectivamente, das 9ª Câmara de Direito Público, de 12-11-2018, Apelação nº 1006555-91.2017.8.26.0625 e 7ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 1006570-60.2017.8.26.0625, de 12-11-2018:

AÇÃO ORDINÁRIA. Servidora Pública Municipal (Enfermeira). Pretensão ao recebimento da diferença entre horas pagas e efetivamente trabalhadas. Inadmissibilidade. O C. Órgão Especial na ADIN nº 0189012-82.2013.8.26.0000 reconheceu a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 218/10 que previa redução da jornada de trabalho para 30 horas semanais. Retorno para a jornada de 40 horas semanais, portanto não configuradas horas extraordinárias. Atos praticados sob a égide de lei declarada inconstitucional são tidos como nulos. Precedentes desta Corte. Inaplicabilidade do Tema 514, do STF Improcedência da ação mantida. Honorários recursais ora fixados. Recurso não provido.

Apelação. Servidor público do Município de Taubaté. Jornada diferenciada de 30h determinada por lei declarada inconstitucional.

Repristinação para a regra geral que prevê 40h. Aumento proporcional de vencimentos devido. Prescrição de fundo de direito afastada. Prescrição de 5 anos aplicável na espécie. Recurso provido.

Embora a questão envolva um número ainda relativamente pequeno de processos, pouco mais de quarenta, representando o universo de servidores aprovados em um mesmo concurso público para três cargos, de técnico de enfermagem, enfermeiro e farmacêutico, entendo que as determinações para os tribunais uniformizarem sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, Código de Processo Civil atual, artigo 926, e de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas em caso de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, idem, artigo 976, implica direito da parte de reclamar solução uniforme para casos idênticos.

Seriam somente 43 processos em andamento sobre o tema, mas com duas diferentes instâncias recursais, o Colégio Recursal para os processos em tramitação no Juizado Especial e esta Corte para os processos em tramitação em juízo comum.

Ademais, soluções diferentes para esses casos terá a inconveniente implicação de diferença remuneratória para servidores em idêntica situação.

Anoto que essa questão, de jornada de trabalho indicada no edital do

Acesso ao Sumário

concurso, com base em lei municipal depois declarada inconstitucional por esta Corte, acolhendo ação direta de inconstitucionalidade, por vício de iniciativa, não se ajusta bem ao quanto decidido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 30 de outubro de 2014, relator Ministro Dias Tóffoli, no Tema 514 de Repercussão Geral, ARE 660010/PR:

7. Reafirmada a jurisprudência da Corte e fixadas as seguintes teses jurídicas: i) a ampliação de jornada de trabalho sem alteração da remuneração do servidor consiste em violação da regra constitucional da irredutibilidade de vencimentos; ii) no caso concreto, o § 1º do art. 1º do Decreto estadual nº 4.345, de 14 de fevereiro de 2005, do Estado do Paraná ***não se aplica aos servidores elencados em seu caput que, antes de sua edição, estavam legitimamente submetidos a carga horária semanal inferior a quarenta horas.***

A hipótese aqui se diferencia, sobretudo, pelo emprego do advérbio "legitimamente", significando que a jornada anterior era legítima, conforme com o sistema jurídico em vigor, sendo depois ampliada por decreto, sem proporcional aumento de vencimentos, enquanto aqui se trata de jornada "ilegítima", *ab initio*, porque baseada em lei depois declarada inconstitucional e cuja invalidade remete para a jornada maior da legislação anterior, que a lei, porque inconstitucional, não teve eficácia para revogar.

Assim, *ad referendum* dessa Colenda Turma Especial, determinei a suspensão do julgamento desses processos relacionados pela autora, comunicando-se aos órgãos julgadores, a 8ª Câmara em especial porque diz respeito a este processo.

Votei pela admissão do incidente, mas a douta maioria considerou a expressão numérica das causas insuficiente para tanto.

EDSON FERREIRA DA SILVA, Desembargador, Relator Sorteado vencido

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2238404-78.2018.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é impetrante R. C. G., é impetrada E. S. D. R. DA 1 C. DE D. P. DO T. DE J. DE S. P.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6º Grupo de Direito Público 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 33.960)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente), SOUZA MEIRELLES, ANTONIO TADEU OTTONI, SOUZA NERY, OSVALDO DE OLIVEIRA, J. M. RIBEIRO DE PAULA e BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 7 de março de 2019.

EDSON FERREIRA, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. Não acolhido segundo pedido de adiamento do julgamento de apelação para sustentação oral. Não comprovado impedimento dos advogados do apelante para a segunda sessão de julgamento. Cerceamento de defesa não configurado. Em relação ao julgamento da apelação, o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial tem caráter excepcional, não podendo ser usado para substituir o recurso cabível. Supremo Tribunal Federal, Súmula 267. E se não cabe mais nenhum recurso, não pode ser usado para desconstituir a coisa julgada, em lugar da ação rescisória, menos ainda fora das hipóteses legais de cabimento desta última, com alargamento anômalo e descabido do seu campo de incidência. Segurança denegada.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança contra ato da Presidente da 13ª Câmara de Direito Público desta Corte, Desembargadora Flora Maria Nesi Tossi Silva, em processo para anulação de pena disciplinar de demissão e consequente reintegração do autor ao cargo de delegado de polícia, que indeferiu segundo pedido de adiamento do julgamento de recurso de apelação, por falta de prova de impedimento do patrono para a sustentação oral por ele requerida, julgado o recurso na sessão de 24 de outubro de 2018.

Diz o impetrante que a sustentação oral não constitui mera faculdade do advogado, mas direito da parte; que manifestou oposição ao julgamento virtual justamente para a sustentação oral, mas que no dia em que o recurso foi julgado, em 24 de outubro de 2018, o advogado contratado especialmente para

Acesso ao Sumário

a sustentação oral, Dr. D.L.B., não pôde comparecer e nem o próprio autor, que também é advogado, implicando cerceamento de defesa a recusa do adiamento; que o correspondente acórdão contrariou as provas dos autos, valendo-se de prova produzida em procedimentos estranhos ao que se busca anular, além de extrapolar os limites da causa ao analisar a conduta do autor, elemento não pertinente ao pedido de anulação da pena de demissão, além de majorar os honorários advocatícios acima do máximo legal permitido de vinte por cento. Pediu efeito suspensivo, não concedido, fls. 136/137.

Foram prestadas informações, fls. 141/208, tendo a douta Procuradoria Geral de Justiça optado por não se manifestar, fls. 211.

É o relatório.

Em 05 de outubro de 2018, a pedido do patrono do apelante, Dr. D.L.B. que alegou compromissos profissionais concomitantes, foi adiado o julgamento da apelação, designado para dia 17 de outubro de 2018, autos originários, fls. 1005 e 1006.

No dia da sessão subsequente, em 24 de outubro de2018, foi requerido um segundo adiamento, mas por motivo de saúde, com alegação de que o patrono, Dr. D.L.B., tinha sido submetido a um procedimento cirúrgico, pedido indeferido por falta de comprovação do impedimento, autos originários, fls. 1008 e 1009.

Não foi apresentado atestado médico a justificar a impossibilidade de comparecimento do advogado D.L.B., OAB (...)/SP, com substabelecimento nos autos originários, fls. 968, tampouco foi comprovado que também o outro advogado constituído pelo impetrante, Dr. A.M.F., OAB (...)/SP, procuração nos autos originários, fls. 51, estivesse impossibilitado de comparecer.

O único atestado médico apresentado é relativo ao próprio impetrante, R.C.G., fls. 124, cuja presença não era indispensável para a sustentação oral dos seus patronos, ainda que também seja advogado, que não vinha atuando no processo em causa própria.

Portanto, não comprovado impedimento dos patronos em comparecer à sessão de julgamento para sustentação oral e tendo a turma julgadora indeferido o segundo pedido de adiamento precisamente por esse motivo, não se verifica o alegado cerceamento de defesa.

Em relação ao julgamento da apelação, vale lembrar ser excepcional o cabimento do mandado de segurança contra ato judicial, não podendo ser usado para substituir o recurso cabível (Supremo Tribunal Federal, Súmula 267).

E se não cabe mais nenhum recurso, não pode ser usado para desconstituir a coisa julgada, em lugar da ação rescisória, menos ainda fora das hipóteses legais de cabimento desta última, com alargamento anômalo e descabido do seu campo de incidência.

Acesso ao Sumário

Pelo exposto, **DENEGA-SE** a ordem de segurança.

Se as partes não manifestarem oposição, eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual, na forma da Resolução 549/2011 desta Corte.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1000454-06.2016.8.26.0356, da Comarca de Mirandópolis, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido KOOITI NIIZU.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.230)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente sem voto), EDUARDO GOUVÊA e LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 6 de março de 2019.

MAGALHÃES COELHO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Cassação do direito de dirigir – A penalidade exige a identificação do condutor em flagrante – Inteligência do art. 263, I, do CTB e do art. 19, §3º da Resolução 182 do CONTRAN – Sanção aplicada ao proprietário do veículo por mera presunção fora das hipóteses taxativamente previstas no art. 263 do CTB – Violação do princípio da legalidade – Violação do princípio da proporcionalidade – Inadmissibilidade – Segurança concedida – Recurso oficial não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

I. Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por **Kooiti Niizu** contra ato coator do Sr. Diretor da CIRETRAN do Município de Mirandópolis, sob o fundamento de que teve instaurado contra si processo administrativo para cassação do seu direito de dirigir.

Alega, em síntese, que se encontrava com o seu direito de dirigir suspenso, e emprestou seu veículo, caminhão de placa LXJ-8363, para o motorista Donizete Antônio de Lima, que foi notificado da infração prevista do art. 230, inciso X, do CTB.

II. A segurança foi concedida para afastar qualquer penalidade administrativa que tenha considerado o impetrante condutor do veículo no auto de infração de fls. 16, mantidas as demais consequências em desfavor do motorista apontado.

III. Os autos foram remetidos a este E. Tribunal, para fins de reexame necessário.

É o relatório.

Trata-se, como se vê, de remessa oficial dos autos, para reexame de sentença de mandado de segurança, na qual o impetrante almejava a afastar a penalidade de cassação do direito de dirigir.

A sentença não merece reparos.

O veículo de propriedade do impetrante envolveu-se em infração de trânsito, e com identificação do condutor, o motorista Donizete Antônio de Lima, conforme documento de fl. 16.

Nesse período, o apelante cumpria penalidade de suspensão do direito de dirigir e, devido à ausência de defesa administrativa, foi-lhe aplicada a cassação de seu direito de dirigir.

Segundo o art. 263 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), a penalidade de cassação do documento de habilitação dar-se-á, entre outras hipóteses, quando, suspenso o direito de dirigir, o infrator **conduzir** qualquer veículo.

O verbo "conduzir" exige um ato concreto do infrator já suspenso. No mesmo sentido, a Resolução 182 do CONTRAN dispõe que a penalidade do art. 263 do CTB será aplicada quando o infrator for **flagrado** na condução de veículo[1].

Como se vê, a cassação do direito de dirigir - por conduzir veículo no período de suspensão - deve ser aplicada exclusivamente ao condutor, não se estendendo, por mera presunção, ao proprietário do automóvel, sob pena de violar o princípio da intranscendência ou da pessoalidade da pena, garantia fundamental, aliás, de primeira dimensão.

Nesses termos, muito embora o proprietário permaneça responsável pelos

Acesso ao Sumário

1 Resolução 182 do CONTRAN, art. 19, §3º: "Sendo o infrator **flagrado** conduzindo veículo, encerrado o prazo para a entrega da CNH, será instaurado processo administrativo de cassação do direito de dirigir, nos termos do inciso I do artigo 263 do CTB" (destaque ausente no original).

efeitos civis e tributários de infração de trânsito cometida no uso de seu veículo; não poderá sofrer a cassação de seu direito de dirigir, de natureza sancionatória, sem a comprovação de sua responsabilidade pessoal.

Além disso, a autuação foi lavrada em flagrante, pelo agente da PMESP – Policial Rodoviário, ligado ao Departamento de Estrada de Rodagem, logo, a indicação do condutor se deu de forma imediata, **sendo evidente, que não o impetrante não estava conduzindo o veículo**.

Revela-se ainda extremamente desproporcional a sanção de cassação do direito de dirigir, acrescida de proibição de nova habilitação pelo prazo de dois anos, amparada tão somente na falta de defesa administrativa dentro do prazo.

Por outro lado, a **existência de outras infrações de trânsito, sem indicação de condutor, durante a mesma suspensão do direito de dirigir** deve ser considerada **abuso de direito do proprietário.** Sendo então possível, em tese, afastar a presunção de inocência do proprietário para o responsabilizar integralmente pelas infrações de trânsito praticadas na condução de seu veículo.

Daí o porquê, nega-se provimento ao recurso oficial, mantendo a sentença na sua integralidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1008528-17.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrida CRISTIANY SANTOS CAIRES SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao reexame necessário. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 16.986)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 6 de março de 2019.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Cassação do direito de dirigir – Aplicação da penalidade – Renovação da CNH condicionada ao esgotamento das vias recursais administrativas – Aplicação da regra dos artigos 19, § 1º, e 24, ambos da Resolução CONTRAN nº 182/05, editada no uso da competência

prevista nos artigos 7º, I, e 12, I, ambos do CTB – Reexame necessário improvido, com observação.

VOTO

Vistos, etc.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Cristiany Santos Caires Silva contra ato praticado pelo Diretor Técnico do Setor de Pontuação da Divisão de Habilitação do DETRAN/SP, no qual a impetrante busca a renovação da Carteira Nacional de Habilitação sem que tenha de se submeter ao cumprimento da pena de cassação do direito de dirigir, argumentando a requerente na base da premissa de que não se teria esgotado a via recursal no procedimento administrativo, hipótese à qual se ajustaria Resolução do CONTRAN.

Julgou-se a ação procedente, com a concessão da segurança pleiteada.

Não há apelação.

Há reexame necessário.

O Douto Procurador de Justiça deixou de se manifestar à falta de interesse que justificasse a intervenção do Ministério Público.

É o relatório.

O impedimento de renovar habilitação para conduzir veículo, tanto quanto o impedimento de obter segunda via da CNH, é decorrente, por certo, da cassação do direito de dirigir, prevista na regra do artigo 263 da Lei Federal nº 9.503/97. Todavia, sem que se esgotem todos os recursos previstos no Código de Trânsito, impossível a adoção daquelas providências.

No caso, há notícia da existência de procedimento administrativo, instaurado para cassação do direito de dirigir (fls. 58), porquanto, segundo consta, a condutora teria cometido infração durante o período de cumprimento de suspensão do direito de dirigir. E, segundo se retira das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, o recurso administrativo apresentado pela impetrante ao CETRAN ainda não foi julgado (fls. 67).

A Resolução CONTRAN nº 182, de 09/09/05, tratando do procedimento regulado na regra dos artigos 261 e 263, ambas do Código de Trânsito Brasileiro, no exercício da competência prevista na norma dos artigos 7º, I, e 12, I, daquela Lei Federal, dispôs que somente depois de esgotadas as vias recursais administrativas, correrá o prazo para a entrega da CNH (arts. 19, § 1º, e 24). Antes disto, o motorista não poderá ser impedido de obter a renovação de sua carteira de habilitação, nem mesmo de obter segunda via. Colhe, igualmente, a regra do artigo 290, parágrafo único, da Lei Federal nº 9.503/97.

Cabe observar, à vista das considerações acima expendidas, que o impedimento da aplicação da penalidade subsistirá apenas enquanto pender de

Acesso ao Sumário

exame o recurso administrativo.

Nestes termos, nego provimento ao reexame necessário, com observação.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente pré-questionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 0018838-03.2011.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido ADENILSON PELUCIO ROCHA (JUSTIÇA GRATUITA).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 54.110)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES e OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 6 de março de 2019.

RICARDO DIP, Relator

Ementa: SERVIDOR PÚBLICO. HORAS EXTRAS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. REFLEXOS. BASE DE CÁLCULO. QUESTÃO DE LEI LOCAL.

– A instituição da vantagem monetária referente a atividades perigosas ou insalubres tem fundamento na previsão do inciso III do § 1º do art. 39 da Constituição federal de 1988, porque o sistema remuneratório dos servidores públicos deverá observar "as peculiaridades dos cargos" (nesse sentido, cf., no STF-RE 565.714 - Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 17-10-2008).

– A norma do inciso XIV do art. 37 da Constituição federal (com o texto da Ec nº 19/1998) veda a contagem de adicionais, gratificações e prêmios sobre outros acréscimos pecuniários componentes da remuneração do servidor público.

– O caráter transitório da vantagem monetária referente à atividade insalubre afasta sua inclusão

Acesso ao Sumário

nas férias e também o apartaria do 13º salário, não se dera que a normativa local aplicável contenha previsão desse pagamento da vantagem.

– Vedado pela Constituição federal o caráter indexatório do salário mínimo, o Pleno da Suprema Corte federal decidiu por uma solução transitória, consistente na apuração e preservação, em reais, da equivalência dos valores remuneratórios com a indevida vinculação ao salário mínimo, considerando a data do trânsito em julgado do acórdão do RE 565.714, "até que seja editada lei fixando nova base de cálculo, respeitada a garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração." (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, j. 30-4-2008).

Acolhimento da remessa obrigatória.

VOTO

RELATÓRIO:

1. O M. Juízo de origem, calçado em laudos periciais, julgou parcialmente procedente reclamação trabalhista ajuizada por Adenilson Pelucio Rocha para condenar a Municipalidade de Catanduva

> "a pagar ao autor o adicional de insalubridade, de 40 % do salário mínimo nacional, desde o início da atividade insalubre, observada a prescrição quinquenal. A fixação do adicional deverá ser de 40% sobre o salário mínimo vigente à época e cada pagamento, apurando-se o valor em liquidação de sentença e, para o futuro, para evitar a indexação do salário mínimo, **congela-se a base de cálculo vigente na data do trânsito em julgado desta decisão**, vedando-se assim a correção automática do adicional pelo reajuste do salário mínimo, devendo, a partir de então, o adicional de insalubridade ser corrigido de acordo com o reajuste salarial do servidor. O adicional terá reflexo **nas horas extras, férias acrescidas de 1/3**, adicional noturno e sexta parte, ficando vedada, expressamente, a incidência do adicional de insalubridade da base de cálculo do 13º salário (art. 186) e adicional por tempo de serviço (art. 171)." (os destaques não estão na origem).

É o relatório em acréscimo ao da sentença, conclusos os autos recursais, por força de remessa obrigatória, aos 5 de dezembro de 2018 (fl. 332).

VOTO:

2. A circunstância de a Constituição federal de 1988, no § 3º de seu art. 39, com a redação da Emenda constitucional n. 19/1988, mais não incluir, para

Acesso ao Sumário

a órbita dos servidores públicos, a obrigatoriedade do pagamento de vantagem remuneratória para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (cf. inc. XXIII do art. 7 º), **não** significa proibição de que essa vantagem se conceda a esses servidores, por **normativa subconstitucional** (v. BARBOSA RIGOLIN, Ivan. *O servidor público nas reformas constitucionais*. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 113-4).

De toda a sorte, a instituição desse benefício tem fundamento na previsão do inciso III do § 1 º do art. 39 do vigente Código político, porque o sistema remuneratório dos servidores públicos deverá observar "as peculiaridades dos cargos" (nesse sentido, cf., no STF - RE 565. 714 j. 17-10-2008).

Disso resulta a perseverante vitalidade da norma do art. 178 da Lei complementar municipal de Catanduva n. 31, de 1996, que assim dispõe em seu *caput*:

> "Os servidores que executem atividades insalubres, perigosas ou que trabalhem com habitualidade ou em contato permanente com substâncias tóxicas ou com risco de vida fazem jus a um adicional sobre o padrão de vencimento do cargo efetivo."

3. A prova pericial (e-págs. 246 -57) convence da existência de insalubridade, em grau máximo, nas atividades desempenhadas pelo autor.

Lê-se no laudo técnico que em suas atividades rotineiras, o suplicante.

> "mantém contato com produtos químicos derivados do petróleo (emulsão asfáltica, querosene, diesel, etc), bem como, existe o contato com o pó (de brita e areia) e vapores oriundos do processo de aquecimento da emulsão asfáltica. Desta forma, está exposto aos agentes químicos, oriundos do hidrocarbonetos aromáticos e outros compostos de carbono, caracterizando atividade insalubre em grau máximo (40%)".

Concluiu, pois, o perito que o demandante se aflige de riscos por insalubridade de grau máximo (fl. 229).

Não se pode recusar, à luz da prova dos autos, que o demandante exercite suas funções, de modo habitual, sob a influência de agentes lesivos, moldando-se esse quadro à normativa de regência das atividades perigosas e insalubres (NR-15), editada pelo Ministério de Estado do Trabalho.

Acesso ao Sumário

4. No entanto, não cabe a incidência da discutida vantagem sobre horas extras, férias (com a agregação do terço constitucional), adicional noturno e sexta-parte, tal como fixado na origem.

É que essa ampla incidência conflita, em parte, com a norma do inciso XIV do art. 37 da Constituição federal (com o texto da Ec n. 19/1998), defesa a contagem do benefício sobre outros "acréscimos pecuniários" (gratificações, quinquênios, sexta-parte).

Por outro aspecto, o caráter **transitório** desse versado benefício (cf., a propósito, o art. 180 da Lei complementar local n. 31/1996) afasta sua inclusão nas férias, adicional noturno, e também o excluiria do 13º salário, não se dera que o art. 186 da Lei complementar catanduvense n. 31/1996 (de 17-10) contenha previsão desse pagamento da vantagem:

> "O 13º (décimo terceiro) salário será pago ao servidor, anualmente, até o dia 20 de dezembro, com direito a todas as vantagens percebidas no mês de novembro, com exceção das horas extraordinárias, do adicional noturno, da função gratificada e **do adicional de periculosidade e insalubridade que serão calculados pela média** do realizado no período de dezembro do ano anterior a novembro do ano em curso, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês" (art. 188 da Lei complementar local n. 31, de 17 de outubro de 1996).

Diz Hely LOPES MEIRELLES que a vantagem pecuniária relativa à atividade insalubre é gratificação de serviço, para compensar possibilidade de dano, sem que se torne constituinte do padrão de vencimento (*Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 502-3).

Observa-se, porém, não haver nos demonstrativos de pagamento juntados aos autos, indicação de que o autor perceba o adicional noturno ou a sexta-parte (fls. 47-80).

5. Embora não faltasse, nos julgados do STF, a afirmação de que não se proibia o atrelamento do adicional de insalubridade ao salário mínimo, enquanto base de cálculo e não como fator de indexação (cf., *brevitatis causa*, AgR no RE 230.528, j. 26-11-1998; AgR no Ag 177.959 , j. 4-3-1997; AgR no Ag 169.269, j. 10-10-1995; AgR no RE 230. 688 , j. 18-6-2002; AgR no Ag 179.844 , j . 14-5-1996; RREE 340.275 e 458.802, j. 28-9-2004 e 6-9-2005), vinha tendendo aquela Corte, no tempo mais recente, ao entendimento de que ofende a norma do inciso IV do art. 7° da Cf/1988, a consideração do salário mínimo como base de cálculo do referido adicional (RE 236.396 , j . 2-10-1998; RE 221.234, j. 14-3-2000; RE 212625, j. 7-12-1999 ; RE 208. 684 , j . 26-3-1999; AgR no RE 435.011, j. 28-6-2005; AgR no Ag 499.211, j . 30-6-2004; EDcl no Ag 423.622, j. 22-8-2006).

O parágrafo único do art. 178 da Lei complementar local n. 31/1996 prevê que o adicional de insalubridade seja computado sobre o valor do salário mínimo vigente, evidenciado o caráter indexatório.

Ora, o inciso IV do art. 7º da Constituição federal de 1988, veda expressamente a adoção do salário mínimo como fator de indexação:

> "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e

Acesso ao Sumário

previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim."

Dessa maneira, revogou-se a norma do parágrafo único do art. 178 da Lei complementar municipal n. 31/1996 por sobrevinda incompatibilidade vertical com a Cf/1988.

6. Todavia, **não cabe ao Judiciário atuar como legislador positivo**, alterando, à margem de lei alguma, a base de cálculo do benefício. Uma coisa é que se preserve, para resguardo da irredutibilidade de vencimentos, proventos e pensões o resultado pecuniário de adicional incorporado, outra é modificar-lhe a base de incidência por decisão judiciária em suplemento legislativo (cf., de maneira paradigmática, nesse sentido, julgados do STF: AgR no RE 309.381, j. 15-6-2004 ; AgR no RE 322 .348, j. 13-11-2002; AgR no RE 200.844, j. 25-6-2002; AgR na ADI 2.554, j. 16-5-2002).

Registre-se que se admitiu, em julgamento de 8 de fevereiro de 2008 , a repercussão geral do tema da base de cálculo desse benefício remuneratório (RG no RE 565.714 , j . 30-4-2008) e, na sequência, editou-se o verbete n. 4 da Súmula vinculante do STF, com esta redação:

> "Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial."

O Pleno da Suprema Corte federal deteve-se então em apreciar e decidir, no referido **RE 565.714**, uma solução transitória, consistente na apuração e preservação, **em reais**, da equivalência dos valores remuneratórios com a indevida vinculação ao salário mínimo, considerando **a data do trânsito em julgado do acórdão** desse recurso extraordinário,

> **"até que seja editada lei fixando nova base de cálculo, respeitada a garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração."**

É o critério que a deve moldar-se o caso destes autos, invocando-se, a propósito, julgado cônsono da egrégia 10ª Câmara de Direito Público deste Tribunal, na AC 914.183 (Rel. Des. URBANO RUIZ, j. 19-10-2009), que se solida, de modo expresso, com o referido entendimento do STF, e remete ao Informativo STF n. 504, de que se recolhe:

> "Asseverou-se que, a despeito do reconhecimento da não recepção, o Tribunal não poderia substituir a base de cálculo legal, tal como pretendido pelos recorrentes, sob pena de atuar como legislador positivo. Por fim, o Tribunal determinou o aproveitamento como base de cálculo do adicional de insalubridade a ser pago aos recorrentes do valor em reais equivalente a dois salários mínimos nacionais segundo o valor vigente na data do trânsito em julgado deste recurso extraordinário, atualizando-se na forma

da legislação, até que seja editada lei fixando nova base de cálculo."

7. O STF concedeu efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos no RE 870.947, em 24 de setembro de 2018, indicando possível modulação dos efeitos do correspondente ven. acórdão que dispôs sobre o "regime de atualização monetária e juros moratórios incidente sobre condenações judiciais da fazenda pública. art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 com a redação dada pela Lei n. 11.960/09 ."

Assim, cabe postergar o tema da correção monetária e dos juros de mora para oportuna fase executiva, quando deverão observar-se os critérios estabelecidos por aquela Corte no julgamento dos apontados embargos declaratórios.

8. Ressalta-se, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas, invocando-se aqui o critério que se solidou no egrégio Superior Tribunal de Justiça.

POSTO ISSO, meu voto acolhe a remessa obrigatória apenas para excluir o reflexo do versado adicional de insalubridade sobre a remuneração de férias e horas extraordinárias, e fixar, **a partir de 8 de fevereiro de 2008**, o valor de um salário mínimo vigente à época do julgamento do RE 565 .714 pelo Supremo Tribunal Federal como base de cálculo da versada verba pecuniária.

Os valores em atraso devem ser atualizados e acrescidos de juros de mora, ficando postergada a fixação de seus critérios à fase liquidatória, diante da oposição de embargos declaratórios no RE 870.947 (autos de origem n. 0018838-03.2011 da 3ª Vara Cível da Comarca de Catanduva).

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a essa modalidade de julgamento, manifestar sua discordância no momento da interposição de recursos.

É como voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1012694- 92.2018.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido JURACI MOREIRA DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator,

Acesso ao Sumário

que integra este acórdão. **(Voto nº 37.602)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente) e CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 25 de março de 2019.

MARREY UINT, Relator

Ementa: Reexame necessário – Mandado de Segurança – Pretensão objetivando que a autoridade impetrada não efetue o bloqueio do prontuário do Impetrante até que seja esgotada a via administrativa – Alegação de nulidades no processo administrativo que aplicou a penalidade de suspensão – Segurança concedida – Decisório que merece subsistir – Tempestividade do recurso administrativo protocolado via postal – Consideração da data da postagem para fins de contagem de prazo – Penalidade de suspensão do direito de dirigir que pode ser aplicada somente após o trânsito em julgado da decisão administrativa – Precedentes do TJSP – Recurso desprovido.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Juraci Moreira da Silva contra ato do Diretor Técnico da Diretoria de Habilitação do Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN/SP, objetivando o desbloqueio de seu prontuário, tornando nula a suspensão do seu direito de dirigir.

O pedido liminar foi deferido, para determinar a retirada do prontuário do Impetrante do bloqueio referente à suspensão do direito de dirigir, bem como determinando o processamento do recurso administrativo (fls. 27).

Em parecer, o i. membro do Ministério Público afirmou não ter interesse institucional na questão de fundo (fls. 63/64).

A r. sentença de fls. 65/67, prolatada pelo MM. Juiz de Direito Alberto Alonso Muñoz, julgou procedente o pedido e concedeu a segurança, para determinar que a Autoridade Coatora retirasse do prontuário do Impetrante o bloqueio referente à suspensão do direito de dirigir, até que esgotada a via administrativa. Custas na forma da lei. Não houve condenação em honorários.

Subiram os autos mediante o reexame necessário.

É o relatório.

A r. sentença não comporta reforma.

Extrai-se dos autos, que o Impetrante tinha prazo até o dia 19/06/2017 para apresentar recurso ao CETRAN contra a decisão que indeferiu o recurso apresentado à Jari.

No caso, a documentação acostada aos autos comprova que o recurso direcionado ao CETRAN foi postado em 19/06/2017, tendo sido recebido no dia seguinte, ou seja, em 20/06/2017.

Pois bem. Em casos como o presente, quando o recurso administrativo é interposto por via postal, deverá ser considerada a data da sua entrega aos correios para fins de verificação da tempestividade.

Nesse sentido, a Resolução CONTRAN n. 299/08, com redação dada pela Resolução CONTRAN n. 692/17 – que estabelece os critérios gerais para apresentação de defesa, recursos ou outros requerimentos - dispõe em seu art. 6º, § 1º, I:

> "Art. 6º A defesa ou o recurso deverá ser protocolado no órgão ou entidade de trânsito autuador ou enviado, via postal, para o seu endereço, respeitado o disposto no art. 287 do C.T.B.
>
> § 1º Para verificação da tempestividade, deverá ser considerada:
>
> I - a data da entrega na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), no caso de defesa ou recurso apresentado por via postal.

Essa foi a solução adotada por este Tribunal em casos idênticos:

> "REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO. Recurso administrativo interposto, via postal, dentro do prazo estabelecido. Recebimento pelo órgão de trânsito em data posterior ao termo final. Defesa apresentada tempestivamente. Necessidade de análise do mérito pelo órgão julgador. Inteligência do art. 11 da Resolução CONTRAN n. 723/18 e do art. 6º, § 1º, I, da Resolução CONTRAN n. 299/08. Sentença concessiva mantida. Remessa necessária não provida. (Remessa Necessária nº 1035653-57.2018.8.26.0053, Relatora Heloísa Martins Mimessi, 5ª Câmara de Direito Público, j. em 17/12/2018).
>
> "REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. CNH CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO. RECURSO ADMINISTRATIVO VIA POSTAL. Pretensão da impetrante de cancelar processo administrativo de suspensão do direito de dirigir. Impetrante que protocolou recurso tempestivamente via postal. Autoridade coatora que não recebeu o recurso e aplicou a penalidade de suspensão. Sentença que concedeu parcialmente a segurança, determinando que a autoridade coatora aprecie o recurso apresentado. Manutenção. Aplicação do artigo 25 da Resolução CONTRAN n.º 723/18. No caso de protocolo de recurso administrativo

Acesso ao Sumário

pelo Correio, deverá ser considerada a data da postagem para fins de contagem de prazo. Penalidade de suspensão da habilitação que apenas pode ser imposta após o trânsito em julgado da decisão administrativa. Violação a direito líquido e certo do impetrante. Inteligência do art. 5º, incs. LIV e LV, e art. 37, caput, ambos da CF/88, e art. 265 do CTB. Sentença mantida. Recurso não provido. (Remessa Necessária nº 1023816-05.2018.8.26.0053, Relator Djalma Lofrano Filho, 13ª Câmara de Direito Público, j. em 10/10/2018).

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. Anulação de Ato Administrativo que decretou a revelia da defesa apresentada tempestivamente, via postal, em processo administrativo para cassação do direito de dirigir. Aplicação da Resolução nº 182/2005 do CONTRAN. Defesa regular. Sentença de procedência mantida Recurso desprovido." (Apelação nº 1005080-36.2018.8.26.0053, Relator Moreira de Carvalho, 9ª Câmara de Direito, j. em 16/08/2018).

Portanto, é evidente que a defesa em questão estava dentro do prazo assinalado, sendo indubitável o direito líquido e certo do Impetrante de ter o mérito do referido recurso administrativo apreciado pelo órgão competente, sem o que não pode ser considerado finalizado o processo administrativo.

Em outros termos, não pode ser admitida a punição do Impetrante, consistente na suspensão da sua CNH, até que seja esgotada a via administrativa, razão pela qual fica inteiramente mantida a sentença que concedeu a segurança, nos termos em que lançada.

Por fim, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no STJ que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205/SP, Min. Felix Fischer, DJ 08.05.2006, p. 24).

Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso de ofício.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1024342-15.2018.8.26.0071, da Comarca de Bauru, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido CIRÇO GONÇALO FERNANDES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Desacolheram o reexame necessário, v.u. , de conformidade com o voto do

Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 26.919)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOREIRA DE CARVALHO (Presidente sem voto), DÉCIO NOTARANGELI e OSWALDO LUIZ PALU.

São Paulo, 1º de abril de 2019.

REBOUÇAS DE CARVALHO, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Liminar concedida – Resistência da entidade pública em fornecer vaga para internação Hospitalar para paciente, internado na UPA, portador de Tumor Cerebral Inoperável, com queda do estado geral, dificuldade de deglutição, eupneico com ar ambiente (CIDs C715 e C717) – Presentes os requisitos para a concessão – Verossimilhança dos fatos articulados na exordial e prova documental inequívoca – Atribuição do Sistema Único de Saúde do Estado de assistência clínica integral, inclusive medicamentos – Inteligência do disposto nos artigos 196 da Constituição Federal e 219 da Estadual – Jurisprudência dominante que estabelece o dever inarredável do Poder Público – Concessão mantida – Reexame necessário desacolhido.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Cirço Gonçalo Fernandes, em face do Diretor do Departamento Regional de Saúde de Bauru - DRS VI, visando o fornecimento de uma vaga para internação hospitalar, necessária ao impetrante, internado na UPA Mary Dota, portador de Tumor Cerebral Inoperável, com queda do estado geral, dificuldade de deglutição, eupneico com ar ambiente (CIDs C715 e C717).

A liminar foi deferida (fl. 14).

O Ministério Público ofereceu parecer, pela concessão da segurança (fls.38/39).

A r. sentença de fls. 40/44, concedeu a segurança, determinando a disponibilização de vaga para internação hospitalar de que necessita o impetrante, confirmando a liminar concedida. Sem condenação na sucumbência.

Sem interposição de recurso voluntário (fl. 64), subiram os autos, por força do reexame necessário.

Tendo em vista que a internação pleiteada na inicial, não se insere na

Acesso ao Sumário

afetação do Tema 106, do STJ, prossigo o julgamento.

É o relatório.

Merece mantença a r. sentença hostilizada.

Registro se faz imprescindível o fornecimento da vaga em leito hospitalar ao impetrante, internado na UPA Mary Dota, portador de Tumor Cerebral Inoperável, com queda do estado geral, dificuldade de deglutição, eupneico com ar ambiente (CIDs C715 e C717), consoante prontuário médico acostado aos autos (fl. 08).

Com efeito, a própria Carta Magna, em seu artigo 196, assenta que "a saúde é um direito de todos e dever do Estado", cujo atendimento deve ser integral (art. 198, II).

Desse sentir, há também precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal, no RE-AgR nº 393.175, julgado em 12.12.2006, de relatoria do Min. Celso de Mello, assentando que:

> *"O direito público subjetivo à saúde representa a prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da república (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público a quem cabe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.*
>
> *"O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional".*

Outrossim, agindo dessa forma, o Judiciário não está sendo arbitrário; tampouco está havendo usurpação das funções de um Poder sobre as de outro. Ao Judiciário cabe aplicar a lei, interpretando-a, e é isto o que ocorre na hipótese dos autos. A pretensão do impetrante é ver o Estado compelido a cumprir o dever constitucional de preservar a saúde dos indivíduos (Constituição Federal, artigo 196), fornecendo-lhe a vaga para internação hospitalar, necessária para o tratamento do mal que o acomete.

Vale lembrar que não cabe ao Poder Público decidir qual tratamento é melhor para a doença que aflige a impetrante, mas sim ao médico, que acompanha a paciente pessoalmente, ministrar o que achar mais conveniente para a melhora e cura da enferma. Ademais, sua capacidade profissional não foi

Acesso ao Sumário

questionada nos autos.

De outro lado, inexiste nos autos qualquer elemento que possa indicar a ausência de verba para o fornecimento urgente da vaga em leito hospitalar, de forma que a emergência poderá até ensejar a dispensa de licitação, haja vista o disposto no artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/93.

Assim, a r. sentença hostilizada deu o correto desate à lide, merecendo ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, desacolhe-se o reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 0007420-39.2011.8.26.0659, da Comarca de Vinhedo, em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, é recorrido NELSON NATHALINO BRAGHETTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 11.342)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ANTONIO CELSO FARIA (Presidente) e JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR.

São Paulo, 10 de abril de 2019.

BANDEIRA LINS, Relator

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. UTILIZAÇÃO DE OBRA FOTOGRÁFICA SEM INDICAÇÃO DO RESPECTIVO AUTOR E SEM SEU CONSENTIMENTO EM EXPOSIÇÃO PATROCINADA PELO MUNICÍPIO. Pretensão de reparação. Possibilidade. Indenização por danos morais e materiais devida. Autoria da fotografia demonstrada pelas provas orais e documentais. Violação à Lei de Direito Autoral. Precedentes. Irrelevância da inexistência de proveito econômico face à lesão do direito autoral, apta, no entanto, a reduzir o *quantum* arbitrado em danos morais, face ao escopo da exposição de fomento do turismo. Precedentes. JUROS DE MORA E CORREÇÃO

MONETÁRIA que devem obedecer ao quanto determinado pelo STF no julgamento do RE 870.947/SE, Tema 810, observando-se qualquer modulação de seus efeitos que venha a ser decidida pela Corte Superior. Reexame necessário parcialmente provido.

VOTO

Trata-se de reexame necessário contra a r. sentença de fls. 172/174 que julgou procedente ação ordinária indenizatória ajuizada por **Nelson Nathalino Braghetto** em face do **Município de Vinhedo**, na qual pretendia indenização por danos materiais e morais por utilização indevida de trabalho fotográfico de autoria do requerente, em exposição na denominada Festa da Uva, sem os devidos créditos, numa ofensa ostensiva ao Direito do Autor.

A r. sentença de fls. 172/174 julgou procedente a ação para: *a) "condenar o réu a pagar ao requerente, a título de dano material, o valor que será objeto de liquidação da sentença, levando-se em conta a utilização das obras sem autorização do autor, que no caso concreto deve corresponder ao valor das obras e de sua divulgação na Festa da Uva de 2010. O valor a ser definido por arbitramento será corrigido a partir da data do arbitramento, com juros moratórios de 0,5% ao mês a contar da data dos fatos, em fevereiro de 2010, respeitados os termos da Súmula 54 do STJ; b) condenar o réu a pagar ao requerente a título de danos morais, o valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), valor que será corrigido a partir desta data pelos índices do E. TJ-SP e acrescido de juros moratórios legais de 0,5% ao mês a contar da data dos fatos, ocorridos em fevereiro de 2010, nos termos da Súmula 54 do STJ".*

Sem apresentação de recursos, o feito subiu a este Tribunal em reexame necessário.

É o relatório.

O recurso oficial comporta parcial provimento, no sentido da redução do *quantum* fixado a título de danos morais, bem como no tocante ao cálculo de juros e correção monetária.

Trata-se de ação indenizatória por danos materiais e morais ajuizada por Nelson Nathalino Braghetto em face do Município de Vinhedo, por utilização indevida de trabalho fotográfico de autoria do requerente, em exposição na denominada Festa da Uva, sem os devidos créditos, numa ofensa ostensiva ao Direito do Autor. O autor entende que houve violação de seu direito autoral, por lhe não terem sido dados os créditos daí decorrentes, requerendo a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

As provas dos autos demonstram que a maioria das fotografias reproduzidas a fls. 15/31, e utilizada em exposição da Festa da Uva pelo

Acesso ao Sumário

Município de Vinhedo, é de autoria de Nelson Nathalino Bragheto, antigo fotógrafo profissional da cidade, que tinha o direito exclusivo, por sua condição de autor, de utilização, publicação e reprodução de sua obra.

Os fatos são incontroversos ante a prova documental e a prova testemunhal (cópia digital a fl. 176), e ausência de impugnação específica por parte do réu. Não socorre a este a argumentação de que algumas fotografias teriam sido adquiridas por particulares, outras usadas em outros eventos públicos, umas outras ainda seriam de autoria desconhecida, bem como o evento não teria fins lucrativos, pois tudo isso não é bastante para obstaculizar o direito exclusivo do Autor à utilização de sua obra.

Isso porque o art. 5º, XXVII, da Constituição Federal, estabelece que ***"aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar".***

Já o artigo 29 da Lei 9.610/98, a Lei de Direitos Autorais, dispõe que a utilização da obra, por quaisquer modalidades, depende de autorização prévia e expressa do autor, dispondo, ainda, o artigo 79, § 1º, da mesma Lei, que ***"a fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor"***, o que evidentemente não foi feito.

Aliás, ainda que o autor já tivesse autorizado a publicação da fotografia outras vezes, isso não implica em autorização para reprodução por outro, notadamente porque não há, junto à exposição, qualquer menção expressa à autorização para tanto. É o que se deduz à luz dos incisos I e II, do art. 24 da lei 9.610/98:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

Sendo assim, no mérito, não há o que se reformar na r. sentença, pois a violação ao direito de crédito é passível de reparação por meio de sanções civis previstas expressamente no artigo 108 da lei supracitada, além da responsabilização por danos morais.

Não tendo havido, portanto, autorização expressa do autor para reprodução de sua obra e ausência de crédito, impõe-se a indenização pelos danos que lhe foram causados, nos termos do artigo 102, da mesma Lei.

Nesse sentido o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça:

"COMERCIAL. DIREITO AUTORAL. UTILIZAÇÃO DESAUTORIZADA DE FOTOGRAFIA PARA ILUSTRAR CAPA DE GUIA RODOVIÁRIO. COMPOSIÇÃO DA CONDENAÇÃO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS SOFRIDOS E SANÇÃO PELA CONDUTA ILÍCITA. LIMITES. 1. O art.

Acesso ao Sumário

102 da Lei nº 9.610/98 fixa sanções cíveis decorrentes da violação de direitos autorais. A exegese desse dispositivo legal evidencia o seu caráter punitivo, ou seja, a intenção do legislador de que seja primordialmente aplicado com o escopo de inibir novas práticas semelhantes. Tanto é assim que a sua parte final ressalva que as penas serão impostas, "sem prejuízo da indenização cabível". O art. 103 da Lei nº 9.610/98, por sua vez, assume também um caráter indenizatório, na medida em que prevê que a perda dos exemplares e o pagamento daqueles que tiverem sido vendidos se dê em favor da vítima. Realizando-se uma análise sistemática dessas normas, conclui-se que elas criam uma via de mão dupla: assim como poderá haver situações em que as sanções não compensarão de forma plena e satisfatória os prejuízos suportados pela vítima – exigindo complementação a título de indenização pelos danos sofridos – haverá casos em que a própria indenização já cumprirá a contento não apenas a função de ressarcir a vítima pelas suas perdas, como também de desencorajar a conduta ilícita. 2. Cabe ao julgador, fazendo uso de seu prudente arbítrio, interpretar casuisticamente os comandos dos arts. 102 e 103 da Lei nº 9.610/98, definindo a composição e os limites da condenação, utilizando os critérios que melhor representem os princípios de equidade e justiça, alerta para o fato de que os valores arbitrados não deverão conduzir ao enriquecimento indevido da vítima. **(REsp 1367021/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 12/09/2013).**

Ainda nesse exato sentido, o precedente deste Tribunal de Justiça, entre as mesmas partes:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Aplicação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. MÉRITO. Responsabilidade Civil do Município de Vinhedo. Ato comissivo. Utilização indevida de obra fotográfica, sem o consentimento e reconhecimento do autor, em DVD produzido pelo Município. Autoria das fotografias. Demonstração. Convicção que resulta dos meios de prova oral e documental. Violação à Lei de Direito Autoral. Direito do autor de ter seu nome reconhecido quando da utilização de sua obra para qualquer finalidade. Irrelevância da inexistência de proveito econômico. Precedentes do STJ. Prevalência do direito do fotógrafo profissional para o ressarcimento de dano patrimonial pela utilização indevida de sua obra. Existência de dano material indenizável. Violação ao direito de autoria. Bem jurídico tutelado. Integridade intelectual do ser humano. Ofensa a direito da personalidade. Potencial para qualificar a indenização compensatória. Repercussão moralmente danosa. Manutenção da sentença. negado provimento ao recurso do Município. (Apelação/Reexame Necessário nº 0007972-04.2011.8.26.0659, da

Acesso ao Sumário

Comarca de Vinhedo, em que são apelantes PREFEITURA MUNICIPAL DE VINHEDO e JUÍZO *EX OFFICIO*, é apelado NELSON NATHALINO BRAGHETTO (ESPÓLIO), 9ª Câmara de Direito Público, J. 9 de setembro de 2015, Rel. Des. **JOSÉ MARIA CÂMARA JUNIOR**).

Comprovada, assim, a violação ao direito legítimo do autor na disposição de sua obra de arte, fica configurado o dano *in re ipsa*, e a responsabilização do Município Réu era mesmo medida que se impunha.

No entanto, os valores fixados a título de danos morais em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) comportam mitigação, resultando tal valor em importe desproporcional às dimensões do fato. Sem que se desmereça a indignação experimentada pelo autor originário ao ver suas fotografias estampadas na decoração de recinto em que o Município promovia evento, sem indicação do fotógrafo e sem sua autorização, a fixação de indenização no valor de R$ 10.000,00 seria suficiente para agregar sentido diverso à memória dos fatos, permitindo que o ofendido progressivamente se distanciasse da experiência negativa e a superasse.

Dessa forma, cabe dar provimento ao reexame necessário para reduzir a indenização pelos danos morais para R$ 10.00,00 (dez mil reais), valor que se entende suficiente a recompensar o autor da violação ao seu direito autoral, apto a evidenciar seu caráter punitivo, sem, em contrapartida, sobrecarregar em demasia o erário.

No tocante aos juros de mora e correção monetária, o recurso oficial comporta também parcial provimento. É de aplicar-se o quanto decidido pelo Supremo tribunal, em sede de repercussão geral, em 20/9/2017, no RE 870.947/SE (Tema 810), conquanto se ressalve eventual modulação de seus efeitos que porventura venha a ser decidida.

Consideram-se prequestionados, para fins de possibilitar a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário, todos os dispositivos de lei federal e as normas da Constituição Federal mencionadas pelas partes.

Ante os fundamentos expostos, pelo meu voto, **dou provimento parcial ao reexame necessário, nos termos do voto.**

Acesso ao Sumário

SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL

Agravos em Execução Penal

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 7008140-83.2018.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é agravante BRUNO DE FREITAS MATOS, é agravado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.476)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente), JOÃO MORENGHI e ANGÉLICA DE ALMEIDA.

São Paulo, 1º de março de 2019.

VICO MAÑAS, Relator

Ementa: Livramento condicional – Exigência de prévia progressão ao regime semiaberto – Possibilidade em caráter excepcional – Registro recente de falta grave – Ausência de mérito.

Não provimento.

VOTO

Bruno de Freitas Matos interpõe recurso de agravo contra a decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente que indeferiu pedido de livramento condicional.

Inconformado, pretende a reforma da decisão, com a consequente concessão do benefício preterido, pois atendidos todos os requisitos legais para tanto. Ademais, indevida a exigência de que vivencie o estágio intermediário antes de obter a liberdade condicional.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 23/30) e mantida a decisão combatida (fl. 31), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

O agravante, pela prática de roubos majorados, cumpre pena de 13 (treze)

Acesso ao Sumário

anos e 02 (dois) meses de reclusão, com término previsto para 03.07.2027 (fls. 03/08).

Pleiteada a concessão do livramento condicional, o Magistrado, em 14.11.2018, indeferiu a pretensão sob o argumento de que o condenado não atenderia ao requisito subjetivo. Além da longa pena a cumprir, o histórico prisional desfavorável e a gravidade dos crimes praticados demonstram ser "recomendável o postulante vivenciar primeiramente o regime intermediário, como prova de que irá absorver a terapia penal para, posteriormente, fazer jus à condicional" (fl. 12).

Não se nega que, para a obtenção do pleiteado benefício, desnecessária prévia promoção ao estágio intermediário, pois não constitui etapa obrigatória para o livramento condicional.

Nesse sentido, este E. Tribunal já decidiu que "o livramento condicional é uma etapa de execução da pena que não está condicionada à progressão de regime prisional, haja vista que o autor de crime hediondo, embora impedido de progredir de regime, pode obter a concessão daquele benefício, bastando para a concretização do favor legal o preenchimento satisfatório dos requisitos definidos no art. 83 do CP" (RT 768/569).

Na mesma linha, o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul salientou que, "muito embora o sistema penitenciário progressivo esteja estruturado de forma a situar o livramento condicional como última etapa no cumprimento da pena privativa de liberdade, a lei não estabelece que a ele só terá acesso o agente que tiver progredido do regime fechado, a que foi condenado, para o regime semiaberto e deste para o aberto" (RT 676/350).

Irrelevante também que o sentenciado ainda conte com significativa pena a cumprir. Justamente por ser longa é que teve de resgatar maior período para poder pleitear a promoção. Não fosse assim, o legislador não teria estabelecido em percentual o requisito de tempo.

Ademais, a gravidade das infrações já foi considerada pelo legislador ao cominar pena maior no respectivo tipo, bem como pelos Magistrados que proferiram os juízos condenatórios, não podendo impedir, por absoluta falta de amparo legal, a obtenção de benefícios na fase de execução, atendidas as exigências para tanto, como no caso.

Todavia, conforme consulta a folha de antecedentes, transferido ao regime semiaberto em 10.08.2017, sobreveio notícia de que sustado cautelarmente o estágio intermediário pela prática de falta grave ocorrida em junho daquele ano. A regressão foi determinada em 05.09.2017.

Apesar de não se reputar adequado que as infrações disciplinares sejam debitadas indefinidamente ao condenado, impedindo a concessão de qualquer benefício, é de se reconhecer que o sentenciado realmente não preenche o

Acesso ao Sumário

requisito subjetivo para o livramento pretendido.

Aconselhável, assim, que, em novo pedido, demonstre conduta que o faça merecedor de tão amplo benefício.

Frente ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos nesses autos de Agravo em Execução Penal nº 9004244-33.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é agravante FRANCISCO ANTÔNIO CESÁRIO DA SILVA, 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 de Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 49.247)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 26 de março de 2019.

LUIS SOARES DE MELLO, Relator

Ementa: Agravo em execução. Pretendida transferência de estabelecimento prisional. Pleito que visa cassar renovação de permanência de sentenciado em unidade do Sistema Penitenciário Federal. Manutenção da decisão imperiosa. Agravante que é um dos líderes de poderosa facção criminosa e que ainda exerce forte poder de influência na organização. Longa pena a cumprir, ademais, pela prática de crimes graves, gravíssimos, considerados hediondos. Prática reiterada de faltas graves, ademais. Necessidade de manutenção do sentenciado em presídio federal de segurança máxima. Medida plenamente justificada. Agravo improvido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Visto.

Agravo tirado de autos de execução de penas do sentenciado **Francisco Antônio Cesário da Silva**, que cumpre pena em Presídio Federal de segurança

máxima, contra r. decisão de *f. 2/5*, que deferiu nova renovação da permanência do agravante em unidade do Sistema Penitenciário Federal.

Vem o inconformismo recursal (*f. 26/39*), que busca a reforma do decisório, para obter o direito de cumprir a reprimenda em unidade prisional estadual, alegando a inexistência de razões de fato e jurídicas relevantes para sua permanência em presídio federal.

Contraminuta anotada (*f. 43/51*), mantida ao depois a respeitável decisão atacada (*f. 52*).

Autos distribuídos (*f. 59*), foram imediatamente encaminhados à douta Procuradoria de Justiça que, após vista regular, concluiu, em parecer respeitável, pelo improvimento do recurso (*f. 60/65*), chegando o feito ao Gabinete do Relator, finalmente, aos **16.jan.2019** (*f. 66*).

É o relatório.

Com razão o caminho trilhado na origem.

Depreende-se dos autos que o agravante cumpre pena em Presídio Federal de segurança máxima, após ter sido para lá transferido em razão de pedido formulado pela Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo.

Com a iminência do término do prazo de permanência do agravante naquela unidade prisional, a Secretaria da Administração Penitenciária deste Estado de São Paulo formulou novo pedido de manutenção em unidade do Sistema Penitenciário Federal.

O pleito foi deferido pelo e. Juiz Corregedor do DECRIM.

Contra essa decisão, insurge-se o agravante.

Sem razão, porém.

A providência requerida foi bem acolhida.

É prudente, e seu acolhimento trilha o bom caminho da razoabilidade, tendo em conta as características e particularidades do caso concreto.

Dês que estão estampadas nos autos a notoriedade e periculosidade do agravante, figura conhecida nos meios policiais e judiciários por se tratar de um dos mais temidos representantes da organização criminosa "***Primeiro Comando da Capital – PCC***".

Condenado por **roubo** e **extorsão mediante sequestro**, e investigado por **quadrilha, tráfico ilícito de entorpecentes** e uma série de **homicídios de Policiais Militares e de Agentes de Segurança Penitenciária** – *em onda de violência que assustou a sociedade paulista em 2012* –, o acusado, ainda naquele ano, abandonou o cumprimento de suas penas, passando, em determinado momento, à condição de foragido da Justiça.

Ademais, conforme noticia a Secretaria da Administração Penitenciária,

Acesso ao Sumário

o agravante "*é considerado 'Piloto' da facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC), e* ***líder do tráfico de drogas na favela de Paraisópolis****, Zona sul. Suspeito de ter ordenado o tumulto ocorrido em 02/02/2009 na favela Paraisópolis, que resultou em veículos depredados e estabelecimentos comerciais saqueados, necessitando de intervenção reforçada da polícia. A prisão de seu cunhado Antonio Galdino de Oliveira, teria sido o estopim para o protesto que deixou seis feridos em confronto entre a Polícia Militar e moradores da favela. Acusado de pertencer à quadrilha que matou o policial militar Nelson Batista dos Santos, em 11/05/2006. Em 20/11/2000, "Piauí" e comparsas, dentre eles "Rajada", teriam obrigado comerciantes do Jardim Macedônia, Santa Teresa e Pirajuçara, a fecharem as portas, em respeito à morte do traficante Thiago Tales Vasco Aranha, o "Buiú", assassinado por uma quadrilha rival, dias antes*." (f. 867 do 2º apenso, grifos nossos) .

O que, por sem dúvida, revela a **alta perigosidade do agravante.**

E tais informações são oficiais, fruto de trabalho muito bem desenvolvido pelos órgãos de segurança do Estado e, conforme bem observado pela origem, estão estampadas nos autos.

Foram estes os dados que justificaram a inclusão do ora agravante em unidade do sistema penitenciário federal e que, diante da ausência de modificação das circunstâncias fáticas acima descritas, por certo habilitam o acolhimento do pedido de renovação da medida, tal como apresentado pela Secretaria da Administração Penitenciária.

Mais.

É dado ver que, durante o cumprimento de suas penas, sobreveio notícia de que, mesmo preso, continuou a articular os passos da conhecida e perigosa organização criminosa, da qual é integrante, nela exercendo posição de destaque.

Com efeito, conforme bem destacou o ilustre Secretário de Estado da Administração Penitenciária (*f.866/868 do 2º apenso*): "*Sendo assim, entendemos ainda, subsistir os motivos que ensejaram a transferência do referido presidiário para Unidade Penal da União, já que o seu retorno às prisões paulistas poderia desencadear novas ações criminosas, haja vista, tratar-se de membro de organização criminosa de alta periculosidade que antes de sua transferência para uma Penitenciária Federal, ordenou ataques a policiais militares deste Estado, que ao final foram covardemente assassinados*."

Cumpre destacar que, diante de tal quadro fático, aquela manifestação extrai contundentes conclusões: "*Desta forma,* ***constitui risco para o sistema penitenciário paulista, no presente momento, o retorno do referido preso às prisões paulistas****, haja vista, a liderança que o mesmo pode ainda exercer junto aos demais membros da organização criminosa, tanto dentro como fora dos presídios, sobretudo, na favela Paraisópolis, localizada na zona sul da cidade*

Acesso ao Sumário

de São Paulo". (g.n.)

De sorte que há evidentemente **risco concreto** à ordem pública caso não seja renovada a sua permanência em Penitenciária Federal de segurança máxima.

Donde a efetiva necessidade do acolhimento do pleito formulado pela Secretaria da Administração Penitenciária, precisamente na linha do que argumenta o Sr. Secretário de Estado da Administração Penitenciária: "Por todas as citadas condições, reiteramos a prorrogação de sua permanência na Instituição Penal Federal, por ***não ser recomendável seu regresso às prisões do Estado de São Paulo, já que o mesmo é membro efetivo de organização criminosa que atentou covardemente contra as forças de segurança paulista, e a custódia em Unidade Penal da União tem contribuído para completa e efetiva neutralização de presos com este perfil***". (g.n.)

Prorrogação **imperiosa**, essa a verdade, para assegurar a segurança desta Unidade Federativa, precisamente como justificou a origem (*f. 2/5*).

Não há, enfim, qualquer ilegalidade ou constrangimento na decisão judicial.

Ao reverso.

A decisão está plenamente amparada nos exatos termos previstos no art. 86, § 3º, da L.E.P., e no art. 3º, I e IV, do Decreto nº 6.877/09.

E em consonância com entendimento jurisprudencial consolidado neste E. Tribunal:

> *"Agravo em execução. Condenações por crimes diversos. Indeferimento de pedido ministerial de prorrogação da internação do reeducando no regime disciplinar diferenciado/RDD. Alegada necessidade da providência, em sendo o agravado líder de facção criminosa e persistindo sua periculosidade. Permanência do reeducando em internação tal. Necessidade. Precedentes. Reclamo provido".* **(TJSP, 4ª Câmara Criminal, r. Des. Ivan Sartori, Agravo em Execução Penal nº 0052208-73.2014.8.26.0000, j. 04.11.2014, v.u.).**

Repetido pela mais alta Corte de Justiça do país:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRANSFERÊNCIA DE PRESO LIGADO A FACÇÕES CRIMINOSAS. LIDERANÇA EXERCIDA SOBRE A MASSA CARCERÁRIA. INOBSERVÂNCIA DO RITO DETERMINADO NA RESOLUÇÃO N. 506/06 DO CJF. URGÊNCIA. INTERESSE PÚBLICO. POSTERIOR OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. Transferência de preso para penitenciária federal determinada pelo Juízo da Execução Penal de Campo Grande/MS sem observância do rito estabelecido na Resolução n. 502/06, do Conselho da Justiça Federal. Preso ligado a facções criminosas, exercendo liderança sobre a massa carcerária. Situação de urgência a autorizar a

Acesso ao Sumário

transferência mercê da prevalência do interesse público sobre o privado. 2. O Juiz Federal da Seção Judiciária de Catanduvas/PR, observando violação do procedimento de transferência, determinou fosse instaurado incidente em execução penal, garantindo ao paciente o exercício do contraditório e da ampla defesa. Ordem denegada. **(STF, Segunda Turma, r. Min. Eros Grau, HC 96531/PR, j. 03.02.2009, v.u.).**

Anote-se, ainda, ***o histórico de faltas disciplinares cometidas pelo sentenciado***, a despeito de estar instalado em unidade federal, além de inclusões no regime disciplinar diferenciado, como bem aponta a bem fundamentada decisão recorrida.

Donde não se poder alegar tratar-se de decisão sem fundamentação adequada ou inidônea.

O r. decisório de origem, fruto de trabalho debruçado e técnico, encontra eco de plena razoabilidade fática às condições do sentenciado.

Justificada e necessária, portanto, a manutenção do agravante em Penitenciária Federal de segurança máxima, localizada em outro Estado da Federação.

Nega-se provimento ao agravo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal nº 7004112-98.2018.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado LILIA APARECIDA DE CAMPOS SARTORI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.257)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), GUILHERME DE SOUZA NUCCI e LEME GARCIA.

São Paulo, 2 de abril de 2019.

NEWTON NEVES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULO – Unificação de penas – Termo inicial para a contagem do lapso temporal para benefícios – Pretensão para

que seja considerada a data do trânsito em julgado da última condenação – Inadmissibilidade – Recente entendimento do STJ – Interrupção do lapso temporal que se dá da última prisão ou da falta grave e restrito à progressão no regime – Recurso improvido.

VOTO

Cuida-se de agravo em execução contra a r. decisão de fls. 14/15 que indeferiu pedido do Ministério Público de retificação do cálculo de unificação de penas.

Nas razões do recurso, busca o agravante seja determinado o reinício da contagem dos prazos para obtenção de benefícios da data do trânsito em julgado para o Ministério Público da última condenação juntada aos autos.

Contraminuta a fls. 17/22.

Decisão de manutenção a fls. 23.

A Douta Procuradoria Geral da Justiça é pelo provimento do recurso (fls. 27/29).

É o relatório.

O agravo não comporta provimento.

A discussão trazida a debate diz respeito ao marco inicial para concessão de benefícios quando o juízo procede à unificação das penas.

Entende o agravante que havendo a unificação de penas deve ser considerado como marco inicial para benefícios a data do trânsito em julgado da última condenação para o Ministério Público.

Sem razão, contudo, tendo em vista o novo entendimento formado pela d. Terceira Seção do C. STJ, no julgamento do REsp n. 1.557.461/SC e do HC n. 381.218/MG.

Embora este relator em julgados outros tenha adotado, com base na jurisprudência então pacificada dos Colendos STJ e STF, o entendimento buscado pelo agravante, constatou-se que a jurisprudência atual do C. STJ foi alterada e passou a adotar como marco inicial para o benefício da progressão no regime, na hipótese de unificação de penas, a data da última prisão ou da falta grave.

Tal modificação deu-se pelo fato de ter sido verificado prejuízo ao condenado que tinha o tempo de pena cumprido desde a última prisão até o trânsito em julgado desprezado.

Confira-se trecho do voto-vista do Relator Designado, Eminente Ministro Sebastião Reis Júnior nos autos do HC 381248/MG, j. em 22/02/18 e respectiva ementa:

Acesso ao Sumário

"De fato, o tempo de prisão provisória cumprido deve ser considerado seja por um processo, seja por dois, seja por mais processos criminais. Agora com muito mais razão, já que é possível a execução penal antes do trânsito definitivo da condenação. Ora, o risco dos prejuízos decorrentes da interpretação que hoje predomina tende a ser maior, porque tende a ser ainda maior o tempo de prisão e para uma quantidade maior de apenados. Para mim, é definitivo o argumento de que, a prevalecer o entendimento atual, desconsideraremos o período de prisão cumprido pelo réu antes do trânsito em julgado de sua segunda condenação, o que não pode ser admitido, por configurar excesso na execução. Ainda que a jurisprudência desta Casa tenha caminhado no sentido de que, na hipótese de unificação de penas, a data-base para a obtenção de benefícios processuais na execução é a data do trânsito em julgado da última condenação, concordo com o Ministro Rogerio quando diz que ela não pode se cristalizar de modo a impedir que uma nova compreensão substitua a anterior, dada a perspectiva dinâmica do direito, mormente diante de questão tão imbricada à liberdade humana...".

"HABEAS CORPUS SUBMETIDO À TERCEIRA SEÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DE NOVA SENTENÇA CONDENATÓRIA. TERMO INICIAL PARA CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. 1. A superveniência de nova condenação no curso da execução penal enseja a unificação das reprimendas impostas ao reeducando. Caso o quantum obtido após o somatório torne incabível o regime atual, está o condenado sujeito à regressão a regime de cumprimento de pena mais gravoso, consoante inteligência dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, da Lei de Execução Penal. Em vez de haver o cumprimento progressivo de cada pena individualmente, há a soma do total de penas a serem cumpridas para que o apenado as cumpra de forma conjunta. 2. Inexiste respaldo legal para a alteração da data-base a fim da concessão de futuros benefícios na execução em razão da unificação das penas. 3. A execução da pena não se inicia apenas com a superveniência do título judicial exequível. Já se admite a execução provisória nas hipóteses de existência de prisão cautelar e, atualmente, quando há a confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça/Tribunal Regional e não há prisão preventiva. 4. Acarreta evidente excesso de execução a desconsideração do tempo de prisão antes do trânsito em julgado da nova condenação. 5. Ordem concedida, de ofício, para cassar o acórdão proferido no agravo em execução penal e restabelecer a decisão do Juízo da execução, proferida em 4/3/2016"

Acesso ao Sumário

Dessa forma, revendo a posição então por mim adotada, reconheço prejudicialidade ao sentenciado e curvo-me ao recente julgado do C. STJ passando a adotar como marco inicial para a progressão no regime a data da

última prisão ou da falta grave, afastada qualquer interrupção na contagem do prazo para o benefício do livramento condicional, indulto e comutação, entendimento esse adotado por esta Corte e pelo d. juízo da execução criminal pelo que se vê do r. despacho agravado que, em consequência, fica mantido.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7002719-41.2018.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado SERGIO BATISTA PEREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.713)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente) e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 8 de abril de 2019.

PAULO ROSSI, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – Recurso ministerial pleiteando a reforma da decisão que ante a nova condenação, deixou fixar a data do trânsito em julgado para o Ministério Público da última condenação, como marco inicial para fim de benefícios – NÃO VERIFICADO – Não há norma legal que dê substrato ao "efeito interruptivo" do lapso aquisitivo à consecução de benefícios quando da unificação de penas, nos termos do artigo 111 da LEP. Ademais, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.557.461/SC, ocorrido em 22/2/2018, firmou o entendimento de que: "*A alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra respaldo legal. Portanto, a desconsideração do período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar, seja por*

Acesso ao Sumário

***delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado após e já apontado como falta disciplinar grave, configura excesso de execução*".**

Agravo improvido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de agravo em execução interposto pelo d. representante do Ministério Público contra a decisão de fls. 15/16, proferida pelo MM. Juiz da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Marília, que deixou de retificar o cálculo de penas requerido, ante a prática de nova condenação das penas impostas ao sentenciado Sérgio Batista Pereira, deixando de estabelecer como data-base para a concessão de benefícios, o trânsito em julgado para o Ministério Público da última condenação.

A douta representante do Ministério Público alega que o agravado cumpre pena total de 37 anos, 04 meses e 12 dias de reclusão, pelas práticas dos crimes de roubo duplamente qualificado por quatro vezes (concurso formal), roubo triplamente qualificado, roubo duplamente qualificado, resistência, porte ilegal de arma de fogo e corrupção de menor. Sustenta que o entendimento adotado pela magistrada *a quo* contraria o posicionamento doutrinário e jurisprudencial dominante no que tange ao início do lapso para obtenção de benefícios executórios. Alega que diante da nova condenação pela prática de crime doloso, a data inicial para fim de benefício a ser considerada para aferição do requisito objetivo, é a do trânsito em julgado para o Ministério Público da última condenação, no caso 11/02/2014, referente à Execução nº 04. Requer a concessão do agravo para que seja determinada a fixação de nova data para o cálculo dos lapsos aquisitivos para benefícios, ou seja, do trânsito em julgado para o Ministério Público da última condenação sofrida pelo agravado (fls. 02/08).

Processado e contraminutado o agravo (fls. 18/21), e mantida a respeitável decisão recorrida (fls. 22), manifestou-se a Douta Procuradoria Geral de Justiça, pelo provimento do agravo (fls. 28/32).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre frisar que o douto defensor do agravado em sua contraminuta de agravo em execução, requereu, preliminarmente, o não conhecimento do agravo por ausência de peças essenciais à análise do feito.

Diante da presente decisão, sem razão a defesa.

Segundo se depreende da Folha de Antecedente (fls. 11/13 e verso), o agravado Sérgio Batista Pereira cumpre pena privativa de liberdade num total de 38 anos, 06 meses e 07 dias de reclusão, possuindo três execuções. Iniciou o

cumprimento das penas em 08/09/2005, com término previsto para 02/02/2049.

Ante o advento da nova condenação do agravado pela prática de crime doloso, foi requerida pelo Ministério Público a retificação do cálculo de penas, para alterar a data-base para fins de benefícios o dia em que transitou em julgado para o Ministério Público, a última sentença condenatória, qual seja, da condenação da 3ª Execução, 15/03/2013 (fls. 14).

Por r. Decisão proferida em 20 de abril de 2018, pela douta Juíza o pedido foi indeferido, assim consignando: "*Quanto ao termo inicial para fim de futuros benefícios discordo pontualmente da representante do Ministério Público, para manter coerência com a interpretação sistemática da LEP adotada e para evitar insegurança jurídica ao sentenciado, que ao ver transferido para si todo o ônus da demora processual decorrente do reconhecimento do novo delito que se unifica, tem, na hipótese de responder ao novo delito preso, tratamento profundamente prejudicial ao ver desprezado todos os períodos aquisitivos referentes ao novo delito, que supostamente uma execução provisória de pena teria como finalidade garantir.*

Isso porque, a prisão pelo novo crime tem efeitos imediatos na execução de pena vigente, causando além dos prejuízos já mencionados, controvérsias em relação ao marco inicial de interrupção do lapso, com ocorrência de bis in idem, ao permitir que um mesmo fato (novo crime), leve a duas modificações na pena.

A primeira modificação que o novo crime gera na pena decorre dos efeitos dessa prisão na execução da pena já em andamento que futuramente com a unificação passará a ser uma. A prisão cautelar pelo novo crime além de configurar falta grave (art. 52 da LEP) e causar a sustação cautelar e eventual regressão ao regime mais rigoroso, também causa interrupção dos lapsos temporais para novos benefícios, segundo entendimento consolidado na Súmula 534 do STJ, sendo estes exemplos do primeiro efeito que o novo crime causa na execução da pena.

A segunda modificação pelo mesmo fato seria no momento em que feita a unificação do art. 111 da LEP, se determinasse o marco inicial como sendo outra data diversa daquela que já produziu efeitos na execução até então vigente com o consequente desprezo dos lapsos temporais anteriormente cumpridos desde a última prisão pelo novo crime (causa da primeira modificação na data-base).

Assim, se o cálculo determinar que na hipótese de unificação de penas o marco inicial observe o trânsito em julgado ou a data da sentença condenatória, incidirá em 'bis in idem', pois, por um mesmo fato (novo crime) geraria dois efeitos prejudiciais" (fls. 15/16).

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, no artigo 118 da Lei de Execução Penal, apenas está previsto

Acesso ao Sumário

a sujeição do condenado à regressão de regime quando do cometimento de falta grave ou quando sofra condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da reprimenda em execução, torne incabível o regime. No referido dispositivo não há menção à elaboração de novo cálculo, desprezando-se o período de cumprimento de pena anterior.

Dessa forma, não se despreza a fração anteriormente cumprida para fim de vencimento total da pena, também não se pode desconsiderar o quanto já cumprido antes da regressão, para efeito de promoção e acesso a benefícios.

Assim, de acordo com o ordenamento jurídico positivado, não há norma legal que dê substrato ao "efeito interruptivo" do lapso aquisitivo à consecução da progressão de regime quando da unificação de penas, nos termos do artigo 111 da LEP.

Efetuada a leitura conjugada do parágrafo único do artigo 111 e do inciso II do artigo 118, ambos da LEP, não se infere que, efetuada a soma das penas impostas ao reeducando, é mister a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, especialmente, diante da ausência de disposição legal expressa.

Observa-se que o dispositivo legal supramencionado, invocado pela douta magistrada *a quo* para alicerçar a unificação das penas dispõe apenas sobre a possibilidade de alteração do regime de cumprimento de pena em razão de nova condenação e não sobre a interrupção do lapso aquisitivo de benefícios pelo trânsito em julgado da nova condenação. E não se pode interpretar extensivamente dispositivo legal em prejuízo do réu.

Na hipótese, o reeducando cumpria pena privativa de liberdade em regime fechado, sobrevindo nova condenação em regime prisional fechado.

No caso em questão não houve a prática de fato definido como crime doloso no bojo da execução da pena, a constituir falta grave, prevista no artigo 52 da LEP, a amparar o reinício do lapso para progressão de regime prisional, nos moldes da súmula nº 526 do STJ.

Ademais, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.557.461/SC, ocorrido em 22/2/2018, firmou o entendimento de que: "*A alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra respaldo legal. Portanto, a desconsideração do período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado após e já apontado como falta disciplinar grave, configura excesso de execução*".

Acesso ao Sumário

Entendeu-se, ainda, que nem mesmo a regressão de regime prisional, decorrente da unificação de penas é passível de determinar o reinício do lapso para a obtenção de benefícios, porquanto criaria situações díspares e prejudicial em afronta ao princípio da individualização da pena, *in verbis: "É imperioso*

consignar que a alteração da data-base, em razão da superveniência do trânsito em julgado de sentença condenatória, procedimento que não possui respaldo legal e é embasado apenas na regressão de regime, ***implica conjuntura incongruente, na qual o condenado que já havia progredido é forçado a cumprir lapso superior àquele em que permaneceu em regime mais gravoso para que novamente progrida****".*

Ponderou-se também que: *"(...)* ***não se pode alegar que um fato praticado antes do início da execução da pena constitua parâmetro de avaliação do mérito do apenado****, uma vez que evento anterior ao início do resgate das reprimendas impostas não desmerece hodiernamente o comportamento do sentenciado. Assim, um delito cometido antes de iniciar-se o cumprimento da pena não possui o condão de subsidiar a análise do desenvolvimento da conduta do condenado e, por conseguinte,* ***não deve ser utilizado como critério para que se proceda ao desprezo do período de pena cumprido antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, em face do reinício do marco temporal relativo aos benefícios executórios****".*

Ainda, por ocasião do julgamento do HC nº 413.944/SP, aplicando o novel entendimento, ponderou o eminente Ministro Rogério Schietti Cruz, integrante da Sexta Turma do STJ que: "*O período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar não pode ser desconsiderado, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado após e já apontado como falta grave*" (DJe 05/03/2018).

Dessa forma, conclui-se que, por ocasião da unificação de penas, a alteração do termo inicial para o deferimento de novos benefícios no bojo da execução da pena constitui afronta ao princípio da legalidade e ofensa à individualização da pena, revelando-se, portanto, incabível a interrupção.

Por tudo isto, impossível acolher-se o inconformismo ministerial.

Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo em execução, mantendo-se a r. decisão monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal nº 7000855-65.2018.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado JÚLIO CÉSAR CARDOSO DE SOUZA.

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 agravo em execução. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.935)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) e TOLOZA NETO.

São Paulo, 15 de abril de 2019.

ÁLVARO CASTELLO, Relator

Ementa: AGRAVO EM EXECUÇÃO – PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL SEM A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO – POSSIBILIDADE: Presentes os requisitos objetivos e subjetivos à concessão do benefício e não havendo razão para a realização do exame criminológico, correta a progressão de regime conforme operada.

VOTO

O representante do MINISTÉRIO PÚBLICO interpõe o presente Agravo em Execução, objetivando a reforma da r. decisão do MM. Juíza de Direito da E. Vara das Execuções Criminais da Comarca de Marília (fls. 17/18) que deferiu o pedido de progressão ao regime intermediário formulado em favor do sentenciado JÚLIO CÉSAR CARDOSO DE SOUZA.

Sustenta o Órgão Ministerial não haver prova de que o sentenciado cumpre o requisito subjetivo para retornar à sociedade, já que não submetido a exame criminológico e condenado por crimes graves e com longa pena a cumprir, não merece a progressão. Acrescenta, ainda, que tem o reeducando no seu histórico a prática de várias faltas graves, tendo a última ocorrida no ano de 2015. Busca, assim, a cassação da decisão com retorno do sentenciado ao regime fechado ou, alternativamente, sua submissão ao exame criminológico (fls. 20/29).

Ofertada a contraminuta (fls. 36/41v.), a decisão agravada foi mantida (fls. 42) e a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo provimento do agravo (fls. 45/50).

É O RELATÓRIO.

O agravado cumpre pena de 17 (dezessete) anos, 09 (nove) meses e 12 (doze) dias de reclusão pela prática de roubo qualificado, resistência e disparo de arma de fogo, com TCP para 2025.

Em primeiro lugar, percebe-se do boletim informativo fornecido pela Secretaria de Administração Penitenciária que o requisito objetivo foi cumprido (fls. 4v./7v.).

A alegação de descumprimento do requisito subjetivo, *data maxima*

Acesso ao Sumário

venia, deve ser afastada.

Embora a nova redação do art. 112, da LEP, dada pela Lei 10.792/03, não traga mais a imprescindibilidade do parecer da Comissão Técnica de Classificação, limitando-se à ostentação de bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento, não afastou a possibilidade de submissão ao exame criminológico sempre que o juiz entendê-lo necessário tornando-o, apenas, facultativo e restrito a hipóteses em que, dentro do poder discricionário do magistrado e de seu prudente arbítrio, entenda imperativo para fornecer subsídios à sua decisão.

A progressão não é um direito absoluto e deve ser sopesada com os reflexos que dela advém para a segurança da sociedade, devendo o sentenciado demonstrar que possui capacidade para ser beneficiado ao regime mais brando, cabendo ao magistrado verificar e constatar a presença, ou não, dos requisitos objetivos e subjetivos.

No caso dos autos, a magistrada fundamentou sua decisão, ressaltando que: "*... tratando-se de mera progressão ao regime semiaberto, pouco mesmo oneroso que o regime fechado, não se deve emprestar ao exame do caso critérios mais rigoroso, sob pena de tirar-se todo o estímulo ao reeducando que, no regime intermediário, não será devolvido à liberdade nem ao convívio aberto com o meio social, afigurando-se a conveniência e justiça de conceder a progressão desejada, no curso da qual, em sendo seu comportamento inadequado, poderá sofrer pronta regressão" [sic]* (fls. 17v.).

Assim, como já resgatou o lapso temporal exigido em lei, contando com atestado, emanado pela Diretoria Penitenciária, de boa conduta disciplinar, correta a progressão.

De qualquer modo, embora condenado por crimes graves, o simples fato de ter longa pena a cumprir não é suficiente para apontar ausência de requisito subjetivo, que deve ser demonstrada por algum meio concreto e não somente pelo fato de lhe restar longa pena a cumprir ou ter praticado conduta com maior gravidade. Consigne-se que a falta anteriormente praticada está há muito reabilitada, e, analisando-se o boletim informativo, também se percebe o comportamento adequado do agravado.

Portanto, não se vislumbra reparo algum a ser efetuado na r. decisão combatida, devidamente fundamentada e obediente à lei.

Diante do exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao presente agravo.

Acesso ao Sumário

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001241- 98.2017.8.26.0491, da Comarca de Rancharia, em que é apelante JACONIAS CIRINO FRANCO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento em parte ao recurso. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 14.216)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente) e NEWTON NEVES.

São Paulo, 1º de março de 2019.

LEME GARCIA, Relator

Ementa: APELAÇÃO. Violência doméstica contra a mulher. Lesão corporal de natureza leve. Recurso defensivo. Insuficiência probatória. Inocorrência. Palavra da vítima abalizada pelo exame de corpo de delito, comprovando a ação delitiva. Dosimetria. Especificidade da reincidência que, por si só, não justifica o aumento da pena acima do mínimo legal. Pena redimensionada. Regime inicial bem fixado. Recurso parcialmente provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por JACONIAS CIRINO FRANCO contra a r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Vandickson Soares Emidio, da 2ª Vara da Comarca de Rancharia, que o condenou à pena de 06 meses de detenção, em regime semiaberto, pela prática do crime previsto no artigo 129, § 9º, do Código Penal (fls. 104/109).

Em razões de recurso, pretende a Defesa a absolvição do apelante por insuficiência probatória ou, subsidiariamente, a redução da pena e o abrandamento do regime inicial fixado para o seu cumprimento (fls. 123/128).

Em contrarrazões, manifesta-se a Promotoria de Justiça pelo não provimento do recurso (fls. 132/134).

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Eliana Passarelli, opina pelo não provimento do apelo defensivo (fls. 141/145).

É o relatório.

O recurso comporta parcial provimento.

O apelante foi condenado porque, no dia 31 de dezembro de 2016, na cidade de Rancharia/SP, prevalecendo-se das relações domésticas e familiares, ofendeu a integridade física de Alexandra dos Santos Silva, provocando-lhe lesões corporais de natureza leve, conforme laudo de exame de corpo de delito de fls. 12.

Segundo consta na denúncia, o apelante e a vítima conviveram em união estável pelo período aproximado de dois anos. No dia dos fatos, ele passou a agredir a ofendida, desferindo chutes contra ela, apertando seu pescoço e batendo com a sua cabeça na parede, o que causou as lesões constatadas por meio de exame médico.

A materialidade do ilícito ficou demonstrada pela portaria (fls. 05), pelo boletim de ocorrência (fls. 06/07), pela ficha de atendimento ambulatorial (fls. 13/14), pelo laudo de lesão corporal (fls. 15), bem como pela prova oral produzida.

A autoria delitiva, do mesmo modo, é inconteste.

Durante a fase inquisitiva, o apelante confirmou que teve uma discussão com a ofendida, mas negou tê-la agredido. Disse que foi a vítima quem o agrediu com um chuveiro e em seguida o colocou para fora de casa (fls. 29). Em Juízo, novamente negou ter agredido sua companheira, mas reconheceu fazer uso de bebida alcoólica (mídia digital).

A versão apresentada pelo apelante restou isolada no conjunto probatório.

A ofendida Alexandra dos Santos prestou declarações firmes e coerentes, confirmando na íntegra os fatos narrados na denúncia. Informou que o acusado é alcoólatra e, por temer pela integridade de seus filhos, que não são filhos comuns, já fazia uma semana que estava pedindo que ele saísse da residência. No dia dos fatos começaram a discutir e o acusado, novamente alcoolizado, ficou alterado e a agrediu. Relatou que ele a empurrou, o que a fez cair no chão. Em seguida, quando tentou se levantar, ele pegou sua cabeça e bateu com ela na parede. Chegou a se defender com um chuveiro que estava ao seu alcance, mas as agressões só cessaram ao conseguir pular a janela e sair do local. Acionou a Polícia Militar, mas quando os policiais chegaram o acusado já havia deixado a residência. Esclareceu que a briga durou desde as duas horas da tarde até por volta das sete horas da noite. Disse, ainda, que seu filho Lucas presenciou as agressões. Atualmente estão separados, mas residem na mesma cidade e mantém um relacionamento cordial (mídia digital).

Lucas Henrique dos Santos, de oito anos de idade, e Luan Henrique dos

Acesso ao Sumário

Santos, de sete anos de idade, filhos da ofendida, foram ouvidos na Delegacia de Polícia e afirmaram que presenciaram o "Tio Coca" gritar e bater em sua mãe (fls. 38 e 40).

Conforme se infere do conjunto probatório, a vítima relatou de forma precisa e coerente as agressões sofridas, nas duas oportunidades em que foi ouvida, e suas declarações foram confirmadas por seus filhos Lucas e Luan.

Corroborando a versão da vítima, constata-se pelo laudo de exame de corpo de delito que ela apresentava hematomas e contusões nas regiões do ombro, do braço e do pulso, lesões corporais de natureza leve totalmente compatíveis com o seu relato (fls. 13/15).

Ressalte-se que a palavra da vítima nos crimes de violência doméstica possui relevante valor probatório. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ESPECIAL RELEVÂNCIA À PALAVRA DA VÍTIMA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor dos delitos descritos na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de writ. Precedente. 3. No que se refere ao crime de ameaça, a palavra da vítima possui especial relevância para fundamentar a condenação, notadamente se a conduta foi praticada em contexto de violência doméstica ou familiar. Precedente. 4. Habeas corpus não conhecido[1].
>
> PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. VIA INADEQUADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. CRIME DE AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ESPECIAL RELEVÂNCIA À PALAVRA DA VÍTIMA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE.

1 STJ, HC 327231 / RS, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Data do julgamento 10/03/2016, Data da publicação 17/03/2016.

Acesso ao Sumário

> AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...] 3. A palavra da vítima tem especial relevância para fundamentar a condenação pelo crime de ameaça, mormente porque se trata de violência doméstica ou familiar. [...]. 5. Agravo regimental improvido[2].

Assim, diante dos elementos de prova coligidos aos autos, não há que se falar em insuficiência probatória, revelando-se de rigor a manutenção da condenação do apelante pela prática do crime previsto no artigo 129, § 9º, do Código Penal.

Confirmado o mérito da r. sentença condenatória de primeiro grau, passo à análise da dosimetria da pena.

Na primeira etapa, a pena foi corretamente fixada acima do mínimo legal, em 04 meses de detenção, tendo o i. magistrado *a quo* fundamentado o aumento nos maus antecedentes do acusado (processo n. 0000005-52.2012.8.26.0341 – condenação por desobediência e coação no curso do processo, transitada em julgado em 10.06.2014 – fls. 67) e nas circunstâncias do delito, praticado diante dos dois filhos menores da vítima e mediante agressões mantidas por horas, interrompendo-se apenas por ela ter saído do local por uma janela, que denotam maior grau de reprovabilidade da conduta. De fato, tais circunstâncias justificam a majoração da pena-base, com lastro no artigo 59 do Código Penal, revelando-se também razoável o aumento aplicado.

Na segunda fase, também de forma escorreita, o i. magistrado sentenciante reconheceu a incidência da circunstância agravante da reincidência (processo n. 0002308-10.2010.8.26.0341 trânsito em julgado em 06.11.2013 fls. 67). Contudo, considerando que se trata de apenas uma condenação transitada em julgado geradora da reincidência, é o caso de redução da fração de aumento, que foi aplicada em 1/2, para 1/6, resultando a pena intermediária em 04 meses e 20 dias de detenção.

Ressalte-se que de acordo com o atual entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a especificidade da reincidência não justifica, por si só, o aumento acima do mínimo legal. Nesse sentido, confira-se:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ESPECIFICIDADE. AUMENTO EM 1/3. DESPROPORCIONALIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. READEQUAÇÃO DA PENA DEVIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, na falta de previsão legal, o incremento da pena em fração superior a 1/6 (um sexto), pela incidência das agravantes, exige fundamentação concreta.

Acesso ao Sumário

2 STJ - AgRg no AREsp: 423707 RJ 2013/0367770-5, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 07/10/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/10/2014.

2. Hipótese em que o aumento da reprimenda em 1/3, com base em apenas um título condenatório transitado em julgado, ainda que reste configurada a reincidência específica, denota a existência de desproporcionalidade na segunda etapa do procedimento dosimétrico.

3. No julgamento do HC 365.963/SP, a Terceira Seção firmou o entendimento de que a especificidade da reincidência não enseja um maior desvalor na análise da dosimetria, o que permitiria, em princípio, a sua compensação integral com a atenuante da confissão espontânea.

4. Agravo regimental não provido[3].

Na terceira etapa, ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição, a pena acima aferida não sofre alterações.

Por fim, a despeito da pena aplicada, os maus antecedentes e a reincidência específica do apelante recomendam a confirmação do regime inicial semiaberto para o seu cumprimento, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c" e § 3º c.c. artigo 59, todos do Código Penal.

Posto isso, pelo meu voto, dou parcial provimento ao recurso defensivo, a fim de reduzir a pena imposta a JACONIAS CIRINO FRANCO para 04 meses e 20 dias de detenção, subsistindo, quanto ao mais, a r. sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0107996-14.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante S.A., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 2.130)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), LUIS SOARES DE MELLO e EUVALDO CHAIB.

São Paulo, 12 de março de 2019.

ROBERTO PORTO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Estupro tentado – Condenação – Recurso da defesa – Pleito de

3 AgRg no HC 440.349/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018.

absolvição por insuficiência de provas. Descabimento. Negativa inverossímil e isolada. Depoimento da vítima firme e coeso, corroborado pelas demais provas dos autos – Desclassificação para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor. Descabimento. Constrangimento praticado mediante violência, comprovada por exame pericial – Dosimetria. Pena-base no mínimo. Aumento de um sexto em razão da reincidência. Diminuição pela tentativa. Regime fechado de rigor, ante a reincidência e a gravidade concreta da conduta – Recurso defensivo improvido.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por S.A. contra a r. sentença de fls. 146/148, que o condenou ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, como incurso no artigo 213, *caput*, c.c. o artigo 14, II, ambos do Código Penal.

Inconformada com a r. sentença, recorre a defesa, pleiteando a absolvição por insuficiência de provas, com base na negativa do Apelante. Subsidiariamente, requer desclassificação da conduta para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, antes prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais e vigente à época dos fatos. Em caso de manutenção da condenação, pleiteia regime inicial menos gravoso, ante a primariedade (fls. 156/167).

Regularmente processado, o recurso foi contrarrazoado pelo Ministério Público a fls. 172/176.

Nesta Instância, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento do recurso, no parecer de fls. 194/205.

É o relatório.

S.A. foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 213, *caput*, do Código Penal, porque, no dia 03 de dezembro de 2017, por volta das 9 horas, na rua Clemente Pereira, altura do nº 457, Ipiranga, na Comarca da Capital, constrangeu a vítima B.L.S.G., mediante violência, à prática de atos libidinosos.

Conforme apurado, a vítima descansava em seu veículo em via pública, eis que trabalhava como motorista particular, quando o Apelante entrou no automóvel, anunciou o estupro, abaixou suas calças, apalpou-a e a agrediu, além de esfregar seu pênis no corpo dela. A vítima tentou repelir as agressões e gritou, sendo ouvida por uma vizinha que acionou a Polícia Militar. Em rápido atendimento, os milicianos surpreenderam o denunciado em plena prática delituosa, dentro do veículo, com as calças abaixadas e segurando o pescoço da vítima.

Acesso ao Sumário

A materialidade do delito decorre do auto de prisão em flagrante de fl. 2, do boletim de ocorrência de fls. 11/14, do laudo pericial de fls. 113/114, dos depoimentos colhidos e das demais provas existentes nos autos.

A autoria restou cabalmente comprovada. A negativa do Apelante apresenta-se inverossímil e completamente isolada das provas dos autos. A vítima, em depoimento firme e coeso, descreveu detalhadamente a conduta delitiva. É cediço que o depoimento da vítima assume especial relevância quando o crime ocorre na clandestinidade, em situações nas quais não há outros meios de prova que o possam corroborar integralmente.

Não obstante, o conjunto probatório destes autos apoia sua versão. O laudo do exame de corpo de delito (fls. 113/114) atesta as agressões sofridas por ela. O depoimento do policial militar Renato Ferreira Rodrigues dá conta de que recebeu comunicado acerca do pedido de socorro, indicando que, ao contrário da versão do acusado, a vítima gritava, tentando desvencilhar-se dele antes da chegada da polícia. O miliciano relata, ainda, o estado de nervos em que se encontrava a vítima.

A desclassificação da conduta para mera contravenção penal de importunação não encontra qualquer cabimento no caso sob análise. O agressor evidentemente tinha a intenção de estuprar a vítima, conforme se depreende do depoimento dela. E, se não chegou efetivamente à conjunção carnal, constrangeu-a sobremaneira, esfregando nela sua genitália e agredindo-a fisicamente, como mostra o laudo pericial de fls. 113/114. Seus atos, assim, exacerbam claramente a tipificação da contravenção, amoldando-se perfeitamente ao texto do artigo 213 do Código Penal.

Aliás, uma vez que a redação do artigo 213 não exige a prática efetiva de conjunção carnal para consumação do crime de estupro, admitindo-a com a mera prática de ato libidinoso, seria lícito considerar como consumado o crime perpetrado pelo Apelante. Entretanto, considerando que foi interrompido durante a conduta e que não conseguiu seu intento final, o da conjunção carnal, houve por bem o MM. Juízo *a quo* considerar que se tratou de tentativa. O entendimento se mantém ante a ausência de recurso ministerial, sob pena de violação ao princípio da *non reformatio in pejus.*

Destarte, não há dúvida de que a condenação por estupro tentado era mesmo medida de rigor. No tocante à dosimetria penal, tampouco cabe reparo.

Na primeira fase, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, o douto Julgador fixou a pena-base no mínimo, 6 (seis) anos de reclusão.

Na segunda fase, incide a circunstância agravante referente à reincidência, ensejando aumento na fração de 1/6 (um sexto), perfazendo 7 (sete) anos de reclusão.

Na terceira fase, ausentes outras causas de aumento ou de diminuição,

Acesso ao Sumário

aplicou-se a diminuição de 2/3 (dois terços) por considerar-se tentado o crime. A pena definitiva, assim, alcançou os 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

O pleito defensivo de fixação de regime aberto é descabido em vista do texto legal do artigo 33 do Código Penal, vez que se trata de sentenciado reincidente. Não obstante, o regime intermediário também não se apresenta suficiente para o caso em comento. Embora no momento da fixação de regime o douto Prolator da r. sentença tenha apenas se referido à gravidade do crime, a análise completa da sentença revela que não se trata de gravidade abstrata do crime de estupro, mas de gravidade concreta da conduta do Apelante, que violentamente atacou uma mulher desconhecida em via pública, demonstrando tendências violentas, e desprezo à ordem pública.

Além disso, ainda que o regime fechado não seja obrigatório para os crimes hediondos, como aponta a combativa defesa, é fato que a classificação de um crime como tal pelo legislador exige repressão grave e eficiente para coibir tais práticas. O regime fechado, assim, é o resultado esperado pelo tratamento mais gravoso dado a esses crimes pela legislação pátria, mormente tratando-se de sentenciado reincidente. De rigor, portanto, que o desconto da reprimenda se inicie no regime mais gravoso.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso de apelação interposto, mantendo-se integralmente a r. sentença recorrida. Oportunamente, expeça-se mandado de prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000833-51.2017.8.26.0542, da Comarca de Barueri, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado PERCEU ROCHA VASCONCELOS.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao apelo de PERCEU ROCHA VASCONCELOS e deram provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o réu como incurso no art. 33 "caput" c.c. o 40, III, ambos da Lei 11.343/06, aumentadas as penas para 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais 194 dias-multa, diária mínima; mantida, no mais, por seus bem deduzidos fundamentos, a sentença recorrida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.559)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARCO ANTÔNIO COGAN (Presidente) e SÉRGIO RIBAS.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 14 de março de 2019.
MAURICIO VALALA, Relator

Ementa: Tráfico ilícito de drogas – Coesão e harmonia do quadro probatório – Condenação – Conformismo do condenado, no essencial – Apelo defensório que se limita à fixação de regime mais brando.

Causa de aumento do artigo 40, III, da Lei nº 11.343/06 – Reconhecimento de rigor, como pede o Ministério Público – Infração cometida nas proximidades de estabelecimentos beneficente e de ensino.

Aplicação do § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/06 – Fração de 2/3 inalterada.

Regime prisional semiaberto – Subsistência.

Apelos defensivo desprovido e acusatório provido.

VOTO

A r. decisão de fls. 242/7, do d. juízo de direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barueri, cujo relatório se adota, julgou parcialmente procedente a presente ação, condenando Perceu Rocha Vasconcelos, por infração ao artigo 33, "caput" da Lei nº 11.343/06, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime prisional semiaberto, e 188 dias-multa, no piso legal.

Conformado com a condenação o inculpado, ofereceu, a D. Defesa, recurso de apelação, postulando tão só a fixação de regime aberto (fls. 277/9).

A sua vez, apelou, o Ministério Público, bradando pelo reconhecimento da causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06 (fls. 262/9).

Os recursos foram regularmente processados.

Sobreveio parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça, pelo provimento apenas do apelo acusatório.

É o relatório.

O acusado foi processado e condenado porque, nas circunstâncias descritas na denúncia, mantinha em depósito e guardava, para fins de tráfico, 274,9g de maconha, além da quantia de R$ 71,00.

E a condenação era mesmo de rigor, porquanto robustas as provas da materialidade e da autoria do delito trazidas para os autos, calcadas nos autos de prisão em flagrante delito (fls. 02/3), de exibição e apreensão (fl. 47), no boletim de ocorrência (fls. 24/8), nos laudos de constatação provisória e de exame químico-toxicológico (fls. 50/2 e 207/8), bem como nos depoimentos policiais (audiovisuais anexados aos autos digitais), tanto assim que não houve

Acesso ao Sumário

inconformismo no particular, limitado que está o reclamo à fixação de regime mais brando.

Já, o pleito ministerial, merece acolhida, como se verá adiante.

Ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, foram as bases fixadas no mínimo legal de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, desprezada, por essa razão, a atenuante da confissão (Súmula 231 do STJ).

Mas, a prática da mercancia ilícita se deu nas proximidades de estabelecimentos beneficente e de ensino (sede da APAE e EMEF Onofra da Costa – fl. 113), o que basta a que ora se reconheça a causa de aumento do artigo 40, III, da lei especial.

Buscou, o legislador, frear a disseminação do uso e da mercancia ilícita em locais de maior acesso e maior vulnerabilidade.

Remansosa jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça e dos Tribunais Superiores entende que basta ao reconhecimento da referida causa de aumento a proximidade aos estabelecimentos elencados no dispositivo legal, sendo irrelevante o dolo do agente em buscar a comercialização das ilícitas substâncias nesses locais.

Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

> "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. MAJORANTE DESCRITA NO ART. 40, III, DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO COMETIDO NAS IMEDIAÇÕES DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONDENAÇÕES AINDA NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.
>
> (...) 3. Para o reconhecimento da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, não é necessária a comprovação da efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente de fato atinja, diretamente, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc., sendo suficiente que a prática ilícita ocorra nas dependências, em locais próximos ou nas imediações de tais localidades (...)
>
> 12. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar a reprimenda do paciente, nos termos do voto do

Acesso ao Sumário

relator. (HC 338.379/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016)".

Destarte, majoradas as penas à conta de 1/6, a título da causa de aumento supra mencionada, obtêm-se 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, no menor valor unitário.

Presentes os requisitos do § 4º da Lei nº 11.343/06, foram as penas reduzidas de 2/3, perfazendo-se, agora, as penas de 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais 194 dias-multa, tornadas definitivas, ante a ausência de circunstâncias modificadoras.

Elegeu-se o regime semiaberto, substituindo-se a física por restritivas de direito, o que nem era o caso.

A gravidade do delito perpetrado e suas consequências, não se coaduna com a fixação de regime diverso do fechado e conversão da carcerária em restritiva de direitos, mostrando-se insuficientes para a hipótese e socialmente não recomendáveis, máxime se considerada a expressiva quantidade de droga apreendida (274,9g).

Benefício qualquer, em especial sob a forma de penas alternativas, pode se arvorar em sinônimo de impunidade, na contramão do que busca o cidadão de bem.

Todavia, conformada a acusação, nada se pode fazer aqui.

Diante do exposto, **nega-se provimento** ao apelo de PERCEU ROCHA VASCONCELOS e **dá-se provimento** ao recurso do Ministério Público para condenar-se o réu como incurso no art. 33 "caput" c.c. o 40, III, ambos da Lei 11.343/06, aumentadas as penas para 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, mais 194 dias-multa, diária mínima; mantida, no mais, por seus bem deduzidos fundamentos, a sentença recorrida.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0035587-06.2018.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que é apelante E.S.A., 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 34.814)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente), GUILHERME DE SOUZA NUCCI e

CAMARGO ARANHA FILHO.

São Paulo, 21 de março de 2019.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO, Relator

Ementa: ESTUPRO TENTADO. Apelação que pretende a absolvição por insuficiência probatória. Necessidade. Narrativa da vítima permeada de detalhes incoerentes e de justificativas inacreditáveis. Afirmação de que teria filmado o momento em que o apelante, nu, a ameaçava com uma faca, mas, depois de entregar o vídeo à Delegada, o teria apagado. Absoluta ausência de qualquer referência à existência de gravação nos autos, inclusive na primeira fala da vítima em solo policial. Versão defensiva verossímil, confirmada por uma testemunha presencial. Persistência de dúvida razoável que deve levar a decisão favorável à defesa. Apelo provido para absolver E. com fulcro no art. 386, VII, CPP.

VOTO

1. E.S.A. está sendo processado como incurso nas sanções do artigo 213, *caput*, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, pois, segundo a inicial em 23 de abril de 2018, por volta das 4h30, mediante violência física que não causou lesão e grave ameaça com o uso de uma faca apreendida e periciada, tentou praticar conjunção carnal com a vítima de nome de G.R.S., só não consumando o seu intento diante da reação da vítima que conseguiu empurrá-lo e depois fugiu. A vítima acionou policiais militares, o que permitiu a prisão do acusado no local dos fatos e a apreensão da faca utilizada.

Silente em solo policial, E. negou o crime em Juízo, alegando que a vítima o acompanhou voluntariamente a sua casa, onde discutiram a respeito de garrafas de bebidas.

Ao final da instrução, foi condenado pelo delito da inicial à pena de 2 anos de reclusão em regime inicial fechado (fls. 292/296).

Inconformado, recorre amparado pela Defensoria Pública do Estado, buscando ser absolvido por insuficiência de provas. Subsidiariamente, entende ser caso de desclassificação para importunação ofensiva ao pudor ou perturbação da tranquilidade. Em último caso, entende ser necessária a fixação de regime inicial mais brando (fls. 404/414).

Foram apresentadas as necessárias contrarrazões e o parecer da douta

Acesso ao Sumário

Procuradoria Geral de Justiça é pelo improvimento do apelo defensivo.

É o relatório.

2. Voto pelo provimento do recurso defensivo.

Trata-se de caso de grande complexidade, demandando a análise cuidadosa de muitos registros audiovisuais de audiências e das demais provas colhidas nos autos.

E mesmo depois de um exaustivo e detalhado estudo de todos os elementos de prova que foram produzidos, chego à conclusão de que não é possível extrair dos autos a certeza necessária da ocorrência e autoria da conduta imputada a E. na inicial, devendo a condenação ceder frente ao princípio *in dubio pro reo.*

A participação estatal se inicia com a prisão em flagrante de E., que se deu em sua casa. Os policiais foram acionados via COPOM, que havia recebido chamado da vítima relatando ter sido vítima de tentativa de estupro. Foram ouvidos apenas os policiais Renato e Robson, apesar da referência expressa à participação de outros agentes, inclusive de uma policial feminina que teria conversado mais com a ofendida acerca do ocorrido.

Descreveram como encontraram a ofendida na praça em estado de choque. Apenas quando questionados, fazem discretas referências a uma possível embriaguez da ofendida, condição que ela própria assume e descreve ter sido muito intensa, como será abordado adiante. Em solo policial, chegam a dizer que ela saiu da casa seminua, mas nada dizem a esse respeito em Juízo, chegando a descrever calça e camisa em estado de normalidade, sendo o estado das vestes de vítima de estupro dado da maior relevância em casos da espécie.

Pareceu estranha a descrição da "fuga" de E. para o interior da própria casa, localizada no plano inferior do imóvel, de onde não conseguiria fugir, simplesmente para aguardar que os policiais arrombassem a porta. Apenas Renato disse em Juízo que a faca teria sido localizada no quarto. Estranhamente, nenhum dos policiais menciona a apreensão da suposta arma do crime em seus depoimentos extrajudiciais (fls. 6 e 8), situação de suma importância.

A maior fonte de contradições é a própria vítima. Mesmo o Juiz sentenciante reconheceu que, provavelmente, faltava com a verdade quanto a vários dados apresentados, supondo que realmente teria ido voluntariamente à casa de E. para consumir álcool ou drogas, condenando-o por entender demonstrado que, nesse contexto, exigiu que mantivesse relação sexual com ele.

Acesso ao Sumário

Em Juízo, disse que começou a conversar com E. porque a testemunha H. lhe pediu um cigarro em um bar. Teria perguntado a ele se era perigoso ir embora sozinha a pé à noite porque não conhecia bem a região, motivo pelo qual ele lhe ofereceu uma carona. Declarou em sentido contrário logo em seguida, afirmando que concordou em ir à casa dele para que "tomassem uma cerveja". Quando chegaram, E. teria tirado as roupas, o que a vítima disse ter "achado

estranho", mas teria "tentado manter uma reação normal", aceitando que ele queria lhe mostrar fotos dos filhos. Em seguida, fala que ele lhe chamou para outro cômodo, que era um quarto. Quando percebeu, "ficou assustada, mas se sentou na cama".

Registro que mesmo todo esse comportamento não tornaria atípica a tentativa do agente em com ela manter relação sexual contra sua vontade, mesmo que tivesse mudado de ideia e externado sua contrariedade depois de ir à casa de um homem desconhecido sozinha, durante a madrugada, enquanto embriagada, de ficar em sua presença mesmo com ele despido e de aceitar sentar-se com ele em sua cama nessa condição.

Contudo, não é esse o relato da ofendida, que faz afirmações estapafúrdias a tal respeito, tentando convencer de que seria "inocente e sem malícia" apenas porque vinha de Florianópolis, alegando que "não tem a malicia que se tem aqui [em São Paulo]". Questionada pelo Promotor de Justiça, afirma que aceitou ir de madrugada para a casa de um desconhecido por "loucura da minha cabeça" (7min22seg).

Assim, ainda que, obviamente, a todo indivíduo se reserve o direito de mudar de ideia a qualquer momento e rejeitar relação sexual, independentemente de comportamento anterior em sentido indiscutivelmente receptivo, é necessário que se analise detalhadamente as afirmações da vítima para evitar acusações falsas.

Afinal, é imprescindível assumir que, da mesma forma que a privacidade dos locais em que crimes da espécie são cometidos dificulta a comprovação do ocorrido pela vítima, é fato que também pode ser explorada por pessoas inescrupulosas capazes de sacar increpações falsas.

Disse então que, enquanto sentada na cama, E. teria arrancado sua camisa a força e, ao tentar retirar a calça, entraram em luta corporal. Nesse momento, de alguma forma, ele teria colocado a cabeça entre suas pernas, quando a ofendida se aproveitou para prendê-la, dinâmica difícil de abstrair, apertando até que ele fingiu ter desmaiado. Apenas depois disso teria surgido a faca. Entretanto, nada disso consta das declarações ofertadas em solo policial.

Surpreendentemente, surge nas declarações que ofertou em Juízo a afirmação de que teria feito um vídeo do momento em que E. aparecia com a faca, nu ou apenas de calça (não se recorda), e que o teria entregado para a Delegada. Perguntada pelo Magistrado se poderia mostrá-lo, disse que não mais o tinha registrado, pois o excluíra da memória do telefone celular. No entanto, antes dessa audiência, não há uma única linha nos autos a respeito do dito vídeo, nem ao menos uma referência a essa importantíssima evidência no inquérito policial ou em seu relatório. Os policiais disseram que a vítima nada mencionou a respeito de uma filmagem (ROBSON a 4min e RENATO a 3min50seg).

Acesso ao Sumário

Mesmo diante da informação de que a Polícia Civil teria em sua posse uma prova contundente da veracidade das acusações da vítima, o representante ministerial quedou-se inerte e o Magistrado sequer cogitou converter o julgamento em diligência para determinar a apresentação e perícia do referido vídeo. Em verdade, é mais provável que, assim como este Relator, tenham desconfiado da veracidade da fala da ofendida a tal respeito. Esse tipo de contradição e fantasia certamente advoga contrariamente à credibilidade da acusação de estupro.

Também causou surpresa a explicação que deu ao Juiz quando questionada de que forma conseguiu livrar-se da ameaça de uma faca encostada no pescoço, a ponto de deixar ferimentos periciáveis: alegou que teria dito ao apelante "então me mata", o que o teria feito desistir e deixar que fosse embora (6min17seg).

Já questionada pela defensora de E., afirma que estava bastante embriagada por ocasião dos fatos, que saiu de casa às 20h para beber e "bebeu muito, direto, em grande quantidade" (12min10seg), quando "sua mente a manipulou" porque saiu para comprar cigarro e acabou indo beber.

Esse tipo de afirmação, além de sugerir a possibilidade de ter a percepção distorcida por severa intoxicação alcoólica voluntária, acaba por reforçar a versão defensiva de E., esta confirmada expressamente pela palavra da testemunha alegadamente presencial E.

E. afirma que conheceu a vítima em um bar e que ela concordou em ir com ele para casa, para continuarem bebendo. Entregou cem reais para que ela adquirisse as bebidas e foram ao local. Durante a conversa, G. lhe teria pedido que saísse a fim de comprar drogas para consumirem, com o que não concordou. Pediu que fosse embora, mas ela queria levar as bebidas adquiridas com o dinheiro do apelante, motivo pelo qual discutiram e teve de expulsá-la de casa, carregando-a, momento em que foi mordido.

Disse então que foi dormir e surpreendeu-se com a invasão do imóvel pelos policiais, garantindo que a faca apreendida estava na cozinha e não no quarto.

A testemunha E., vizinha do imóvel palco dos fatos, declarou ter ouvido a discussão de E. com G. aos gritos por causa de uma garrafa de catuaba, garantindo ter visto o momento em que o apelante a colocou para fora de casa.

Sua fala foi desconsiderada na sentença porque estaria em desacordo com o que foi afirmado pela vítima, o que, em última análise, tornaria indefensável qualquer acusação de estupro. Frente à confusa e fantasiosa narrativa de G., a versão defensiva, confirmada por uma testemunha compromissada, merece crédito suficiente para – no mínimo – sustentar dúvida razoável.

Ademais, as fotos de fls. 16/17, que deveriam ilustrar os ferimentos a faca sofridos por G. são imprestáveis: mal se consegue ver qualquer marca em sua pele nas imagens de baixa resolução e em preto e branco. No laudo de

exame de corpo de delito, a conclusão é no sentido de que G. apresentava três pequenas escoriações lineares, uma delas com a informação de que "*examinada refere que esse foi o local em que o averiguado encostou a faca*". A conclusão final do expert é de que as lesões foram causadas por instrumento contundente, quando facas são os instrumentos cortantes por excelência (fls. 230/231). Além disso, a perícia na faca não retratou nenhum sinal de sangue (fls. 240/241), não afastando a possibilidade de as escoriações terem sido auto infligidas.

Somado a todos esses elementos, vem à mente o pensamento sobre a improbabilidade de que a vítima tenha apresentado resistência com uma faca pressionada contra o pescoço e, mesmo assim, praticamente não ter ficado ferida, fazendo com que o suposto estuprador desistisse ao dramaticamente pedir que a matasse.

Ao final da análise de todas as provas reunidas, à luz da baixa qualidade da lacunosa prova técnica, sem olvidar o descaso para com a alegação de que havia um vídeo do momento dos fatos de posse da polícia, e da confusa narrativa da ofendida, por considerar plausível, no mínimo, a negativa apresentada, não vejo como concluir pela ocorrência da tentativa de estupro com a segurança necessária para sustentar a condenação criminal.

3. Diante do exposto, voto pelo provimento do recurso defensivo para absolver E.S.A. com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura clausulado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000259-54.2017.8.26.0598, da Comarca de Jaú, em que é apelante PEDRO GUSTAVO BASSOTTO, 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: "NEGARAM PROVIMENTO ao apelo, preservada, na íntegra, a r. sentença, por seus jurídicos fundamentos. V.U. COMUNIQUE-SE, respeitado prazo de eventuais "Embargos", recomendando o apelante na unidade prisional onde se encontra, com atenção à modificação da causa do encarceramento, agora por sentença condenatória confirmada em Segundo Grau. Expeça-se GUIA DE EXECUÇÃO (se necessário), preservando-se, se o caso, eventuais decisões em Execução Provisória", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.484)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente) e MAURICIO VALALA.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 21 de março de 2019.
ALCIDES MALOSSI JUNIOR, Relator

Ementa: PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO.

Pretendida desclassificação para uso próprio ou, subsidiariamente, redução da pena-base ao mínimo legal com aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado no patamar máximo e abrandamento do regime prisional. Descabimento.

1. Desclassificação para o delito do art. 28 da Lei de Drogas. Impossibilidade. Acusação cabalmente comprovada, sem dúvidas sobre materialidade e autoria. O acusado trazia consigo e guardava para entrega a consumo de terceiros, 04 porções de cocaína envoltas em plástico, três delas fechadas por fita adesiva e a outra fechada por nó, com peso líquido total de 2,84g, 02 porções de cocaína envoltas em plástico, uma delas fechada por fita adesiva e a outra sem fecho, com peso líquido total de 5,19g, e 01 porção de cocaína acondicionada em frasco plástico cilíndrico, com peso líquido total de 22,76g. A alegação de ser o réu usuário ou dependente de droga, por si só, não constitui motivo relevante para a descaracterização do tráfico de entorpecentes. A quantidade e natureza (cocaína) da droga apreendida afasta a alegação de que era toda ela destinada ao uso próprio. Depoimentos dos agentes públicos coesos e legítimos, em nada desmerecidos na prova produzida. Condenação mantida.

2. Dosimetria. A) Decisão bem fundamentada nos artigos 59, do Código Penal e 42, da Lei de Drogas. B) Pena-base, acertadamente, fixada acima do mínimo legal, em razão da presença de maus antecedentes, sem reparos, mantida na segunda etapa, pois ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes. C) Redução pela minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade. Elementos que demonstram que o réu se dedicava às atividades

Jurisprudência - Seção de Direito Criminal
Acesso ao Sumário

criminosas, em especial ao tráfico de drogas, indicando habitualidade. Impedimento do benefício.

3. Fixação de regime diverso do fechado. Inviabilidade. Regime obrigatório imposto por lei ainda vigente – Artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/1990 (com redação dada pela Lei nº 11.464/2007). Gravidade concreta que, de qualquer forma, impõe maior rigor na sanção. Inteligência dos artigos 5º, XLIII, da Constituição Federal e 33, §3º, do Código Penal.

4. Detração Penal. Irrelevante, no caso, o *quantum* da sanção para sua definição (regime), surge inaplicável a detração, para tanto, prevista no artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal. Eventual progressão, por outro lado, deverá ser avaliada no Juízo das Execuções, competente para tanto (artigo 66, III, "b", LEP).

Negado provimento.

VOTO

VISTO

Trata-se de recurso de **APELAÇÃO** interposto pelo acusado **PEDRO GUSTAVO BASSOTTO** contra sentença penal condenatória proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Jaú (publicada em 07 de fevereiro 2018, fls. 336).

Segundo o descrito na inicial acusatória, o **apelante** foi denunciado por infração ao artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, porque, em 15 de setembro de 2017, às 15h59min, na Rua Doutor Galdino Amaral Carvalho, bairro Jardim Doutor Luciano, na cidade e Comarca de Jaú, juntamente com José Roberto Bassotto, trazia consigo e guardava, para entrega a consumo de terceiros, **04** porções de **cocaína** envoltas em plástico, **três** delas fechadas por fita adesiva e a outra fechada por nó, com peso líquido total de **2,84g**, **02** porções de cocaína envoltas em plástico, uma delas fechada por fita adesiva e a outra sem fecho, com peso líquido total de **5,19g**, e **01** porção de cocaína acondicionada em frasco plástico cilíndrico, com peso líquido total de **22,76g**, substância entorpecente que determina dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 01/04 – denúncia recebida em 14 de dezembro de 2017, fls. 266/267).

De acordo com apurado, a polícia militar já tinha suspeitas de que **PEDRO** realizava o comércio ilícito de entorpecentes e de que se utilizava do aplicativo "Whatsapp", bem como de seu veículo VW-Passat Turbo, placas CQZ-6333 de

Acesso ao Sumário

Jaú, para praticá-lo.

Na data do fato, policiais militares realizavam patrulhamento de rotina pelo referido endereço, quando avistaram o automóvel supramencionado, ocupado pelo **apelante** e José, sendo que imediatamente efetuaram sinal de parada. Ato contínuo, o condutor acelerou o veículo, empreendendo fuga juntamente com o passageiro.

Após perseguição, os policiais conseguiram deter o automóvel e realizaram a abordagem do **recorrente** e José. Em vistoria no interior do veículo, nada de ilícito foi localizado; em revista pessoal do **apelante** e José, localizaram **01** (uma) porção de **cocaína** no interior do tênis calçado por **PEDRO**, bem como **02** (duas) porções da mesma substância abrigadas na mão de José.

Indagado ainda no local, **PEDRO**, afirmou ser usuário de drogas e que as porções encontradas se destinavam ao seu consumo pessoal. Admitiu que em sua residência guardava mais entorpecentes, razão pela qual os militares se deslocaram até lá.

Em vistoria na moradia de **PEDRO** foram localizados dois frascos de plástico no armário da cozinha, um contendo **03** (três) porções individualizadas de **cocaína** e outro contendo **cocaína** em pó sem qualquer invólucro. Em seu quarto foi localizada a quantia de R$ 1.380,00 em dinheiro.

Ainda na residência, os milicianos localizaram **01** (uma) caneta marcador de cor vermelha, um rolo de fita crepe e uma folha de papel contendo anotações semelhantes às constantes das porções envoltas com fita adesiva.

Indagado novamente, **PEDRO** reafirmou ser apenas usuário de entorpecentes; disse que José, seu irmão, não possuía nenhum envolvimento com as drogas apreendidas, sendo que, quando da abordagem, portava as porções de cocaína apenas porque havia lhe pedido para escondê-las.

Após o devido processamento, o **apelante** foi **condenado** por incurso no artigo 33, *caput*, da Lei de Drogas, às penas de **06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão**, em regime fechado, e **pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, no piso legal**. Negado o apelo em liberdade. Absolvido o corréu José Roberto Bassotto, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Pretende o **apelante**, a desclassificação para uso próprio (artigo 28, da Lei de Drogas). Subsidiariamente, redução da pena-base ao mínimo legal com a aplicação do redutor pelo tráfico privilegiado no patamar máximo (artigo 33, §4°, da Lei de Drogas) e abrandamento do regime prisional (fls. 411/423).

Contrarrazões às fls. 431/433 pelo não provimento do recurso, com manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça em igual sentido (fls. 449/458).

É o relatório.

Acesso ao Sumário

O recurso não comporta provimento.

Em relação à materialidade do delito existe auto de exibição e apreensão (fls. 19/20) e laudos de constatação e de exame químico-toxicológico (fls. 23 e 72/75), destacando-se a prova oral realizada durante a instrução, onde a autoria, destaca-se, é incontroversa, frisando-se, porque importante, que foi preso o **recorrente** em situação de flagrância.

Na fase inquisitiva, o **apelante** permaneceu silente (fls. 11). Em juízo, negou a prática do delito. Disse que os entorpecentes se destinavam ao seu consumo. Contou que foram apreendidas 02 porções de cocaína em seu bolso e uma em seu tênis e mais 03 porções em sua residência. Afirmou que havia comprado as drogas cerca de uma semana antes dos fatos. Justificou a origem das anotações e do dinheiro, a finalidade das fitas e acrescentou que de fato havia bicarbonato de sódio na respectiva embalagem (para uso de sua esposa) e que as porções encontradas em sua posse já estavam marcadas com caneta vermelha quando as adquiriu. Aduziu que tinha usado drogas com seu irmão em sua residência e que saiu para buscar sua esposa e levar seu irmão em casa, momento em que foram abordados pela polícia (mídia).

No curso da instrução criminal foram ouvidas as testemunhas de acusação, policiais militares, Willian Adinan Bolile e Diego de Gois Budin. Segundo seus relatos, narraram que naquela data realizavam patrulhamento de rotina, quando avistaram o automóvel ocupado pelo **apelante** e José. Então efetuaram sinal de parada, quando o condutor do veículo desobedeceu à ordem e empreendeu fuga, juntamente com o passageiro. Instantes depois conseguiram deter o veículo e, após abordagem pessoal do **recorrente** e José, localizaram **01** porção de cocaína no tênis calçado por **PEDRO** e **02** porções da mesma substância abrigadas na mão de José. Disseram que **PEDRO** afirmou ser usuário de entorpecentes e que as drogas encontradas se destinavam ao seu consumo pessoal, admitindo que em sua residência guardava mais entorpecentes, razão, pela qual se deslocaram até lá e vasculharam o local, encontrando dois frascos de plástico no armário da cozinha, um contendo **03** porções individualizadas de **cocaína** e outro contendo **cocaína** em pó sem qualquer invólucro. No quarto de **PEDRO** foi localizada, ainda, a quantia de **R$ 1.380,00** em dinheiro. Na residência também localizaram **01** caneta marcador de cor vermelha, um rolo de fita crepe e uma folha de papel contendo anotações semelhantes às constantes das porções envoltas com a fita adesiva, sendo que **PEDRO** reafirmou ser apenas usuário de entorpecentes e disse que José não possuía nenhum envolvimento com as drogas. Disseram, as testemunhas, por fim, que foram encontrados também **02** telefones celulares na posse do **apelante** e José (mídia audiovisual).

Em juízo, José afirmou que a droga não lhe pertencia, mas sim a **PEDRO**. Afirmou que **PEDRO** foi até sua residência, pesando-o para ir até a casa dele, ajudar a colocar um espelho. Disse que ingeriu cerveja e usou cocaína com

Acesso ao Sumário

PEDRO, depois saíram de carro para buscar a esposa dele. Reafirmou que não tinha drogas consigo.

Observadas as provas colhidas, resta avaliar e motivar sobre a sentença proferida, levando em conta as considerações e requerimentos da parte dentro do inconformismo apresentado.

Respeitados os argumentos defensivos, forçoso reconhecer que o **apelante** cometeu o crime de tráfico de drogas, conforme denunciado. A quantidade da droga, a forma de acondicionamento e as circunstâncias do presente caso concreto, por si só, demonstram a traficância e asseguram a certeza da mercancia, em razão da ausência de prova de que o entorpecente era destinado ao seu uso próprio, exclusivamente. Ressalte-se que conforme informado pelo **apelante** e José Roberto, eles tinham usado cocaína na residência de **PEDRO** e, no momento da abordagem, ele estava indo levar o irmão em casa e buscar a esposa. Assim, considerando a finalidade sustentada pelo **recorrente** e José para terem saído da residência, não é verossímil que **PEDRO** tivesse levado consigo **03** porções de **cocaína** (uma escondida em seu tênis) apenas para seu uso. Do contrário, presumir-se-ia que ele iria consumir significativa quantidade de cocaína no caminho ao supermercado ou à residência do seu irmão, isso logo após ter feito uso da mesma droga, o que é, por óbvio, pouco crível, ainda mais já tendo condenação anterior por crime de tráfico. Na residência de **PEDRO** foram encontradas **03** porções individualizadas do mesmo entorpecente, cuja propriedade ele admitiu, bem como um pote contendo mais de **22g** da mesma substância, o que ele deu a entender que teria sido "forjado" pelos milicianos, alegação que não encontra amparo em qualquer prova. A quantidade é significativa e a forma de acondicionamento dos entorpecentes, além das circunstâncias da abordagem, evidenciam a destinação ilícita, dada uma clara "preparação" da droga, diante de anotações sobre as porções encontradas.

Nota-se que nada nos autos está a indicar uma falsa incriminação por parte dos agentes públicos, cujas declarações merecem credibilidade, até porque não faria sentido admitir que eles dispusessem de quantidade de entorpecente e resolvessem aleatoriamente imputar a autoria de delito tão grave a pessoas inocentes, ressaltando que, não bastassem as circunstâncias pessoais e sociais do **recorrente**, o lugar e as condições em que se desenvolveu a conduta, a quantidade da droga apreendida e o modo de acondicionamento, portanto, não surgindo dúvidas a respeito. Ressalta-se que os milicianos relataram que já tinham informações do tráfico praticado por **PEDRO** e que havia, repete-se, semelhança entre as anotações encontradas em sua casa e as constantes das embalagens das drogas.

Sobre a idoneidade dos testemunhos de policiais, colacionam-se os seguintes **precedentes:**

"Apelação – Roubo majorado por emprego de arma de fogo e concurso de agentes – Art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal – Recurso defensivo – Pretendida absolvição por insuficiência de provas – Inadmissibilidade – Materialidade e autoria delitivas comprovadas no curso da instrução criminal – Réu confesso – Reconhecido o valor probatório das declarações das vítimas em crimes patrimoniais – **Depoimento prestado por agente policial – Validade – Como qualquer elemento de prova, o testemunho prestado por policial militar é submetido ao crivo do contraditório judicial e deve ser apreciado pelo magistrado com a cautela dispensada às demais provas constantes no processo, para que com base em todas forme sua convicção e fundamentadamente exponha as razões de sua decisão** – Condenação mantida. Dosimetria – Pleito ministerial para majoração das penas – Procedência – Reconhecidas circunstâncias judiciais que resultam em um juízo especialmente desfavorável aos acusados e demandam a fixação da pena-base acima do mínimo – Segunda fase – Réu reincidente – Pedido para o reconhecimento da confissão espontânea – Procedência – Compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência – Possibilidade – Fixado o regime fechado para ambos os réus. Recurso defensivo parcialmente provido e apelo ministerial provido". (TJ-SP: Apelação Criminal nº 0080117-76.2010.8.26.0050, 4ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Salles Abreu, j. 25/09/2012, v.u.);

"PENAL – PROCESSUAL PENAL – BUSCA E APREENSÃO DE BENS – ARRESTO E SEQUESTRO (PET 6.599/BA) – PEDIDO DE DEVOLUÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVAS – ILAÇÕES POLICIAIS – VALIDADE DA TESTEMUNHA POLICIAL – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Veículo liberado para uso da autoridade policial em operações policiais, o que leva a sua manutenção contínua, afastando a hipótese de deterioração.

2. Bem recebido como suposta forma de pagamento por participação do investigado em esquema de fraude a licitações públicas.

3. Organização criminosa cujo modus operandi consistia, em tese, na aquisição de veículos em nome de terceiros a fim de dissimular a ilicitude dos valores recebidos.

4. A afirmação do investigado à autoridade policial que o veículo lhe pertencia não se trata de mera ilação policial desprovida de provas. Nada impede que na ausência de testemunhas, os policiais que efetuaram a prisão funcionem como tal.

5. O policial é agente do Estado, responsável pela segurança pública, legalmente investido no cargo e que tem a seu favor a presunção de legalidade e legitimidade nos atos praticados, o que, longe de desqualificá-lo, torna-o idôneo.

6. A suspeição de qualquer testemunha deve estar baseada em fatos

Acesso ao Sumário

concretos, não se prestando para tal meras conjecturas.

7. Agravo regimental não provido." (STJ: Agravo Regimental na Ação Penal nº 510 BA, Corte Especial, rel. Min. Eliana Calmon, j. 19/08/2010, v.u.).

Oportuno registrar, ainda, que para configuração do crime de tráfico, não se faz necessário que sejam presenciados atos de comercialização ou movimento de usuários. E esta desnecessidade ocorre em razão do tráfico de entorpecentes ser um delito de ação múltipla, admitindo várias condutas, como, "*entregar*", "*ter em depósito*", "*guardar*", "*transportar*" e "*trazer consigo*" a substância entorpecente para fins de tráfico.

A propósito:

"[...] Ademais, é sabido que o tráfico de entorpecentes é delito de ação múltipla ou conteúdo variado cuja consumação se contenta com a aquisição, transporte, depósito, guarda ou simples porte da droga, desde que não seja para consumo pessoal. Daí não haver falar em mero auxílio ao uso de drogas, visto que a paciente foi flagrada na posse de maconha e cocaína (STJ – HC 211.467/DF, Rel. Min. OG FERNANDES, 6ª TURMA, julgado em 06/08/2011, DJe 31/08/2011).

Em arremate, observam-se porções individuais, devidamente embaladas e prontas ao comércio (descrito nos laudos de fls. 72/75). Sua condição de traficante ficou atestada, portanto, não surgindo dúvidas a respeito.

Sobre a viabilidade de estes elementos demonstrarem a destinação comercial dos entorpecentes, colaciona-se **precedentes**:

"Apelação – TRÁFICO DE DROGAS – Conjunto probatório firme e coeso para manter a responsabilização do réu, notadamente pelos relatos dos policiais e a existência de denúncias anônimas apontando o réu como sendo traficante de drogas – **Quantidade e forma de acondicionamento que demonstram a destinação das drogas para a mercancia** – Penas – Redução – Possibilidade – Regime prisional incensurável – PARCIAL PROVIMENTO AO APELO." (TJ-SP: Apelação Criminal nº 0004053-31.2010.8.26.0242, 10ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Rachid Vaz de Almeida, j. 16/02/2012, v.u.);

"APELAÇÃO CRIMINAL – TRAFICO DE ENTORPECENTES – Inconformismo defensivo. – Materialidade e autoria comprovadas. Relatos dos policiais que encontraram drogas em posse do réu - **Quantidade e forma de acondicionamento dos entorpecentes que não deixam dúvidas da narcotraficância** – Condenação mantida – Penas bem dosadas que não comportam reparo. Recurso desprovido." (TJ-SP: Apelação Criminal nº0038185-16.2007.8.26.0050, 8ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Camilo Léllis, j. 26/04/2012, v.u.)

Bem comprovada, pois, a prática do delito em exame, razão pela qual não se cogita da *desclassificação* para uso próprio, por lógica, diante do acima

Acesso ao Sumário

concluído. Inviável, pois, pelo quadro probatório trazido aos autos assim não autorizar, como já colocado. A apreensão de quantidade significativa e a natureza das drogas (03 porções de cocaína com o recorrente e outras 03 em sua residência, além de um pote contendo 22 gramas da mesma droga), atestam a finalidade de comércio espúrio da droga, como demonstrado nos autos, o que, por si só, afastaria a alegação de que era toda ela destinada ao uso próprio. No mais, a forma com que a droga estava acondicionada e as circunstâncias (anotações contábeis, a quantia de R$ 1.380,00, bicarbonato, fitas e caneta marcadora com grafia igual a usada nas embalagens dos entorpecentes), evidenciam o tráfico. A alegação de ser o réu usuário ou dependente de droga, não constitui motivo relevante para a descaracterização do tráfico de entorpecentes, uma vez que grande parte dos usuários acaba se envolvendo no nefasto comércio como meio de adquirir condições a continuar consumindo entorpecentes.

Passo à análise da pena.

A pena foi assim dosada: "***Nesta primeira fase, verifico que, nos termos do artigo 59, CP, a pena-base dever se majorada, considerando que as certidões de fls. 216/217 e 222 demonstram que o réu Pedro possui maus antecedentes, inclusive pela prática do crime de tráfico. Assim, fixo a pena-base acima do mínimo legal em 6 anos e 3 meses de reclusão e 625 dias-multa. Não há agravantes ou atenuantes. Inaplicável a causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, considerando os maus antecedentes do acusado. E, também por esta razão (não se podendo olvidar que uma das condenações anteriores é específica), além do disposto no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90, a reprimenda deverá ser cumprida inicialmente no regime fechado. A pena pecuniária deve ser fixada no mínimo legal, à míngua de elementos que denote condição financeira privilegiada do acusado. Por fim, a despeito das alterações promovidas pela Lei 12.736/12 no art. 387, do Código de Processo Penal, especialmente a inclusão da regra trazida no §2º deste último dispositivo (o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade), deixo de aplicar de forma antecipada a detração penal por entender que esta lei modificadora é materialmente inconstitucional, afrontando os princípio da individualização da pena, do juiz natural e da isonomia (art. 5º, da Constituição Federal). (...) Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva deduzida na denúncia para o fim de CONDENAR o réu PEDRO GUSTAVO BASSOTTO, qualificado nos autos, à pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 625 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06 e para ABSOLVER o réu JOSÉ ROBERTO BASSOTTO da imputação contida na denúncia, com fulcro no artigo 386, VII, do CPP.*** ". (fls. 334/336).

Acesso ao Sumário

Não vislumbro excesso na pena imposta, que aqui se ratifica. Na primeira etapa, a douta sentenciante, acertadamente, fixou a pena-base ¼ (um quarto) acima do patamar mínimo, em razão dos maus antecedentes (Certidão de objeto e pé – processo nº 2007/001057 – artigo 12 da Lei 6.368/78 – trânsito em julgado para o Ministério Público em 03/05/2010 e para o réu no dia 10/05/2010, fls. 216/217; certidão de objeto e pé – processo nº 2009/ 001067 – artigo 28 da Lei 11.343/06 – trânsito em julgado para o Ministério Público em 05/05/2011 e para o réu no dia 06/07/2011, fls. 222), perfazendo-se a reprimenda de **06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 625 (seiscentos e vinte cinco) dias-multa**, conforme os critérios estabelecidos nos artigos 59, do Código Penal e 42, da Lei de Drogas. Destaca-se, aqui, que, diferente da reincidência, não há limite temporal para condenações anteriores serem tidas como "maus antecedentes", até mesmo por exigência do princípio da individualização da pena, preservando-se princípio da igualdade.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes.

Na terceira etapa, não se aplica a redução prevista no §4º, artigo 33, da Lei nº 11.343/06, porquanto, demonstrado, claramente, que o **recorrente** não é traficante ocasional, mas habituado à atividade criminosa ("dedicação"). Possui condenação anterior, específica. Ainda, verifica-se a significativa quantidade de drogas apreendidas (**04** porções de cocaína envoltas em plástico, **três** delas fechadas por fita adesiva e a outra fechada por nó, com peso líquido total de **2,84g**, **02** porções de cocaína envoltas em plástico, uma delas fechada por fita adesiva e a outra sem fecho, com peso líquido total de **5,19g**, e **01** porção de cocaína acondicionada em frasco plástico cilíndrico, com peso líquido total de **22,76g**), portanto, circunstância que não admite o benefício. Além, obviamente, da gravidade do delito de tráfico de entorpecentes que contribui para a desagregação da família e da sociedade. Aliás, certamente venderia droga para centenas de usuários, se não fosse a eficaz interferência estatal. De qualquer forma, não preencheria o **apelante** a exigência de "bons antecedentes", o que por si só excluiria o benefício (vide primeira fase do cálculo). Não acolhido, pois, aqui também, pedido da Defesa para aplicação do tráfico *privilegiado.*

Acesso ao Sumário

Isto, pois, nos presentes autos não se cuida daquele usuário que cede parte de seu estoque pessoal de drogas para outro usuário, que não conseguiu comprar as substâncias do traficante, figura esta que inquestionavelmente quis o legislador tratar de modo mais brando do que em relação ao traficante ordinário. Trata-se de traficante habitual, que não merece "privilégios" (o que não é o caso em tela, vale ressaltar).

Tratando-se de crime equiparado a hediondo, a imposição de regime inicial fechado, cumpre ressaltar, é determinada pela legislação vigente, ou seja, artigo 2º, §1º, das Lei 8.072/1990, com redação dada pela Lei 11.464/2007. Tal rigor tem respaldo, inclusive, na própria Constituição Federal, no disposto no

artigo 5º, XLIII, não se podendo alegar inconstitucionalidade.

Forçoso admitir, entretanto, que, recentemente, emanaram decisões dos Tribunais de Brasília, no sentido de ser possível a imposição de regime inicial diverso do fechado, principalmente, mas não somente, para condenados por tráfico "privilegiado" (o que, ressalta-se, não é o caso dos autos).

Contudo, tais decisões possuem eficácia "*inter partes*" e não "*erga omnes*", inexistindo até o momento manifestação expressa, daquelas Cortes, no sentido de ser possível a concessão da benesse para casos semelhantes.

Ademais, "*in casu*", a fixação de regime diverso do fechado mostra-se insuficiente para a ressocialização do penitente e para a prevenção e repressão de delitos desse jaez, de modo geral. É de se anotar que o fato de em um processo ter-se decidido por tal possibilidade não torna esse entendimento regra de aplicação automática para os demais feitos.

No mais, saliento que a imposição do regime inicial **fechado** se faz necessária, também, com base nos elementos **concretos** do caso em análise, amplamente desfavoráveis, maus antecedentes, no mesmo tipo de crime. Nota-se, também, significativa a quantidade e a natureza das drogas na posse da **apelante**, de maior poder de dependência e de maior risco à saúde, como ***cocaína***, aspectos estes relevantes e obrigatórios para a fixação de regime, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06 *c.c.* artigo 33, §3º, do Código Penal.

Nessa linha, ainda que o "*quantum*" de pena possibilitasse, em tese, a fixação de regime mais brando, tal determinação ficará atrelada, sempre, à análise concreta das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal (nelas incluídas, porque mais graves, "agravantes" ou "causas de aumento de pena"), combinado com a natureza e quantidade de drogas, tratando- se de condenação por tráfico de drogas, nos termos do dispositivo da Lei Antidrogas acima anotado.

Com relação à substituição da corporal por restritiva de direitos, inclusive pelo já consignado, não se trata de medida que seja adequada ao caso concreto, inclusive pelo *quantum* final da sanção (artigo 44, I e III, do Código Penal).

Ainda, apesar de o Senado Federal, nos termos do artigo 52, Inciso X, da Constituição Federal, haver suspendido a execução da expressão "*vedada a conversão em penas restritivas de direitos*", através da Resolução nº 5/12, publicada em 16 de fevereiro de 2.012, tornando possível a referida conversão, esta Câmara entende que a substituição se mostra incompatível com o delito perpetrado pelo **apelante**, ou seja, tráfico de entorpecentes, crime de natureza gravíssima que vem causando intranquilidade à população ordeira, principalmente às famílias no sentido de desagregá-las, além de fomentar a realização de outras infrações, de modo que não se mostra viável.

Cumpre consignar inaplicável, no caso, o previsto no artigo 387, §2º, do

Acesso ao Sumário

Código de Processo Penal. O regime fechado decorre, como verificado, de norma legal ainda vigente. Por outro lado, o que se levou também em consideração, aqui, para sua fixação, foi a gravidade concreta dos fatos, independentemente do "*quantum*" da sanção (artigo 33, §3º, do Código Penal), demonstrando ser inviável outro regime que não o mais rigoroso como forma de prevenção e repressão, surgindo, então, irrelevante tempo de prisão provisória para a situação (imposição de regime de início de cumprimento de pena). Eventual *progressão*, por outro lado, ou mesmo "detração" propriamente dita, deverá ser avaliada no Juízo das Execuções, competente para tanto (artigo 66, III, "b" e "c", da Lei 7.210/1984) e com condições de verificar a presença dos requisitos legais para tanto (objetivo e subjetivo), não apresentados nestes autos.

Observo, por fim, perfeitamente adequada expedição de mandado de prisão em decisão de 2º grau de jurisdição (ou "recomendação" na unidade prisional respectiva), e imediata Execução da Pena, preservada que foi, até o momento, a "presunção de inocência" (**STF/HC 126.292/SP**, de 17.02.2016, posicionamento confirmado em Ações Declaratórias de Constitucionalidade - **ADCs 43 e 44 - 2016**). A Constituição Federal fala que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória*" (grifei – artigo 5º, LVII). Trânsito em julgado existe quando não cabe mais recurso. A culpa, então, já se definiu, não mais existindo recurso. Obviamente que existe possibilidade dos chamados "recursos constitucionais" (especial e extraordinário), os quais, contudo, são exceções, como seus próprios nomes atestam, sendo que, ainda assim, não mais avaliam "culpa". O "Recurso Especial", na verdade, busca uma uniformidade na interpretação de Lei Federal. A própria Constituição fala em sua possibilidade em relação apenas às causas decididas em única ou última instância, sempre pelos Tribunais de 2º Grau. O mesmo se dá em relação ao "Recurso Extraordinário", cujo objetivo é a manutenção da uniformidade da Constituição Federal. Nenhum dos dois, portanto, pode ser considerado, tecnicamente, como "recurso de 3º instância". O trânsito em julgado, quando se fala de culpa, ou seja, quando alguém é, definitivamente, considerado culpado, ocorre em 2º instância.

Do exposto, por meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo, preservada, na íntegra, a r. sentença, por seus jurídicos fundamentos.

COMUNIQUE-SE, respeitado prazo de eventuais "Embargos", **recomendando** o apelante na unidade prisional onde se encontra, com atenção à modificação da causa do encarceramento, agora por sentença condenatória confirmada em Segundo Grau. Expeça-se GUIA DE EXECUÇÃO (se necessário), preservando-se, se o caso, eventuais decisões em Execução Provisória.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0005481-29.2014.8.26.0106, da Comarca de Caieiras, em que é apelante A.E., é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 28.842)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente), EDISON BRANDÃO e ROBERTO PORTO.

São Paulo, 26 de março de 2019

CAMILO LÉLLIS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL LEVE E AMEAÇA – Violência doméstica – Absolvição – Impossibilidade – Autoria e materialidade suficientemente comprovadas – Palavra da vítima que se reveste de relevante valor probatório em crimes dessa natureza, os quais, habitualmente, são perpetrados na clandestinidade – Dinâmica dos fatos que não se coaduna com a alegada legítima defesa – Lesões recíprocas alegadas, mas não comprovadas – Ônus da prova que incumbe à defesa – Condenação mantida – Pena, regime e 'sursis' bem estabelecidos – Recurso desprovido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por A.E. contra a r. sentença de fls. 125/126, que o condenou à pena de 09 meses e 23 dias de detenção, em regime inicial aberto, como incurso no art. 129, *caput*, no art. 129, §9º, e no art. 147, todos do Código Penal, em concurso material, sendo-lhe concedido o *sursis* da pena pelo prazo de dois anos, com base no art. 77, com as condições do art. 78, §1º, ambos do Código Penal.

Inconformado, apela o réu em busca da absolvição, alegando, em suma, a não ocorrência da agressão, visto que as lesões nas vítimas se deram por legítima defesa, além da ausência de dolo e de provas, em relação ao crime

Acesso ao Sumário

de ameaça, que não teria sido presenciado por nenhuma das testemunhas. E subsidiariamente, a suspensão condicional da pena (fls. 157/164).

Contrariado o recurso (fls. 166/170), subiram os autos, tendo a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinado pelo não provimento do apelo (fls. 175/177).

É o relatório.

As imputações são as de que, no dia 14 de dezembro 2015, por volta das 21 horas, na Avenida (...), Morro Grande, na cidade de Caieiras, o acusado, prevalecendo-se de relação doméstica, ofendeu a integridade física e ameaçou sua ex-companheira, P.A.S., por palavras, de causar-lhe mal injusto e grave, conduta concretizada através da agressão que resultou em lesões corporais de natureza leve.

Consta, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o apelante ofendeu a integridade física de J.A.S., irmã de P., provocando-lhe lesões corporais de natureza leve.

Segundo narra a denúncia, o réu e a vítima P. foram casados por 13 anos e possuem uma filha juntos. À época dos fatos, estavam separados há aproximadamente 10 meses e, por isso, P. ligou para o réu a fim de saber o horário que ele levaria sua filha de volta pra casa. Nessa ocasião, começaram a discutir por causa do telefone celular que A. havia comprado para a filha, ameaçando-a e dizendo que iria "*quebrar sua cara*". Amedrontada com a ameaça e percebendo os ânimos alterados do réu, ligou para sua irmã J., que chegou ao local acompanhada de seu marido D., que é primo do acusado.

Apurou-se que o apelante, então, foi até a residência de P., demonstrando comportamento agressivo e dizendo que quebraria o portão caso a ofendida não o abrisse. Sendo conhecido do porteiro, conseguiu entrar e agrediu a vítima com dois socos no rosto e um na região temporal.

Verte da exordial, ainda, que, em continuação, o réu agrediu a vítima J., que interveio para defender a irmã, lhe empurrando e segurando pelos braços.

Pois bem.

O apelo não merece provimento.

Isto porque a materialidade resta demonstrada pelo boletim de ocorrência (fls. 05/07), pelo termo de representação (fls. 09), pela prova oral e pelos laudos periciais (fls. 20 e 22).

A autoria, por seu turno, é incontestável.

O réu, a despeito de ter negado as imputações, confirma a ocorrência da discussão motivada pelo aparelho celular, assim como narra que foi até a casa de P. (fls. 68).

Nota-se que o réu confessa parte dos fatos descritos pela acusação,

Acesso ao Sumário

minimizando-os sob alegação de excludente de ilicitude, pois, conforme alegado pela defesa, "*sempre buscou se defender dos ataques das supostas vítimas utilizando meios moderados*". Entretanto, tal versão foi rechaçada pelo conjunto probatório reunido nos autos, e pelo fato de não ter apresentado qualquer prova que indique que as agressões foram recíprocas.

Ambas as vítimas ouvidas em juízo confirmaram os depoimentos prestados em solo policial (fls. 09/10). A vítima P. narrou que o réu presenteou a filha com um celular e, exigindo que ela devolvesse o aparelho, foi "*xingada*" e ameaçada por A. por telefone. Diante disso, ligou para sua ex-cunhada para pedir que o mesmo não levasse sua filha de volta naquele dia, e chamou J., temendo por sua integridade física diante do comportamento agressivo do réu. Dizendo que não lhe entregaria o celular, foi agredida e, sua irmã, tentando ajuda-la, também. Ademais, destaca que toda a agressão ocorreu na frente da filha, de 09 anos de idade, e que, posteriormente, o acusado lhe pediu para que retirasse a queixa (fls. 65). A vítima J., por seu turno, confirmou os fatos narrados por P., e disse que segurou A. por trás "*para que não fizesse coisa pior*" (fls. 66).

Cediço que a palavra da vítima em crimes que ocorrem no âmbito familiar é revestida de relevante valor probatório, sendo de bom alvitre trazer à colação trecho de julgado emanado da Colenda Corte Paulista neste sentido:

> *"Vale ressaltar que em delitos que ocorrem ordinariamente no âmbito familiar, presentes apenas o sujeito passivo e o ativo, são importantíssimas as declarações dos que com eles convivem, pois são relatos fidedignos, prestados por aqueles que presenciaram a infração, sendo a palavra da vítima de suma importância para a elucidação dos fatos; sob pena de estarmos chancelando a impunidade sobre tais crimes."* (Ap. n.º 0008455-37.2010.8.26.0637, Rel. Edison Brandão, 4.ª Câm. Crim., j. em 21.08.2012).

A testemunha D.A.C. disse que P. ligou para que fossem até lá, pois A. estava nervoso e, quando chegaram, viu os dois discutindo. Preocupado quando o réu se excedeu, o segurou com ajuda da esposa para tentar conte-lo (fls. 67).

A testemunha A., única que sustenta a versão da defesa, é irmão do acusado e, portanto, não possui o dever de dizer a verdade, nos termos do art. 208 do Código de Processo Penal. Desse modo, seu depoimento não possui a mesma credibilidade dos demais, que apresentaram uma versão coerente, sem qualquer divergência entre eles, consubstanciada pelos demais elementos reunidos. Além disso, a vítima relatou que A. disse que ela "*tinha que apanhar mesmo*", quando o pediu ajuda (fls. 65).

Com efeito, a prova oral, sobretudo o relevante relato das vítimas, resta ajustada à tese acusatória, bem como encontra respaldo nos laudos de exame de corpo de delito de fls. 19/22, segundo os quais a ofendida P. apresentava

Acesso ao Sumário

"*edema traumático em região submandibular à direita. Edema traumático de 2 cm de extensão em couro cabeludo da região temporooccipital à direita*", e a ofendida J., equimoses no ombro esquerdo, no antebraço direito, na coxa esquerda e edema traumático no joelho direito.

Por oportuno, importa salientar que cabia à defesa, nos termos do art. 156, do Código de Processo Penal, demonstrar a presença da excludente da legítima defesa e das aventadas lesões recíprocas, ônus do qual certamente não se desincumbiu.

Ademais, a prova pericial acostada aos autos apenas descreve as lesões sofridas pelas vítimas, não existindo qualquer elemento apto a corroborar a assertiva de que o réu também sofreu agressões.

No que tange à ameaça, tendo em vista que as palavras proferidas tiveram o inconteste condão de amedrontar e intimidar a vítima, tanto que ela procurou a irmã temendo que a ameaça se concretizasse, encontra-se aperfeiçoado o delito, pois também evidente o dolo.

Acerca do tema, aliás, esclarece Cezar Roberto Bitencourt:

> *"A ameaça é a violência moral (vis compulsiva), que tem a finalidade de perturbar a liberdade psíquica e a tranqüilidade do ofendido através da intimidação"* (Tratado de Direito Penal, Parte Especial, vol. 2, 3ª ed. Ed. Saraiva, p. 442).

Além disso, o acusado não fez qualquer prova da alegada inocência e as declarações apresentadas pelas ofendidas e pelas testemunhas, coerentes e harmônicas entre si, não foram infirmadas por quaisquer elementos de convicção.

Impende registrar que a ira, por si só, não retira da sua conduta a vontade séria e idônea de intimidar, de infundir temor na vítima, sendo irrelevante o seu momentâneo estado emocional desequilibrado.

Demais disso, é sempre pertinente anotar, trata-se de delito formal, de consumação instantânea, cujo resultado naturalístico é absolutamente prescindível, pouco importando se a ameaça foi, ou não, proferida em momento de cólera.

Em caso análogo, já decidiu esta Corte de Justiça Bandeirante:

> *"Não seria demais afirmar, de outra parte, que quanto ao crime de ameaça, o fato da ocorrência ou não do mal prometido é indiferente à consumação do delito, por se tratar de crime formal, cujo resultado naturalístico não é exigido, embora possa ocorrer. E o alegado estado de cólera do réu não basta a descaracterizar a ilegalidade da conduta, eis que o tipo penal ocorre sempre durante o entrevero, ante o desentendimento entre as partes, parecendo improvável que um indivíduo ameaçasse outrem com o ânimo tranquilo."* (Ap. n.º 0028502-13.2013.8.26.0577, Rel. César Augusto Andrade de Castro, 4.ª Câm. Crim., Extr., j. em 13.04.2016).

Assim, por qualquer ângulo que se observe, a condenação era mesmo medida que se impunha, pois o apelante, de fato, agrediu as vítimas dolosamente, causando-lhes lesões corporais de natureza leve, e ameaçou P., o que torna impossível a absolvição por ausência ou insuficiência de provas.

Condenação, portanto, bem lançada.

A pena foi corretamente dosada, tendo sido estabelecido o regime aberto para início de seu cumprimento, pontos sobre quais a defesa sequer se insurgiu, de modo que, revestidos de acerto, permanecem inalterados.

Quanto ao *sursis*, o pedido resta prejudicado, pois já concedido na origem, nos seguintes termos: *"(...) Suspendo a aplicação da pena com base no art. 77, CP, com as condições do art. 78, §1º, CP, por não ter o réu circunstâncias judiciais inteiramente favoráveis*." (fls. 125/126).

Diante de todo o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0003908- 96.2015.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é apelante LUIZ FERNANDO DE SOUZA, 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 18.979)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), CAMARGO ARANHA FILHO e LEME GARCIA.

São Paulo, 4 de abril de 2019.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Relator

Ementa: Apelação. Porte de entorpecentes para consumo próprio. Condenação. Recurso exclusivo da defesa. Acusado flagrado em poder de apenas um cigarro de maconha, parcialmente consumido, com peso de dois gramas. Atipicidade material da conduta. Aplicação excepcional do princípio da insignificância no caso concreto. Ausência de qualquer perigo de lesão à saúde pública. Incidência dos princípios

Acesso ao Sumário

da subsidiariedade, da fragmentariedade e da ofensividade, nos moldes do Direito Penal mínimo. Absolvição que se impõe. Reforma da sentença. Recurso provido.

VOTO

Pela sentença de fls. 171/173, proferida em 6 de setembro de 2018 pela MM. Juíza de Direito, Dra. Carolina Cheque de Freitas, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Atibaia, LUIS FERNANDO DE SOUZA foi condenado à pena de 5 meses de prestação de serviços à comunidade, como incurso no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação, requerendo, em resumo, a sua absolvição com base no princípio da insignificância, haja vista a atipicidade material da conduta praticada (fls. 219/226).

O recurso foi contrarrazoado (fls. 230/232) e a Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo improvimento do apelo defensivo (fls. 244/252).

É o relatório.

Devidamente processado, o recurso defensivo comporta provimento.

Por primeiro, importante salientar que o presente feito, malgrado inicialmente de competência do Juizado Especial Criminal, foi remetido à Justiça Comum para o fim de se proceder à citação por edital do réu, que se encontrava em local incerto e não sabido, em estreita consonância com o disposto no art. 66, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, não se denotando qualquer vício procedimental na espécie.

Quanto ao mérito, segundo descreve a denúncia, no dia 6 de junho de 2015, por volta de 2h10, na Rua Alfredo André, nº 175, bairro de Atibaia Jardim, na cidade de Atibaia, o apelante Luiz Fernando trazia consigo, para consumo pessoal, um cigarro de maconha parcialmente consumido, com peso aproximado de 2 gramas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, conforme se extrai do auto de exibição e apreensão de fls. 12/13.

Conforme o apurado em solo policial, no dia dos fatos, o apelante dirigiu-se à delegacia de polícia, pois um amigo havia sido preso em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Contudo, já no local, iniciou-se um pequeno tumulto, logo contido pelos policiais, os quais resolveram efetuar revista pessoal do réu. Nesse momento, foi encontrado um cigarro de maconha, parcialmente consumido, em seu poder, com peso aproximado de 2 gramas.

Pois bem. Com fulcro nos postulados do Direito Penal mínimo, de

Acesso ao Sumário

origem constitucional, a intervenção do Estado no âmbito penal somente pode ocorrer em casos excepcionais, nos quais as tutelas civil e administrativa não se mostrem suficientes, diante da gravidade da lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, nos termos estabelecidos pelos princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da ofensividade.

Assim já nos manifestamos:

> *Afinal, a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (prima ratio) do legislador para compor os conflitos existentes em sociedade e que, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Há outros ramos do direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores consequências. O direito penal é considerado a ultima ratio, isto é, a última cartada do sistema legislativo, quando se entende que outra solução não pode haver senão a criação de lei penal incriminadora, impondo sanção penal ao infrator.*[1]

No caso concreto, observados os princípios supramencionados, é de rigor reconhecer a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação e o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do réu, além da inexpressividade da lesão jurídica provocada, *sequer colocando em risco a saúde pública (bem jurídico tutelado).*

Isso porque a quantidade de droga apreendida, destinada para consumo pessoal, é manifestamente inexpressiva, consubstanciando um ínfimo cigarro de maconha parcialmente consumido, com peso aproximado de dois gramas, conduta esta que não gera a necessidade de tutela penal no caso concreto, pois, conforme vimos entendendo, "*o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual*".[2]

Nessa linha de raciocínio, imperioso concluir que a conduta atribuída ao réu, embora *formalmente* típica, não se amolda, sob o prisma *material*, ao tipo penal previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, não denotando qualquer lesão ou perigo de lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Em relação à aplicação do reconhecimento do crime de bagatela no âmbito do porte ilícito de drogas, também já nos manifestamos:

> *Em função da dignidade da pessoa humana, não é cabível qualquer punição, na órbita penal, implicando em sanção, por mínima que seja, se o bem jurídico tutelado não for realmente lesado. A quantidade ínfima*

Acesso ao Sumário

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 13.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 15.

de entorpecente não proporciona nem sequer a tipificação da infração prevista no art. 28. Logo, alteramos a nossa anterior posição e passamos a admitir o princípio da insignificância para o portador de irrita quantidade de droga.[3]

Em igual sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal em caso semelhante:

CRIME MILITAR (CPM, ART. 290) - POSSE (OU PORTE) DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA - USO PRÓPRIO - DELITO PERPETRADO DENTRO DE ORGANIZAÇÃO MILITAR - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APLICABILIDADE - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - PEDIDO DEFERIDO. - Aplica-se, ao delito castrense de posse (ou porte) de substância entorpecente, desde que em quantidade ínfima e destinada a uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar, o princípio da insignificância, que se qualifica como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal. Precedentes. (STF, HC 101759, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/08/2010).

De mais a mais, não se olvide o fato de que o acusado possui uma anotação criminal pela prática da contravenção de vias de fato, com condenação penal transitada em julgado em 18/03/2013 (fl. 58).

Contudo, saliente-se não se tratar de reincidência específica ou ao menos lastreada em crime grave, inexistindo nos autos elementos hábeis a comprovar hipótese de reiteração delitiva que pudesse, por si só, justificar a inaplicabilidade do princípio da insignificância na hipótese dos autos, sobretudo diante das peculiaridades do caso.

Desse modo, uma vez que a conduta narrada na inicial, devidamente comprovada durante a instrução do feito, não constitui crime, porquanto materialmente atípica, é de rigor o julgamento de improcedência do pedido inicial da ação penal, com a absolvição do apelante, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso de apelação defensivo para reformar a sentença hostilizada e julgar improcedente o pedido inicial da ação penal, com o fim de absolver o réu LUIS FERNANDO DE SOUZA da prática do crime constante na denúncia, nos moldes do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. p. 322.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000707-71.2016.8.26.0530, da Comarca de Sertãozinho, em que são apelantes ANA LUIZA DE ARANTES SILVA, JORGE LUIS CANDIDO DE SOUZA, JOSE RODRIGO DE SOUZA e VANESSA GONCALVES DE OLIVEIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos apelos, mantendo-se, *in totum*, a r. decisão atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 5.319)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e COSTABILE e SOLIMENE.

São Paulo, 28 de março de 2019.

ANDRADE SAMPAIO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. Roubos impróprios majorados. Furtos qualificados. Corrupção de menores. Sentença condenatória. Defesa de ANA LUIZA requer a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a desconsideração do reconhecimento realizado em juízo, por inobservância do artigo 226 do Código de Processo Penal, o reconhecimento da menoridade relativa da ré e a participação de menor importância. Já a Defesa de JORGE LUIS e JOSÉ RODRIGO pleiteia a absolvição por insuficiência probatória, com aplicação do princípio do *in dúbio pro reo* e, subsidiariamente, com relação ao acusado JORGE, a participação de menor importância e, em relação ao réu JOSÉ, a desclassificação do crime de roubo para o delito de furto. Por fim, a Defesa de VANESSA requer a absolvição insuficiência de provas, com aplicação do princípio do *in dúbio pro reo* e, subsidiariamente, a impossibilidade de sua condenação por um crime de furto e um de roubo conjuntamente, a participação de menor importância e a desclassificação do crime de roubo para o delito de furto. Impossibilidade. Prova robusta, lastreada em seguro e claro arcabouço

Acesso ao Sumário

probatório. Provas dos autos atestam que os réus empregaram violência em face das vítimas de roubo, para assegurar a detenção da coisa. Caracterizada a figura prevista no artigo 157, § 1º, do Código Penal. Impossível operar a pretendida desclassificação. Ausente a participação de menor importância. A dosimetria não comporta reparos. Atenuantes das menoridades relativas da ré ANA LUZIA e dos réus JOSÉ RODRIGO e EWERTON reconhecidas, porém sem reflexos na pena, diante da Súmula nº 231 do C. STJ. Majoração devidamente fundamentada na terceira fase, que deve prevalecer incólume. Prática de crime continuado. Regime fechado é o único cabível e permanece incólume. Recursos improvidos.

VOTO

Trata-se de recursos de Apelação interpostos pelas doutas defesas de JOSÉ RODRIGO DE SOUZA, JORGE LUÍS CANDIDO DE SOUZA, VANESSA GONÇALVES DE OLIVEIRA e ANA LUIZA DE ARANTES SILVA, contra r. sentença, cujo relatório se acolhe, proferida em 25 de junho de 2018, pelo MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Sertãozinho, que os condenou às penas 09 (nove) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, no piso, como incursos no artigo 157, §§ 1º e 2º, inciso II, por duas vezes, c.c. artigo 71, *caput*, artigo 155, § 4º, inciso IV, por duas vezes, c.c. artigo 71, *caput*, todos do Código Penal e artigo 244-B da Lei nº 8.069/90, todos na forma do art. 69 do Código Penal, sendo-lhes negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 654/669).

Na mesma r. sentença, EWERTON DE SOUZA NEVES também restou condenado às penas 09 (nove) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, no piso, como incursos no artigo 157, §§ 1º e 2º, inciso II, por duas vezes, c.c. artigo 71, *caput*, artigo 155, § 4º, inciso IV, por duas vezes, c.c. artigo 71, *caput*, todos do Código Penal e artigo 244-B da Lei nº 8.069/90, todos na forma do art. 69 do Código Penal, contudo, sua defesa não manifestou interesse em recorrer da r. sentença, ocorrendo o trânsito em julgado com relação a ele (fl. 718).

Irresignada, a Defesa de ANA LUIZA apela, requerendo a absolvição por insuficiência de provas e, subsidiariamente, a desconsideração do reconhecimento realizado em juízo, por inobservância do artigo 226 do Código de Processo Penal, o reconhecimento da menoridade relativa da ré e a participação de menor importância (fls. 767/787).

Acesso ao Sumário

Já a Defesa de JORGE LUIS e JOSÉ RODRIGO pleiteia a absolvição por insuficiência probatória, com aplicação do princípio do *in dubio pro reo* e, subsidiariamente, com relação ao acusado JORGE, a participação de menor importância e, em relação ao réu JOSÉ, a desclassificação do crime de roubo para o delito de furto (fls. 805/814).

Por fim, a Defesa de VANESSA requer a absolvição insuficiência de provas, com aplicação do princípio do *in dubio pro reo* e, subsidiariamente, a impossibilidade de sua condenação por um crime de furto e um de roubo conjuntamente, a participação de menor importância e a desclassificação do crime de roubo para o delito de furto (fls. 830/835).

As contrarrazões foram ofertadas, oportunidade na qual as arguições defensivas foram rebatidas (fls. 839/845).

Regularmente processado os recursos, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelos seus improvimentos (fls. 854/864), vindo os autos conclusos em 21 de janeiro de 2019.

É o relatório, passo a decidir.

A r. sentença bem analisou a prova, não merecendo reparos.

Consoante descreve a denúncia, no dia 09 de julho de 2016, por volta das 02h, na Avenida João Olésio Marques, Parque do Peão, Distrito Industrial, na cidade de Sertãozinho, JOSÉ RODRIGO DE SOUZA, JORGE LUÍS CANDIDO DE SOUZA, EWERTON DE SOUZA NEVES, VANESSA GONÇALVES DE OLIVEIRA e ANA LUIZA DE ARANTES SILVA, agindo em concurso e com identidade de propósitos com a adolescente K.S.P.:

a) subtraíram, para eles, um aparelho celular marca *Samsung*, modelo *J7*, cor preta, avaliado em R$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais) pertencente a L.G.L.S, empregando, logo depois, grave ameaça contra a vítima, a fim de assegurar a impunidade do crime e a detenção da coisa para eles.

b) nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima mencionadas, subtraíram, para eles, um aparelho celular marca *Samsung*, modelo *J7*, cor preta, avaliado em R$ 1.400,00(mil e quatrocentos reais), pertencente a P.M.P.S, empregando, logo depois, grave ameaça e violência contra a vítima.

c) nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima mencionadas, subtraíram, para eles, um aparelho celular marca *Samsung*, modelo *J7*, cor dourada, avaliado em R$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais), pertencente a P.F.V.

d) nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima mencionadas, subtraíram, para eles, um aparelho celular marca *Samsung*, modelo *J7,* avaliado em R$ 1.389,00 (mil trezentos e oitenta e nove reais), pertencente a B.V.R.

Consta também que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima

Acesso ao Sumário

mencionadas, corromperam e facilitaram a corrupção de K.S.P., menor de 18 anos, com ela praticando infrações penais.

Segundo o apurado, os acusados e a adolescente, já com propósito de praticarem roubos e furtos, saíram da cidade de Ribeirão Preto/SP e seguiram destino ao Parque do Peão, na cidade de Sertãozinho.

Já no local, os acusados JOSÉ RODRIGO, JORGE LUÍS e EWERTON escolhiam as vítimas e, após subtrair-lhes os aparelhos celulares mediante grave ameaça e violência, repassava-os às acusadas VANESSA e ANA LUÍZA e para a adolescente K., que ficavam nas proximidades prestando-lhes auxílio.

Assim, após observarem que a vítima P.M.P.S. estava filmando um show no local com o celular acima descrito, os acusados se aproximaram e subtraíram-lhe o celular. A vítima, após identificar os roubadores, tentou recuperar o celular, no que foi ameaçada de morte e agredida fisicamente com um soco no rosto pelos denunciados. Na sequência, os acusados entregaram o aparelho celular para as denunciadas VANESSA e ANA LUÍZA e para a adolescente, que o ocultaram em suas vestes.

Logo após, os acusados, aproveitando que a vítima P.F.V. estava filmando o show com o celular acima descrito, subtraíram-lhe o aparelho que estava em suas mãos e fugiram levando com eles a *res.*

Depois viram a vítima B.V.R. fotografando o show com o celular, sendo que um deles tomou-lhe o aparelho, enquanto que os outros dois, fizeram uma barreira para impedir que a vítima saísse para seguir aquele, prestando-lhe auxílio.

Em seguida, os denunciados se aproximaram da vítima L.G.L.S. e arrancaram-lhe o celular que ela trazia junto ao corpo, sendo que a vítima, após identificar os roubadores, exigiu o aparelho, no que os acusados passaram a empurrá-la e ameaçá-la de morte e agressão, dizendo que pertenciam ao grupo PCC.

De posse dos aparelhos celulares, os acusados e a adolescente fugiram do local.

Acesso ao Sumário

Diante de tal fato, a vítima L.G.L.S. acionou a Polícia Militar e, no momento em que estava relatando a ocorrência, viu os acusados e apontou-os aos policiais que, após apoio de outra viatura, conseguiram abordá-los. Durante a abordagem, os policiais encontraram em poder dos acusados e da adolescente os aparelhos celulares acima descritos, que foram apreendidos e devolvidos às vítimas.

Nos dois roubos e nos dois furtos, as acusadas VANESSA e ANA LUÍZA prestaram auxílio aos acusados JOSÉ RODRIGO, JORGE LUÍS e EWERTON, escondendo a *res* em suas vestes íntimas, na tentativa de dificultar a localização dos celulares pelas vítimas e pela polícia. Praticando os crimes de roubo e furto

em companhia de K., os acusados corromperam ou facilitaram a corrupção da adolescente.

Irresignadas, as Defesas recorrem pleiteando a reforma da *decisum*.

Todavia, sem razão.

A materialidade delitiva veio estampada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 08/28), pelo boletim de ocorrência (fls. 29/33), pelo auto de avaliação (fls. 34/35), e pelas demais provas produzidas nos autos.

Do mesmo modo a autoria.

A vítima L.G.L.S., na fase policial, narrou que estava na festa do peão quando, de repente, alguém arrancou seu aparelho celular, sendo que o roubador veio por trás e então ela voltou-se e viu um grupo de pessoas, entre eles dois homens e três mulheres. Então, exigiu do grupo a entrega do celular, momento em que as mulheres passaram a proferir ameaças e disseram que o grupo pertencia ao PCC e que iriam agredi-la caso insistisse, sendo ainda empurrada, momento em que foi procurar a ajuda policial (fls. 13/14). Em juízo, disse que seu celular estava em seu peito e, em determinado momento, JOSÉ RODRIGO ficou bem próximo a ela e o retirou de seu sutiã, entregando para JORGE LUIZ, o qual repassou para as acusadas, sendo que as reconheceu como sendo VANESSA e ANA LUIZA, conforme reconhecimento feito em Juízo. Foi atrás deles e pediu que devolvessem seu celular, dizendo que sabia que tinha sido eles, ocasião em que negaram e todos fizeram um círculo em volta da vítima, falando que iam bater nela e que eram do PCC, bem como a empurraram e colocaram o dedo em seu rosto. No entanto, não a agrediram. Nesse momento, uma amiga a puxou do meio da roda e, em seguida, foi atrás dos policiais na base móvel. Porém, os policiais disseram que não conseguiam rastrear o aparelho celular. Estava voltando para a festa, quando viu os acusados saindo do local, assim, voltou na base móvel e avisou os policiais, indicando os acusados. Saiu correndo atrás do grupo e entrou na viatura de Polícia que estava passando pelo local, tendo os policiais, então, conseguido abordar os acusados, enquanto permaneceu no interior da viatura. Na busca pessoal, foram encontrados 06 celulares na bota de uma das acusadas, não se recordando, porém, quem era (mídia).

A vítima P.M.P.S., na fase policial, narrou que estava na festa do peão quando pegou seu aparelho celular para filmar o show e atrás dele tinha um casal bem próximo, momento em que, de repente, alguém retirou o celular de sua mão e ao olhar para ver quem era, agarrou o homem que estava com a mulher e exigiu que este entregasse o aparelho, sendo que chegou a colocar a mão no bolso dele para pegar seu celular, **momento em que um homem que estava ao lado do casal lhe proferiu ameaças e lhe deu um soco no rosto.** Assim, diante da agressão, foi até os policiais e notificou o fato, tendo ido para casa tentar rastrear o celular e apagar os dados pelo computador, quando a

Acesso ao Sumário

polícia lhe telefonou dizendo que o aparelho foi recuperado. Foi até a Delegacia e encontrou o celular sem a capinha de proteção e a quantia de R$ 50,00 que ali estava, bem como reconheceu uma das mulheres, e os homens como sendo os mesmos que subtraíram o seu celular e lhe agrediram fisicamente (fls. 15/16). Em Juízo, disse que estava gravando o show, sendo que não tinha ninguém atrás dele, e em determinado momento chegaram três homens e mulheres, não se recorda se eram duas ou três. Ainda estava gravando o show, quando um deles puxou o celular de sua mão, tendo então se virado para trás e pedido o aparelho de volta, dizendo que sabia que tinha sido eles, porém, estes negaram e **JOSÉ RODRIGO lhe deu um soco na boca para o intimidar, conforme reconhecimento feito em Juízo**. Em seguida, procurou a Polícia e informou os fatos, no entanto, os policiais disseram que não tinham como encontrar seu celular, porque tinha muitas pessoas no local. Quando foi à Delegacia de Polícia, recuperou seu celular, no entanto, não recuperou a capinha do aparelho. Ficou sabendo que uma das mulheres era menor de idade. **Também reconheceu os acusados JOSÉ RODRIGO, EWERTON, VANESSA e ANA LUIZA** como as pessoas que estavam próximos quando da subtração (mídia).

A vítima P.F.V., ouvido apenas em fase policial, narrou que estava na festa do peão usando o aparelho celular para filmar o show, quando, de repente, um homem puxou o celular das mãos da vítima e ao se virar viu dois rapazes, então, pediu para que eles devolvessem o aparelho, sendo que os mesmos negaram que haviam praticado o furto e apontaram outro rapaz, o qual fugiu do local. Ainda, a vítima agarrou um dos roubadores pelo braço, mas este conseguiu se safar e, em seguida, os dois homens também deixaram o local. Após o ocorrido, foi embora para a concentração, uma vez que era atleta e estava participando dos jogos olímpicos na cidade, e ao chegar lá, o técnico lhe informou que a polícia havia recuperado seu celular. **Na Delegacia, recuperou seu celular e reconheceu os três réus como sendo os autores do furto** (fls. 17).

A vítima B.V.R., ouvido apenas em fase policial, disse que teve seu aparelho celular furtado por três homens na festa do peão de Sertãozinho, contudo não reconheceu os autores pois estava escuro. Na delegacia recuperou seu celular (fls. 186).

Acesso ao Sumário

As testemunhas Raphael de Souza Caveagna e Marcelo Henrique Lisboa Lopes, policiais militares, na fase policial, disseram que estavam fazendo patrulhamento preventivo na festa do peão, quando a vítima L.G.L.S. fez sinal de parada e informou que três homens e três mulheres haviam lhe cercado e retirado do interior de sua blusa um aparelho celular, falando que eram integrantes do PCC. Em seguida, apontou três homens e três mulheres, que caminhavam juntos, como sendo os autores do delito. Abordaram as pessoas indicadas e, em busca pessoal nos homens, nada foi encontrado, no entanto, com as mulheres foram encontrados cinco aparelhos celulares. Ainda, em busca íntima nas

mulheres, foi encontrado com a adolescente K. um aparelho celular e com ANA LUIZA o aparelho roubado da vítima L.G.L.S., que foi reconhecido por ela. Concluíram que o grupo praticava o furto e que os aparelhos eram repassados para as mulheres, que os escondiam em suas partes íntimas, o que dificultava a localização. Em Juízo, ratificaram seus relatos e acrescentaram que outras vítimas compareceram na Delegacia de Polícia narrando a subtração de celulares de forma semelhante, bem como reconhecendo os celulares encontrados com os réus (fls. 10, 12 e mídia).

A testemunha de defesa Márcio Raimundo de Oliveira disse que conhece ANA LUIZA da cidade de Ribeirão Preto, onde os pais e os avós são conhecidos da igreja. Afirmou que não estava no dia e local dos fatos e que ficou surpreso em saber da ocorrência. Disse não saber de nenhum crime que a ré possa ter cometido e que não conhece os outros acusados (mídia).

A adolescente K.S.P., na fase policial, negou ter participado do arrastão para furtar aparelho celular e disse não conhecer os demais acusados. Disse que veio até Sertãozinho com seu namorado, o qual lhe entregou um aparelho celular e desapareceu no meio da festa do peão. Negou que o aparelho estava em suas partes íntimas. Por fim, disse que foi assaltada durante a festa e que para fugir dos assaltantes, saiu correndo e encontrou as acusadas, as quais se ofereceram para leva-la até a rodoviária, sendo que estavam a caminho do carro, quando foram paradas pela polícia (fls. 88).

A ora apelante, ANA LUIZA, ao ser interrogada na fase policial, negou a prática dos delitos, dizendo que os aparelhos encontrados em seu poder lhe foram entregues por amigos para guardar. Também disse não conhecer os homens que foram presos junto com ela. Narrou que estava com sua amiga VANESSA na festa do peão e já estava indo embora quando encontrou a adolescente K. perdida e se prontificou a levá-la até a rodoviária. Ao sair da festa, encontrou os acusados, os quais disseram que moravam em Ribeirão Preto e lhe ofereceram carona, sendo aceito pela ré. Estavam caminhando em direção ao carro deles, quando foram parados pela polícia e a mesma foi acusada de roubo (fls. 23).

Em Juízo, também negou os fatos. Disse que tinha combinado de encontrar algumas amigas no rodeio, mas, como estava muito cheio, não as encontrou. Tentou telefonar, momento em que seu celular foi subtraído e começou a andar para procurá-las, ocasião em que encontrou com VANESSA, a qual já conhecia, porque tinham amigos em comum. Perguntou se ela tinha como ir embora, tendo ela respondido que estava com uns meninos de Ribeirão-Preto e que podiam dar uma carona. Já estavam indo embora, quando os meninos pediram para segurar os quatro celulares deles, sendo que a ré falou que não tinha bolsa, então os colocou em sua cintura, porém, não tinha conhecimento que eles eram roubados. Disse que quando foi abordada, os celulares foram encontrados em sua cintura e que nenhuma vítima os acusou. Disse que na época dos fatos tinha

Acesso ao Sumário

20 anos e estava estudando no 1º ano do Ensino Médio (mídia).

A ré VANESSA GONÇALVES DE OLIVEIRA, ao ser interrogada na fase policial, também negou a acusação, ou que tinha amizade e que conhecia os demais acusados. Narrou que foi até a cidade de Sertãozinho com sua amiga ANA LUIZA e já dentro da festa do peão, viu quando uns amigos entregaram para sua amiga vários aparelhos celulares. Disse que estava indo embora quando encontrou a adolescente K. perdida, a qual informou que desejava ir para a rodoviária, então, se prontificou a levá-la. Em seguida, encontrou os acusados e estes lhe ofereceram carona, sendo aceito pela ré. Estavam caminhando em direção ao veículo, quando foram parados pela polícia (fls. 24).

Em Juízo, disse que não tem conhecimento dos fatos, uma vez que encontrou ANA LUIZA e depois os meninos, bem como que no local conheceu a adolescente, a qual pediu uma informação e uma carona para elas. Disse, ainda, que conhecia os meninos apenas de vista e estes ofereceram carona e, como não tinham como ir embora, aceitaram.

Não sabe dizer nada sobre os celulares, inclusive não os viu, porém, na abordagem ficou sabendo que tinha celular com ANA LUIZA. Negou ter proferido ameaças a alguém (mídia).

O réu EWERTON DE SOUZA NEVES, ao ser interrogado na fase policial, negou a acusação, alegando que veio até Sertãozinho com seus amigos para curtir a festa do peão, e quando já estava indo embora, encontraram as meninas, amigas de Ribeirão Preto, sendo que desconhecia que elas tinham furtado celular e só tomou conhecimento desses fatos quando foram abordados pela polícia. Negou, por fim, qualquer participação no delito (fls. 25).

Em Juízo, disse que estava com o documento de seu irmão Vinícius, porque saiu às pressas de casa e não achou seu documento, apresentando, dessa forma, o de seu irmão. **Também admitiu que subtraiu os celulares. Disse que durante os furtos, JOSÉ RODRIGO ficava na frente, como se fosse uma barreira para que as vítimas não fossem atrás dele, enquanto furtava os celulares.** JORGE ficou com eles até um determinado momento da festa, mas não participou dos furtos. Encontraram as meninas no final da festa, sendo que ANA LUIZA pediu carona, tendo oferecido a ela em troca da carona que levasse os quatro celulares roubados até o carro, no entanto, disse que não a informou que eram produtos de roubo, bem como ela não perguntou, ainda, não sabe se ANA LUIZA passou os celulares para as outras meninas. Não viu se JOSÉ RODRIGO ameaçou ou agrediu alguém, bem como não se recorda se falou algo relacionado ao PCC (mídia).

O réu JORGE LUÍS CANDIDO DE SOUZA, ao ser interrogado na fase policial, negou que tenha praticado o furto de aparelhos celulares e disse que foi até Sertãozinho em companhia de JOSÉ e Vinicius para curtir o rodeio e aqui

Acesso ao Sumário

encontrou suas amigas VANESSA, ANA LUIZA e K. Já estava indo embora com as meninas, pois iria dar carona para elas, quando foram parados pela polícia. Disse que desconhecia que elas tinham furtado os celulares e negou que tenha ameaçado qualquer pessoa, bem como que tenha falado que era membro do PCC, só tomando conhecimento dos fatos na Delegacia (fls. 26).

Em Juízo, novamente negou a acusação. Disse que ficou o tempo todo com JOSÉ RODRIGO e EWERTON, porém, informou que não roubou nada, não os viu roubando nada e nem ameaçando ninguém. Disse também que, no final do show, encontrou as meninas, as quais não conhecia, e que elas estavam com os celulares, no entanto, não soube quem os roubou (mídia).

O réu JOSÉ RODRIGO DE SOUZA, na delegacia, negou a prática de furto ou que tenha agredido fisicamente alguém. Disse que foi até Sertãozinho com seus amigos para curtir a festa do peão e aqui encontrou suas amigas, sendo que já estava indo embora, quando foram parados pela polícia, ocasião em que ficou sabendo que as meninas haviam furtado os celulares (fls. 27).

Em Juízo, disse que foi com JORGE e EWERTON ao show, onde ingeriram bebidas alcoólicas, menos JORGE, e **viram pessoas praticando furtos, por isso, começaram a praticar também, tendo subtraído quatro celulares. Afirmou que EWERTON puxava os celulares e ele fazia a "parede" para defender EWERTON**, sendo que JORGE não participou e não estava junto nos momentos em que furtavam, inclusive este os aconselhava a não praticar os delitos. **No final da festa, encontrou ANA LUIZA e as outras meninas, pedindo para levarem os celulares com elas até o carro**, em troca de carona para Ribeirão Preto, já que elas não tinham dinheiro para voltar e, ainda, **prometeu dar um dos celulares para ANA LUIZA se ela fizesse o combinado**. Negou ter feito ameaças e ter falado que fazia parte do PCC. Não se recorda se agrediu alguém. Em relação às vítimas, disse que um menino o segurou pela camisa e lhe deu um soco, e lhe acusou de ter roubado seu celular, no entanto, negou a autoria do delito. A vítima L.G.L.S. disse que seu namorado era bandido e que iria matá-los (mídia).

Pois bem.

Como se percebe, a prova é robusta para a condenação.

Apesar da negativa dos acusados quanto ao emprego da violência após a subtração do bem, suas condenações estão em consonância com os depoimentos dos policiais e das vítimas.

JOSÉ RODRIGO e EWERTON admitiram apenas a prática de furtos, aduzindo que o primeiro funcionava como "parede de escudo" para que as vítimas não enxergassem EWERTON.

Recordo que, em sede de crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima revela-se de extremo valor, já que, na maioria das vezes, tais delitos são

Acesso ao Sumário

vivenciados apenas por ela e pelo agente.

Na hipótese vertente, inexistem nos autos elementos a indicar que os ofendidos ou as testemunhas possuíssem a intenção de prejudicar os réus.

Aliás, é pacífico o entendimento de que a simples condição de agente público não enseja seu recebimento com reservas, pois seus depoimentos são colhidos sob o compromisso de dizerem a verdade.

Como sucede com qualquer testemunha, o valor do depoimento prestado deve ser avaliado com as outras provas angariadas no decorrer do processo, independentemente de a testemunha ser ou não policial.

É idônea, portanto, a prova testemunhal colhida no auto de prisão em flagrante e reafirmada em Juízo, com plena observância do contraditório.

Ademais, depreende-se dos autos que houve o emprego de violência para que os acusados pudessem manter a posse sobre os bens subtraídos.

Nesse sentido, a vítima L.G.L.S foi segura ao asseverar que, no dia dos fatos, os acusados subtraíram seu celular, fizeram um círculo a sua volta, ameaçando-a de morte e, ao final, dizendo que pertenciam ao PCC, a empurraram e saíram na posse de seu celular.

Da mesma forma, a vítima P.M.P.S. foi categórica ao afirmar que, após a subtração de seu celular, JOSÉ RODRIGO lhe deu um soco na boca, como forma de assegurar a posse do bem subtraído.

E, como já mencionado, inexistem provas nos autos a atestar que a parcialidade das palavras dos ofendidos, as quais não podem ser tomadas por suspeitas, *a priori*.

Pontuo que, na hipótese em comento, relevar suas palavras, alegando íntimo interesse no desfecho do processo, seria admitir, em verdade, a real possibilidade de impunidade.

A desconsideração poderia ser realizada, entretanto, se a Defesa trouxesse a comprovação de que a vítima intencionava prejudicar o acusado.

Todavia, não o fez.

Acesso ao Sumário

Bem caracterizada, portanto, a figura do roubo impróprio majorado pelo concurso de agentes, conforme a tipificação constante no artigo 157, §§ 1º e 2º, do Código Penal, com relação às vítimas L.G.L.S e P.M.P.S., e, também, o crime de furto qualificado, em relação às vítimas B.V.R. e P.F.V.

A majorante do concurso de agentes foi devidamente demonstrada, uma vez que os apelantes agiram conluiados, estando previamente ajustados e possuindo unidades de desígnios.

O liame subjetivo é evidente, pois se uniram na busca de um resultado único. Agiram com inequívoca conjugação de esforços, para subtraírem os bens mencionados na exordial, aderindo às condutas dos outros.

Consigno que, ao contrário do que sustentam as defesas, os depoimentos colhidos foram firmes no sentido de que todos os réus praticaram os dois crimes de roubo e os dois crimes de furto que lhes foram imputados, não havendo que se falar em desclassificação do crime de roubo para o crime de furto em relação aos acusados JOSÉ RODRIGO e VANESSA.

Da mesma maneira, impossível reconhecer a participação de menor importância dos réus ANA LUIZA, JORGE LUIS E VANESSA, uma vez que o papel de cada um foi fundamental para a consumação dos delitos, estando previamente ajustados e com as tarefas divididas para o sucesso da empreitada criminosa.

Ainda, o pleito de desconsideração do reconhecimento realizado em juízo, formulado pela defesa de ANA LUZIA, não merece prosperar.

Não se verificam irregularidades nos reconhecimentos pessoais efetuados no processo.

O artigo 226 do Código de Processo Penal prescreve a forma adequada à realização dos reconhecimentos de pessoas.

Afirma que, antes da realização do ato, o reconhecedor deverá descrever a pessoa a ser reconhecida, da melhor forma possível.

Posteriormente, **havendo possibilidade**, o alvo do reconhecimento será colocado ao lado de indivíduos que com ele guardem semelhança.

Desta seleção, o reconhecedor apontará a pessoa que acredita ser o autor ou partícipe do delito apurado, quando, então, será lavrado o competente auto de reconhecimento.

No caso, eventual irregularidade ocorrida por desrespeito à regra constante no artigo 226 do Código de Processo Penal não é hábil a macular o reconhecimento nem, tampouco, as demais provas produzidas nos autos.

Portanto, o fato de não terem sido colocadas outras pessoas ao lado da ré, não torna, por si só, irregular o reconhecimento realizado em juízo.

Melhor sorte não merece, também, a pretensão de absolvição dos acusados pelo delito de corrupção da adolescente K.S.P., pela alegação de falta de provas.

O crime previsto no art. 244-B da Lei nº 8.069/1990, ao tutelar a boa formação moral da criança e do adolescente, possui como sujeito passivo o próprio comparsa menor.

Ao contrário do alegado pela defesa, conforme preceitua a Súmula nº 500 do C. Superior Tribunal de Justiça, **a configuração da infração penal descrita no artigo 244-B, *caput*, da Lei 8.069/90 (ECA) independe da prova da efetiva corrupção do menor. Por se tratar de delito formal, basta a comprovação de que a prática de determinado crime tenha envolvido criança ou adolescente, tal como ocorreu no presente caso.**

Acesso ao Sumário

A Súmula permite o entendimento de que pouco importa para a configuração do crime de corrupção de menor, o fato deste já ter sido "corrompido" em momento anterior, inclusive com condenação por cometimento de ato infracional.

A corrupção se dá não só pela introdução do menor ao crime, mas também pela ausência de impedimento de seu distanciamento do mundo criminoso.

Qualquer ato de aproximar menor do crime é corrosivo à sua formação.

Desta forma, não há qualquer justificava que permita o reconhecimento da absolvição por insuficiência probatória.

Sendo assim, a condenação dos acusados pelos dois roubos impróprios, pelos dois furtos e pela corrupção de menores, era mesmo medida de rigor.

Passo à análise da dosimetria.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no mínimo legal para todos os crimes, em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias- multa para os roubos, 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa para os furtos, e 01 (um) ano de reclusão para a corrupção de menores, para cada um dos apelantes.

Na segunda etapa, foi reconhecida a menoridade relativa da ré ANA LUZIA e dos réus JOSÉ RODRIGO e EWERTON. Ocorre que, ao contrário do alegado pela defesa de ANA LUZIA, não há que se falar na redução da pena aquém no mínimo, em atenção ao disposto na Súmula nº 231 do C. Superior Tribunal de Justiça, que estabelece:

"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Na última fase, com relação ao delito de roubo, presente a causa de aumento do concurso de pessoas, razão pela qual a pena foi majorada em 1/3 (um terço), alcançando 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, para cada um dos acusados.

Ainda nesta etapa, por conta da continuidade delitiva entre os dois delitos de roubo, a pena foi majorada em 1/6 (um sexto), atingindo 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso, para cada um. Da mesma forma, com relação aos crimes de furto, as penas alcançaram 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no piso, para cada um dos apelantes.

Considerando que os crimes foram cometidos na forma do artigo 69 do Código Penal, as penas de todos foram somadas, atingindo o montante total de 09 (nove) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 26 (vinte e seis) dias-multa, no piso, para cada acusado.

Por fim, de rigor a manutenção do regime inicial fechado.

Além do *quantum* de reprimenda, a fixação do regime de cumprimento da pena mais gravoso é justificada pelo destemor e ousadia dos réus, que, em

Acesso ao Sumário

concurso de agentes, praticaram diversos crimes no dia dos fatos, em momento de lazer das vítimas.

Delitos como estes causam tremendo abalo às pessoas de bem, que se sentem atemorizadas com a crescente onda de violência nas cidades.

Assim, independentemente de não terem sido consideradas circunstâncias judiciais desfavoráveis na primeira fase da dosimetria, o regime fechado é o apropriado, necessitando os réus de segregação total até que, paulatinamente, sejam reinseridos no corpo social.

Nota-se que não há que se falar em ofensa às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal, porquanto o estabelecimento de tal regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião do julgador.

Inviável, também, pelo próprio *quantum* da pena e por se tratar de crime cometido com violência e grave ameaça à pessoa, a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos ou concessão do *sursis.*

Desse modo, nada há a reparar.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** aos apelos, mantendo-se, *in totum*, a r. decisão atacada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0099556-29.2017.8.26.0050, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes DARIO SIMIONE DE ARAUJO, MIGUEL DOS REIS SANTOS e ROBERT DE SILVA DE PAULA CARLOS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial aos recursos, nos termos que constarão do acórdão. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.176)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AUGUSTO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), FRANÇA CARVALHO e CARDOSO PERPÉTUO.

São Paulo, 21 de março de 2019.

DE PAULA SANTOS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Roubos duplamente majorados em concurso formal –

Acesso ao Sumário

Materialidade e autoria comprovadas – Conjunto probatório suficiente para alicerçar a condenação – Majorante do concurso de agentes demonstrada – Exclusão, porém da majorante antes prevista no inciso I do parágrafo 2º do art. 157 do Código Penal, ante a revogação de tal inciso pela Lei nº 13.654/2018, que deixou de contemplar o emprego de arma branca como causa de aumento de pena (*novatio legis in mellius*) – Regime prisional inicial fechado em face das peculiaridades do caso concreto e dos princípios da proporcionalidade e suficiência – Parcial provimento aos recursos, para afastamento da referida majorante, com redução das penas.

VOTO

Cuida-se de apelações interpostas por DARIO SIMIONE DE ARAÚJO, MIGUEL DOS REIS SANTOS e ROBERT DE SILVA DE PAULA CARLOS contra a r. sentença de fls. 415/420, que os condenou como incursos, por duas vezes, no artigo 157, § 2º, I e II, c.c. o artigo 70, ambos do Código Penal, a 07 (sete) anos, 07 (sete) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Inconformados, apelam os réus (fls. 464/471, 482/486 e 504/527). Alegam, em síntese, que as provas carreadas para os autos não autorizam o édito condenatório. Requerem a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, pleiteiam o afastamento do concurso formal e a redução do aumento decorrente das causas de aumento. A Defesa de Robert requer, ainda, a fixação do regime semiaberto.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 535/542).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos (fls. 562/579).

É o relatório.

A solução condenatória merece ser mantida.

Ficam, com efeito, aqui expressamente adotados como razões de decidir os pertinentes fundamentos enunciados na sentença quanto à materialidade e à autoria, bem como às circunstâncias do delito (fls. 419/420):

"A ação penal é procedente, em que pese o alegado pelas combativas defesas. Muito embora tenham os réus negado qualquer envolvimento nos fatos, e que o tivessem praticado com o adolescente, não é menos correto afirmar-se que as vitimas, já na fase policial, quando na presença dos réus e adolescente e de terceiro, ali perfilado conforme documento de paginas 35,

Acesso ao Sumário

vieram a reconhecer o adolescente Thales e o réu Robert, como autores do delito e que não tinha condições de reconhecer o terceiro que ali ingressou, quando dormiam, esclareceram, ainda, que o adolescente portava a faca enquanto Robert, o objeto que se soube posteriormente ser simulacro de arma de fogo. Robert e Miguel foram presos pelo policial Cleber, que confirmou, ainda, ter abordado antes o réu Robert, sendo que soube via radio informes de roubo em andamento à residência, e quando chegaram ao local, é que veio a notar que ambos caminhavam, e no momento em que avistaram a viatura policial, empreenderam fuga em sentido contrário, detidos confessaram a pratica do delito, e inclusive foram reconhecidos pelas vitimas. O policial Pedro foi quem deteve Dário, uma vez que estaria veiculo suspeito pelo local, e nesse momento, em apoio a outra viatura e quando chegaram na rua do roubo é que então viram o carro ser posto em de dois quarteirões, nada de ilícito foi localizado com o mesmo, no entanto, viu a perseguição dos corréus Robert e Miguel. O policial Saturno foi quem deteve o adolescente, via radio soube da suspeita de quatro indivíduos dentro de um carro fiat, e então, avistaram o carro em movimento e o adolescente correndo num sentido, e no outro dois réus (Robert e Miguel), e então foi em perseguição ao adolescente, quando este veio a dispensar a res furtiva (uma bolsa onde estavam os pertences das vítimas), como ainda as facas. Note-se, que Dário conduzia o veículo Fiat que, por sua vez, estava na posse da mãe de Thales, que ao ser ouvida esclareceu que o filho tinha pegado o carro sem seu consentimento.

"Tanto o adolescente quanto o réu Robert foram reconhecidos na fase policial, e é certo, ainda, que a autoridade policial, já ali descreveu que estavam as vitimas atemorizadas a indicar, portanto, a razão pela qual as mesmas não compareceram porque não localizadas. Ressalte-se, ainda, que as provas juntadas com relação a policiais que estão sendo processados não tem qualquer liame com os ouvidos em juízo, ao contrário, estes apresentam relato isento dos fatos que teriam efetivamente presenciado.

"E, é certo, ainda, que pelo relato colhido na Vara da Infância e Juventude, da vitima Glocai, confirmou que reconheceu dois agentes na fase policial (Robert e Thales) e que terceiro que ingressou no imóvel e de compleição forte seria o terceiro, em consonância com a descrição de Miguel.

"Desta forma, a versão dos acusados, não guardam qualquer harmonia com a prova produzida, em especial porque é de ciência terem vitimas de origem oriental temor em depor, o que inviabiliza, e muito, que a instrução ocorra a contento.

"No entanto, é importante consignar-se que justamente o adolescente que estava com os documentos foi por elas reconhecido, e Robert em poder de quem foi apreendido o valor em dinheiro, também o foi, elementos que levam à convicção de que ao empreender Miguel (mais gordo) fuga com Robert, e Dário a conduzir, justamente o carro da mãe do adolescente, que eram os quatro informados via copom da suspeita de suas condutas.

"Inexiste qualquer duvida quanto ao emprego de arma (faca) e de

Acesso ao Sumário

simulacro, e ainda, do concurso de agentes, diante das provas testemunhais colhidas. Não há qualquer causa que eximam os réus de pena".

O acusado Dario, em juízo, negou a prática dos roubos, afirmando que não conhece os corréus. Alegou que, na data dos fatos, ficou em um bar até por volta das duas horas da manhã e, no caminho para sua casa, foi abordado pelos policiais. Eles perguntaram se um carro que estava estacionado na via pública era seu. Respondeu que não. Um dos policiais perguntou se tinha passagem pela polícia e respondeu que sim, por furto e receptação, e ele lhe disse que teria que acompanhá-los até a delegacia para averiguação. Quando chegou à delegacia, foi colocado juntamente com mais três indivíduos para reconhecimento. Depois do reconhecimento, o delegado o chamou e disse que não havia sido reconhecido, mas que continuaria preso por conta do carro (depoimento colhido por meio audiovisual).

O corréu Miguel, em juízo, negou a prática do roubo, afirmando que conhece apenas o corréu Robert. Na data dos fatos, estavam na via pública quando foram abordados pelos policiais, que lhe perguntaram se tinha passagem. Respondeu que sim e que estava em liberdade condicional, motivo pelo qual eles o levaram para o DP. Robert já havia lhe dito que estava sofrendo perseguição de um dos policiais que os abordou.

O corréu Robert, em juízo, negou a prática do roubo, sustentando que conhece apenas o corréu Miguel. Na data dos fatos, recebeu um telefonema de Miguel pedindo para encontrá-lo na Rua Senador, onde chegou por volta de meia noite e pouco. Lá havia meninas que conhece e alguns indivíduos usando entorpecente. Quando todos foram para a pensão existente no local, foram abordados pelos policiais. Já conhecia o policial que o abordou, que o persegue e questionou o que estava fazendo no local. O policial lhe disse considerar que o declarante estava querendo roubar prédios.

O adolescente Thales Arley Xavier Salles, em sede de inquérito policial, permaneceu silente (fls. 20).

Cristiane Aparecida Xavier Franca, genitora do adolescente, em sede de inquérito policial, disse que é proprietária do veículo Fiat/Uno, placas FNS7731, esclarecendo que o carro está em nome de seu ex-companheiro. Thales pegou o carro sem autorização e somente teve conhecimento que ele estava com o veículo com a comunicação da polícia (fls. 21).

Porém, o ofendido Guoming Huang, na fase de inquérito policial, declarou que, na data dos fatos, foi despertado por três indivíduos que entraram em seu apartamento com faca e arma de fogo em punho. Eles passaram a fazer ameaças de morte e exigir dinheiro e bens, chegando a agredir seu irmão. Os roubadores subtraíram dois celulares, uma sacola, um relógio, seus passaportes e cerca de quatrocentos e cinquenta reais em dinheiro. Em seguida, se evadiram do local.

Acesso ao Sumário

Os assaltantes colocaram a faca no peito e nas costas de seu irmão e apertaram o pescoço dele. Reconhece o adolescente Thales e o réu Robert como sendo dois dos indivíduos que entraram em sua casa. Thales portava a faca e Robert a arma de fogo. Não tem como reconhecer o terceiro indivíduo porque ele estava de capuz. Não sabe como os roubadores passaram pelo portão do prédio (fls. 16).

No mesmo sentido o depoimento da vítima Glocai Huang, que acrescentou que a porta do apartamento em que moram fica destrancada. Reconhece o adolescente Thales, que era quem portava uma faca, e o acusado Robert, que portava uma arma de fogo, como sendo dois dos assaltantes (fls. 18).

Deveras, ambos os ofendidos realizaram o reconhecimento pessoal positivo de Robert e Thales perante o delegado oficiante no caso (Auto de Reconhecimento de Pessoa de fls. 36).

A vítima Glocai, em juízo, ao ser ouvida na Vara da Infância e da Juventude, confirmou os fatos descritos na denúncia. Contou que, na data dos fatos, estava dormindo quando apareceram três indivíduos e tamparam sua boca para que não gritasse. Um deles, na posse de uma faca, exigiu a entrega de dinheiro. Ele apertou seu pescoço. Depois pegou uma arma e mandou que ficasse quieto, ameaçando matá-lo. Eles foram presos na via pública, em frente a sua casa, mais ou menos cinco minutos após o roubo. Os bens subtraídos foram recuperados. Na delegacia reconheceu com certeza dois dos acusados como sendo os roubadores. Note-se que a gravação audiovisual do mencionado depoimento foi devidamente anexada aos presentes autos digitais, com disponibilização pelo SAJ (fls. 409), mostrando-se perfeitamente possível visualizar a imagem e ouvir as palavras do depoente.

Com efeito, Glocai, como ressaltado na sentença, foi ouvido perante o Juízo da Infância e Juventude, reforçando suas declarações anteriores, sendo que não foi apontada nenhuma irregularidade ou vício no que tange a esta inquirição judicial.

Assim, embora não tenha sido possível inquirir novamente as vítimas nos presentes autos (não localizadas para intimação pessoal, cf. fls. 252), tem-se que suas declarações ficaram coonestadas (mesmo porque inteiramente compatíveis com o restante do acervo probatório), mostrando-se hígidas e reveladoras (nada existindo que permita conceber a descabida hipótese de que os mencionados ofendidos pudessem falsear a verdade para prejudicarem injustamente pessoas inocentes). E os depoimentos dos agentes públicos que oficiaram no caso militam no mesmo sentido.

O policial militar Pedro Daniel de Siqueira, em juízo, esclareceu que foi irradiada notícia de um delito na Rua Conselheiro Furtado. Quando chegou ao local, avistou um veículo que tentou se evadir, mas foi abordado. No veículo estava o réu Dario e com ele nada de ilícito foi encontrado. Noticiaram no rádio

Acesso ao Sumário

que outros policiais estavam perseguindo os demais infratores que haviam saído do prédio onde praticada a ação criminosa. Posteriormente, descobriram que todos estavam envolvidos no delito. O roubo foi em frente do local onde estava estacionado o veículo Uno prata. Os três assaltantes estavam juntos e, quando a viatura chegou ao local, correram dois para um lado e outro para o outro lado. Foi apreendido um simulacro de arma de fogo e uma faca que estava com eles.

No mesmo sentido o depoimento do policial militar Cleber que afirmou que já havia abordado o acusado Robert em outra oportunidade. Quando dos fatos, conseguiu alcançar os réus Robert e Miguel, que admitiram terem praticado o roubo. As vítimas reconheceram estes indivíduos detidos pelo depoente como sendo os assaltantes. Com eles foi encontrada quantia em dinheiro que confessaram ser produto do roubo.

O policial militar Saturno Donizete, em juízo, esclareceu que o COPOM irradiou a ocorrência mencionando a prática de roubo por quatro indivíduos que ocupavam um veículo Uno, de cor prata. A primeira viatura abordou o veículo Uno. O declarante, por sua vez, avistou três indivíduos correndo no sentido contrário. Eles se separaram, sendo que dois foram para um lado e um foi para outro lado. Foi atrás do adolescente e a outra viatura foi atrás dos outros dois. Ele dispensou uma bolsa e duas facas e em seu poder nada foi encontrado. Na bolsa havia pertences que a vítima reconheceu como sendo seus.

Cumpre ressaltar que os depoimentos dos policiais devem, sim, serem levados em consideração, mesmo porque os acusados não comprovaram que estes pudessem ter qualquer interesse em prejudicá-los. Nada há, enfim, que enfraqueça o valor probatório das detalhadas declarações das referidas testemunhas.

Frise-se que nada foi trazido que permitisse questionar a honestidade e idoneidade dos referidos agentes públicos, que, evidentemente, não se confundem com *outros* policiais (os quais não são testemunhas no presente caso concreto) que, segundo alegado, se viram processados por conta de *outros* fatos, sob imputação de irregularidades. Neste rumo o oportunamente observado na sentença: "*Ressalte-se, ainda, que as provas juntadas com relação a policiais que estão sendo processados não tem qualquer liame com os ouvidos em juízo, ao contrário, estes apresentam relato isento dos fatos que teriam efetivamente presenciado*".

Acesso ao Sumário

De igual modo, já que não paira nenhum questionamento acerca da lisura e idoneidade dos policiais que testemunharam nos presentes autos, é irrelevante pretender discutir se eles tinham, ou não, conhecimento daqueles *outros* fatos, referentes a *outros* militares. O que realmente importa é aquilo que informaram, em juízo, acerca dos *presentes fatos*, dos quais têm conhecimento pessoal e direto, relativos aos *ora acusados*. Ademais, a simples alegação (sopesada

ad argumentandum) de os policiais que foram testemunhas neste caso serem do mesmo batalhão em que trabalharam aqueles *outros* (os quais a douta Defesa aponta como envolvidos em ilicitudes) não significa que os que aqui testemunharam devessem, obrigatoriamente, saber de eventuais irregularidades praticadas por maus colegas de farda (mesmo porque, obviamente, quem pratica atos irregulares ou ilícitos desta natureza o faz às escondidas).

E, como já destacado, o que importa, para o deslinde do feito, são as informações trazidas pelas mencionadas testemunhas sobre os fatos concretamente debatidos no presente caso e sobre a situação dos ora réus em face das imputações descritas na denúncia.

Aliás, não é demais aduzir, apenas para constar, que as vítimas, ao realizarem o reconhecimento pessoal do réu Robert e do menor Thales, como consignado no Auto de Reconhecimento de Pessoa de fls. 36, o fizeram perante Delegado de Polícia, autoridade integrante de outra instituição (Polícia Civil).

Cumpre lembrar, outrossim, que não existe impedimento algum para que os depoimentos dos policiais militares que atuaram na ocorrência sejam utilizados na fundamentação da decisão condenatória, conforme já decidido pelo C. STJ: "*Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal*" (STJ, Habeas Corpus nº 149540/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 04.05.2011).

Como relatado pelo douto Juízo às fls. 419, "*Robert e Miguel foram presos pelo policial Cleber, que confirmou, ainda, ter abordado antes o réu Robert, sendo que soube via radio informes de roubo em andamento à residência, e quando chegaram ao local, é que veio a notar que ambos caminhavam, e no momento em que avistaram a viatura policial, empreenderam fuga em sentido contrário, detidos confessaram a pratica do delito, e inclusive foram reconhecidos pelas vitimas. O policial Pedro foi quem deteve Dário, uma vez que estaria veiculo suspeito pelo local, e nesse momento, em apoio a outra viatura e quando chegaram na rua do roubo é que então viram o carro ser posto em movimento, e foram em perseguição, quando então veio a ser o mesmo abordado cerca de dois quarteirões, nada de ilícito foi localizado com o mesmo, no entanto, viu a perseguição dos corréus Robert e Miguel. O policial Saturno foi quem deteve o adolescente, via radio soube da suspeita de quatro indivíduos dentro de um carro fiat, e então, avistaram o carro em movimento e o adolescente correndo num sentido, e no outro dois réus (Robert e Miguel), e então foi em perseguição ao adolescente, quando este veio a dispensar a res furtiva (uma bolsa onde estavam os pertences das vítimas), como ainda as facas. Note-se, que Dário conduzia o veículo Fiat que, por sua vez, estava na posse da mãe de*

Acesso ao Sumário

Thales, que ao ser ouvida esclareceu que o filho tinha pegado o carro sem seu consentimento. Tanto o adolescente quanto o réu Robert foram reconhecidos na fase policial, e é certo, ainda, que a autoridade policial, já ai descreveu que estavam as vitimas atemorizadas a indicar, portanto, a razão pela qual as mesmas não compareceram porque não localizadas. Ressalte-se, ainda, que as provas juntadas com relação a policiais que estão sendo processados não tem qualquer liame com os ouvidos em juízo, ao contrário, estes apresentam relato isento dos fatos que teriam efetivamente presenciado. E, é certo, ainda, que pelo relato colhido na Vara da Infância e Juventude, da vitima Glocai, confirmou que reconheceu dois agentes na fase policial (Robert e Thales) e que terceiro que ingressou no imóvel e de compleição forte seria o terceiro, em consonância com a descrição de Miguel. Desta forma, a versão dos acusados, não guardam qualquer harmonia com a prova produzida, em especial porque é de ciência terem vitimas de origem oriental temor em depor, o que inviabiliza, e muito, que a instrução ocorra a contento. No entanto, é importante consignar-se que justamente o adolescente que estava com os documentos foi por elas reconhecido, e Robert em poder de quem foi apreendido o valor em dinheiro, também o foi, elementos que levam à convicção de que ao empreender Miguel (mais gordo) fuga com Robert, e Dário a conduzir, justamente o carro da mãe do adolescente, que eram os quatro informados via copom da suspeita de suas condutas".

Restou, enfim, comprovado nos autos que policiais militares em patrulhamento de rotina, foram acionados via COPOM sobre a existência de um veículo Fiat/Uno com os roubadores em seu interior. Em diligências, avistaram o veículo deixando o local do crime e três indivíduos fugindo dali. Eram os acusados Miguel e Robert e o adolescente infrator Thales, que foram abordados.

O réu Dario, por sua vez, estava no veículo citado e também tentou empreender fuga, mas foi alcançado pelo policial Pedro.

O fato de todos os apelantes terem tentado fugir na ocasião, assim como o adolescente Thales, revela que, realmente, estavam envolvidos na ação criminosa, pois não havia outro motivo para a fuga e é evidente que buscaram evitar a prisão. Ou seja, todos adotaram este sintomático comportamento, que confirma a autoria.

Cumpre ressaltar que o acusado Robert e o adolescente Thales, possuidor do veículo Uno prata, foram reconhecidos por ambas as vítimas como sendo dois dos indivíduos que entraram em sua residência e praticaram o roubo.

O acusado Dario foi detido por ocupantes de outra viatura quando estavam procurando o automóvel Fiat Uno. E o envolvimento deste acusado na empreitada criminosa se confirma, não só por haver tentado fugir ante a aproximação policial, como, também, porque o referido veículo, como visto,

Acesso ao Sumário

era possuído pela mãe do menor Thales, um dos roubadores. Isto confirma o vínculo de Dario (que ali estava com o carro mencionado e tentou fugir com tal automóvel) com Thales. E, *ipso facto*, a vinculação de Dario com a ação delitiva em tela, mostrando-se claro que lhe coube dirigir o veículo e propiciar transporte aos demais roubadores.

Note-se, ainda, que Robert e Miguel tudo confessaram no momento da abordagem, perante o policial Cleber, conforme relatado por este.

Cabe observar, inclusive, que os ofendidos noticiaram que foram roubados R$ 450,00 em dinheiro, sendo que parte deste numerário se encontrava com o réu Robert quando surpreendido, o qual tinha em seu poder R$ 135,00 em espécie, conforme anotado no Boletim de Ocorrência (fls. 31) e no correspondente Auto de Apreensão (fls. 38).

Ademais, o policial Saturno deixou claro que o adolescente Thales, na fuga, dispensou facas e uma bolsa onde estavam bens roubados das vítimas.

Vale o bem consignado pelo douto Promotor de Justiça em suas contrarrazões:

"As vítimas reconheceram o réu ROBERT e o adolescente infrator Thales como sendo dois dos três assaltantes que adentraram no apartamento e roubaram o valor de R$ 450,00 em dinheiro.

"O terceiro assaltante, o réu MIGUEL, não foi colocado para o reconhecimento pessoal porque no momento da prática do roubo estava com o rosto coberto, o que certamente impede o seu reconhecimento pelas vítimas. A sua autoria, de igual modo, é inconteste, uma vez que foi preso em flagrante delito no momento em que se evadia do local dos fatos, na companhia do réu ROBERT e do adolescente infrator Thales.

"Obviamente o réu DARIO não foi reconhecido pelas vítimas, posto que a sua função na empreitada criminosa era a de prestar cobertura para a fuga de seus comparsas, permanecendo, para tanto, no interior do veículo Fiat/Uno, do lado de fora do local. Também não há dúvidas quanto à autoria que lhe é imputada, uma vez que também foi preso em flagrante delito nas proximidades do local dos fatos, conduzindo o veículo Fiat/Uno, utilizado para a prática delitiva, e de propriedade da genitora do adolescente infrator Thales. Tais circunstâncias o ligam aos réus ROBERT e MIGUEL e ao adolescente infrator Thales".

Nesse contexto, como devidamente analisado pela magistrada de piso, estão nitidamente demonstradas a materialidade e a autoria, de forma a permitir a condenação dos réus por dois delitos de roubo (pois duas vítimas diferentes tiveram seus patrimônios pessoais atingidos).

Está bem demonstrada nos autos a majorante do concurso de agentes, cuja presença é inequívoca, pois cabalmente confirmada pelo aludida prova oral.

Acesso ao Sumário

A condenação era, pois, medida que se impunha, ressalvando-se que a majorante do emprego de arma branca deve ser excluída, como se verá, ante a inovação legislativa *in mellius* (sendo certo que a presença de mero simulacro de arma de fogo também não configura causa de aumento).

A pena-base, para todos os acusados, foi fixada no mínimo legal, qual seja, 04 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, reconhecida a reincidência de todos os réus (certidões de fls. 272/273 quanto a Dario, de fls. 277 quanto a Miguel e de fls. 294 quanto a Robert), as penas foram aumentadas em 1/6 (um sexto), alcançando 04 anos e 08 meses de reclusão, mais 11 dias-multa.

Na terceira fase da dosimetria, por reputar presentes as causas de aumento de pena consistentes em emprego de arma branca (faca) e simulacro de arma de fogo e concurso de agentes, a douta magistrada aumentou a reprimenda em 2/5 (dois quintos).

Contudo, a revogação, pela Lei nº 13.654/2018, do inciso I do parágrafo 2º do art. 157 do Código Penal impede que se mantenha o reconhecimento de majorante em decorrência do uso de arma branca (*in casu*, faca). Com efeito, o novel diploma legal, quanto ao emprego de arma *de fogo*, criou uma causa de aumento mais gravosa ao introduzir o parágrafo 2º-A, que passou a prever tal hipótese em seu inciso I. Contudo, este menciona, especificamente, "*arma de fogo*" e, como sabido, na esfera penal não cabe interpretação ampliativa em detrimento do réu. Logo, com a mencionada revogação do antigo inciso I do parágrafo 2º do art. 157 do Código Penal, a utilização de arma branca para a prática do delito deixou de estar prevista como causa de aumento de pena propriamente dita, passível de reconhecimento na terceira fase da dosimetria. Ou seja, houve *novatio legis in mellius*. E vale reiterar que a presença de simulacro de arma de fogo também não configura majorante.

Inviabilizada, portanto, a manutenção do aumento imposto na terceira etapa na fração de 2/5 (dois quintos), só resta majorar as penas na fração de 1/3 (um terço), que é a mínima, ante a presença da causa de aumento do concurso de agentes, chegando-se, agora, a 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, além de 14 dias-multa.

Por fim, foi adequadamente reconhecido o concurso formal entre os dois roubos praticados (contra Glocai Huang e Guoming Huang), pois cometidos mediante uma só ação, atingindo duas esferas patrimoniais diferentes.

Correta a fração de aumento adotada pela magistrada, no montante de 1/6 (um sexto) sobre a pena prisional de um dos roubos, pois houve apenas dois crimes no total, aplicando-se a mencionada fração por conta a existência do segundo delito.

Chega-se, pois, à pena privativa de liberdade total de 07 anos, 03 meses

Acesso ao Sumário

e 03 dias de reclusão.

Quanto às penas de multa de ambos os roubos, por aplicação do art. 72 do Código Penal, devem ser cumuladas, em que pese o concurso formal, perfazendo-se, para cada réu, um total de 28 dias- multa, no valor unitário mínimo.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, a reincidência de todos os acusados e a análise individualizada das peculiaridades do caso, como abaixo explanado, indicam que o regime prisional inicial deve ser, mesmo, o fechado, para que a penalidade tenha contornos de *suficiência* em face da situação concreta. Lembre-se que o princípio da suficiência da pena, que vale inclusive quanto ao modo de seu cumprimento (regime), faz com que esta deva ser de molde a afastar qualquer perniciosa sensação de impunidade e a propiciar que os sentenciados efetivamente sintam a gravidade de seu comportamento, a fim de não cogitarem de repeti-lo.

Os acusados se utilizaram de grave ameaça contra as vítimas, exercida com o emprego de faca e simulacro de arma de fogo, entraram à força na residência dos ofendidos e exigiram a entrega de dinheiro, chegando a apertar o pescoço de uma das vítimas, a fim de que ficasse calada. Trata-se de conduta altamente reprovável, reveladora de periculosidade e ousadia, que deve ser levada em consideração para a fixação do regime prisional inicial. Sua ação suscitou especial temor, acarretando incremento de potencial ofensivo e mostrando-se acintosa, pois praticada mediante grave ameaça. Ademais, houve o emprego de arma branca letal (faca) e, embora isto não mais configure majorante, é circunstância indicativa de maior risco imposto às vítimas e de dolo mais acentuado. E o fato dos réus assim agirem na condição de *reincidentes* revela o cabimento de mais intensa reprovação, bem como do cuidado de se resguardar a coletividade mediante imposição de regime que implique, inicialmente, seu efetivo recolhimento (Súmulas nºs. 718 e 719 do C. STF).

O regime inicial fechado demonstra, enfim, ser aquele que, *in casu*, melhor se coaduna com as particularidades da situação examinada, sem se olvidar a imperiosa necessidade de repressão ao comportamento delitivo. Ademais, é nítida a índole perigosa dos apelantes, o que reforça a necessidade de regime inicial que implique efetiva segregação e deixe a sociedade resguardada.

Diante do exposto, **dou parcial provimento aos recursos**, tão somente para reduzir as penas dos acusados, fixando-as, para cada réu, em 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 03 (três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 28 (vinte e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000336-43.2013.8.26.0456, da Comarca de Pirapozinho, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada MARIA APARECIDA OROZIMBO CHAVES.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao ministerial, para cassar a respeitável sentença de fls. 105, que absolveu sumariamente a acusada da imputação de ter praticado o crime previsto no artigo 140, §3, do Código Penal, devendo o processo penal seguir em seus ulteriores termos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 002.179)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores POÇAS LEITÃO (Presidente sem voto), WILLIAN CAMPOS e RICARDO SALE JÚNIOR.

São Paulo, 4 de abril de 2019.

GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, Relatora

Ementa: INJÚRIA RACIAL, DESACATO E RESISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA EM PRIMEIRO GRAU PELO CRIME DE INJÚRIA RACIAL. *BIS IN IDEM* DAS IMPUTAÇÕES DE INJÚRIA RACIAL E DESACATO. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. 1. Consta da denúncia oferecida pelo Ministério Público que a acusada proferiu palavras de baixo calão contra o policial militar José Maria Lima, dizendo, *ipsis literis*, "macaco, corno, chifrudo". 2. Na injúria racial, o intento do agente é ofender a honra subjetiva de pessoa determinada mediante a atribuição de elemento pejorativo referente à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição e, no desacato, há a finalidade de desprestigiar a função pública do ofendido. 3. No caso concreto, ainda não está esclarecido se a apelada agiu com desígnios autônomos ou não, o que somente o será após o exame exauriente da causa, com análise dos elementos de prova já presentes nos autos e dos que vierem a ser colacionados durante a instrução, razão pela qual se mostra inoportuna, para não dizer prematura, a absolvição sumária da

Acesso ao Sumário

apelada pela injúria qualificada, tal como entendeu o MM. Juízo *a quo*. 4. Presença de justa causa para o prosseguimento da ação penal. 5. Apelação ministerial provida, para cassar a respeitável sentença de fls. 105, que absolveu sumariamente a acusada da imputação de ter praticado o crime previsto no artigo 140, §3, do Código Penal, devendo o processo penal seguir em seus ulteriores termos.

VOTO

A respeitável sentença de fls. 105, publicada em 24.04.2017 (fl. 106), absolveu sumariamente a acusada **MARIA APARECIDA OROZIMBO CHAVES** da imputação de ter praticado o crime previsto no artigo 140, §3, do Código Penal, com fundamento no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, recebida a denúncia quantos os crimes previstos nos artigos 331 e 329, ambos do Código Penal.

Inconformado, recorre o Ministério Público e busca o afastamento da absolvição sumária da apelada, com o consequente prosseguimento da persecução penal em seus ulteriores termos, asseverando não ser possível se reconhecer a absorção do delito de injúria qualificada pelo delito de desacato como fez o MM. Juízo *a quo*, porquanto a apelada, em tese, dirigiu-se a terceiro proferindo insultos referentes à raça e cor, com o intuito de ofendê-lo. Sustenta que não há que se falar em *bis in idem*, porquanto, *in casu*, há verdadeiro concurso de crimes, mesmo porque a injúria qualificada possui dolo específico diverso da do desacato. Argumenta, ainda, não haver fundamento legal que viabilize a absolvição sumária da apelada tal como realizada (fls. 114/122).

Recurso bem processado e contrarrazoado (fls. 136/139), contando os autos, ainda, com respeitável parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, pelo provimento do apelo acusatório (fls. 152/154).

É o relatório.

Pelo que consta dos autos, a apelada foi denunciada pelos crimes de injúria racial, desacato e resistência porquanto, em tese, no dia 27 de setembro de 2012, na Rua Santa Beatriz, nº 140, Centro, Tarabai/SP, desacatou o funcionário público José Maria de Lima, policial militar, no exercício de sua função; opôs-se à execução de ato legal (condução à delegacia de polícia), mediante violência e grave ameaça a funcionário competente para executá-lo; e injuriou o policial militar José Maria de Lima, ofendendo a sua dignidade com a utilização de elementos referentes à raça.

Segundo o apurado, nas circunstâncias de tempo e local acima mencionadas, policiais militares foram chamados para atender um desentendimento entre

Acesso ao Sumário

o casal Maria Aparecida Orozimbo Chaves e Nilson Mendes Farias. Com a chegada dos milicianos, a discussão já tinha se encerrado. No entanto, em seguida, a apelada saiu de casa e começou a proferir palavras de baixo calão contra o policial militar José Maria Lima, dizendo, *ipsis literis*, "macaco, corno, chifrudo".

Logo após, retornou para dentro da residência e voltou portando uma chaira e proferindo ameaças. Diante de tal conduta, os policiais tentaram contê-la para tomarem o instrumento de suas mãos, evitando que alguém fosse ferido. A apelada resistiu à contenção, tentando derrubar o policial, ação que ocasionou um rasgo na farda do miliciano.

Quanto às ofensas raciais, a vítima ofertou representação às fls. 31.

O recurso ministerial comporta provimento.

Não há que se falar em *bis in idem* na pretensão acusatória de ver a apelada processada também pelo crime de injúria racial. Com efeito, no caso analisado nos autos, a apelada, em tese, veiculou várias ofensas dirigidas contra o policial militar José Maria Lima, que se encontrava no exercício de suas funções, duas delas que, não fosse a tipificação específica do desacato, poderiam ser enquadradas como injúrias (*corno e chifrudo*).

Ocorre que a apelada também se referiu ao policial militar José Maria como "*macaco*", termo pejorativo referente à raça da vítima, conduta específica cujo elemento subjetivo é diverso do desacato. Na injúria racial, a finalidade é ofender a honra subjetiva de pessoa determinada mediante a atribuição de elemento pejorativo referente à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição enquanto, no desacato, há a finalidade de desprestigiar a função pública do ofendido.

Desse modo, ainda não está esclarecido no caso concreto se a apelada agiu com desígnios autônomos ou não, o que somente o será após o exame exauriente da causa, com análise dos elementos de prova já presentes nos autos e dos que vierem a ser colacionados durante a instrução, razão pela qual se mostra prematura a absolvição sumária da apelada pelo crime de injúria racial, *data vênia* do entendimento do julgador de primeiro grau.

Destarte, há justa causa para a deflagração da ação penal também em relação ao crime previsto no artigo 140, §3º, do Código Penal.

Ante o exposto, pelo meu voto, **DOU PROVIMENTO AO MINISTERIAL**, para cassar a respeitável sentença de fls. 105, que absolveu sumariamente a acusada da imputação de ter praticado o crime previsto no artigo 140, §3, do Código Penal, devendo o processo penal seguir em seus ulteriores termos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007699-57.2017.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante LEANDRO DE CAMARGO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e Indiciado ROGÉRIO LUIZ DE GODOI JUNIOR.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Afastaram a preliminar e negaram provimento ao apelo. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 39.018)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente), TRISTÃO RIBEIRO e GERALDO WOHLERS.

São Paulo, 8 de abril de 2019.

DAMIÃO COGAN, Relator

Ementa: Apelação criminal. Preliminar. Direito de aguardar o julgamento do recurso com a manutenção da condição de depositário do bem. Afastada. No mérito, postula a restituição de bem ante o delito de tráfico de droga. Ausência de demonstração de boa-fé. Inteligência dos artigos 60 a 63 da Lei nº 11.343/06. Recurso improvido.

VOTO

LEANDRO DE CAMARGO interpõe o presente recurso de apelação em face da r. sentença condenatória que determinou o perdimento do veículo *Mitsubishi/ L200*, placas DRT-0955, ante a condenação de Rogério Luiz Godoi Júnior pelo delito tipificado no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (fls. 43/54).

Irresignada, sustenta, em preliminar, o aguardo do julgamento do recurso na posse do bem, ou mantida a condição de depositário. No mérito, a d. defesa argumenta que o apelante é terceiro de boa-fé, não tendo qualquer relação com o delito de tráfico de entorpecentes. Pondera que adquiriu o veículo em janeiro de 2017 e que no dia 19 de abril de 2017 o veículo apresentou problemas, obrigando-o a parar na cidade de Piracicaba. Afirma que o apelante deixou o veículo na posse de Antônio Marcos Ruiz Crispim para conserto, tomando conhecimento da situação apenas quando compareceu para buscar o automóvel. Pleiteia a restituição do veículo sem qualquer restrição.

O reclamo foi contrariado (fls. 59/64).

A douta Procuradoria de Justiça é pelo improvimento do recurso

Acesso ao Sumário

defensório (fls. 72/74).

É o relatório.

A preliminar suscitada fica afastada em razão do decidido a seguir.

Consta dos autos que no dia 21 de abril de 2017, por volta das 12h30, na Rua Pedro Habechian, Piracicaba - SP, Rogério Luiz de Godoi Júnior transportava, para fins de tráfico de drogas, 2.070 Kg de cocaína, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.

Segundo apurado, policiais civis receberam notícia de que uma pessoa chamada Rogério transportaria dois quilos de cocaína em uma caminhonete Mitsubishi/ L200, placas DRT-0955, Itapetininga - SP, do bairro Campestre ao bairro São Jorge.

Diante disso, empreenderam as diligências necessárias e localizaram o veículo em questão, que era conduzido por Rogério, bem como a droga supramencionada.

Rogério, em sede policial e em juízo, declarou que passava por dificuldades financeiras, tendo recebido uma proposta de "Alemão", a fim de que realizasse o transporte de droga. Ponderou que foi informado que um veículo Mitsubishi/ L200 estaria estacionado no posto Menegati. Afirmou que receberia o valor de R$200,00 pelo transporte. Negou ter conhecimento de quem seria o proprietário do veículo (fls. 44).

O policial civil Marcelo Teixeira, em juízo, confirmou os fatos conforme descritos na denúncia do processo criminal nº 0000452-66.2017.8.26.0599, inclusive sobre as informações recebidas, dando conta que o veículo utilizado para o transporte da droga seria um *Mitsubishi/ L200* (fls. 44).

Durante o trâmite do processo criminal, foi pleiteada a liberação do automóvel, sendo que o juízo *a quo*, após manifestação do Ministério Público pela alienação antecipada, houve por bem determinar o depósito do bem sob responsabilidade do ora apelante (fls. 20/23).

Após o encerramento da instrução, quando da prolação da sentença condenatória, o juízo *a quo* determinou o perdimento do veículo em favor do Estado (fls. 53).

Acesso ao Sumário

Em que pese o suscitado pela d. defensora, o presente recurso não comporta provimento.

Não se nega a juntada da cópia de documento de transferência do veículo preenchido e reconhecida a assinatura do proprietário Robson Luís dos Santos ao ora apelante, conforme documentação de fls. 03/04, todavia tal condição, por si só, não é capaz de demonstrar sua boa-fé e ilidir o perdimento do bem.

De acordo com o processo criminal em questão, Rogério praticou o delito de tráfico de drogas, sendo abordado quando transportava 02 kilos de cocaína

no veículo do ora apelante.

O policial civil Marcelo, responsável pela abordagem, foi claro sobre a notícia dando conta de que uma pessoa chamada Rogério transportaria certa quantidade de droga em um veículo Mitsubishi/ L200, o que foi confirmado quando, através das diligências realizadas, encontraram o veículo, Rogério na condução deste e a quantidade de 02 kilos de cocaína.

Diante disso, é certo que a utilização do veículo do apelante para o transporte da droga não foi eventual e ao acaso, tanto que confirmada durante a autuação em flagrante de Rogério.

A versão apresentada pelo apelante mostra-se inverossímil, sendo pouco crível que tenha apenas deixado seu veículo Antônio Marcos Ruiz Crispim para que fosse trocado o cilindro mestre da embreagem e este teria emprestado para Rogério, que foi abordado e encontrado com a droga.

A d. defensora sustenta que para comprovar o conserto do automóvel, Antônio Marcos teria adquirido a peça necessária, conforme documento de fls. 40.

Todavia, observa-se que a nota anexada não possui qualquer característica a comprovar sua validade, nem mesmo maiores informações do revendedor, como simplesmente seu CNPJ.

Ademais, de acordo com este documento, a peça teria sido adquirida por Antônio Marcos, contudo, de acordo com a declaração prestada pela ora apelante em sede policial, ele compareceu na cidade para cobrar um dinheiro de Antônio Marcos, sendo que seu veículo apresentou um problema, comprou a peça e deixou com Antônio, a fim de que fosse realizada a troca e consertado o automóvel.

Antônio Marcos, quando ouvido em sede policial, declarou que comprou a peça junto com Leandro e que, após consertar o veículo, emprestou este para Rogério, que compareceu em sua casa e pediu o automóvel emprestado para levar sua esposa no médico, em que pese tenha chegado conduzindo uma motocicleta e na companhia de outro indivíduo.

Além disso, o réu alegou que foi contratado por "Alemão" para o transporte da droga e que foi orientado a conduzir o veículo, que estava com as chaves sobre o pneu, o qual é o aqui tratado no presente pedido, que estava estacionado em referido auto posto (fls. 50, cópia da r. sentença).

Portanto, é certo que há verdadeira contrariedade entre o argumentado pela d. defesa e o declarado por Leandro e Antônio em sede policial, além da impossibilidade de se atestar a validade do documento anexado aos autos, sendo que as notas fiscais exigem determinado padrão para serem emitidas, o que não foi encontrado no documento de fls. 40.

Cumpre, ainda, mencionar que Antônio nem mesmo se qualificou como

Acesso ao Sumário

mecânico, quando ouvido perante autoridade policial, mas sim como serralheiro, o que afasta, ainda mais, a plausibilidade do suscitado pelo apelante.

Assim, muito embora negue relação com o delito de tráfico de drogas, não se trouxe qualquer elemento aos autos capaz de justificar a posse do automóvel por Rogério ou demonstrar a não utilização para o cometimento do grave delito, sendo de rigor o perdimento, nos termos do artigo 63 da Lei nº 11.343/06.

Inclusive, nesse sentido os seguintes julgados do C. Superior Tribunal de Justiça:

> *"(...) 1. Como regra geral, a restituição das coisas apreendidas, mesmo após o trânsito em julgado da ação penal, está condicionada tanto à ausência de dúvida de que o requerente é seu legítimo proprietário, quanto à licitude de sua origem e à demonstração de que não foi usado como instrumento do crime, conforme as exigências postas nos arts. 120, 121 e 124 do Código de Processo Penal, c/c o art. 91, II, do Código Penal. (...)*
>
> *2. A norma descrita no art. 131, I, do CPP não demanda que o proprietário formal do bem objeto de constrição seja denunciado. (...)*
>
> *5. Recurso ordinário a que se nega provimento".*
>
> (RMS 56.799/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018).
>
> *"(...) 2. Como regra geral, a restituição das coisas apreendidas, mesmo após o trânsito em julgado da ação penal, está condicionada tanto à ausência de dúvida de que o requerente é seu legítimo proprietário, quanto à licitude de sua origem e à demonstração de que não foi usado como instrumento do crime, conforme as exigências postas nos arts. 120, 121 e 124 do Código de Processo Penal c/c o art. 91, II, do Código Penal.*
>
> *3. A apreensão e a imposição da pena de perdimento a veículo apreendido em flagrante de tráfico de drogas obedecem, ainda, às regras específicas da Lei 11.343/2006 (arts. 60, 62 e 63).*
>
> *4. Não se presta a demonstrar a propriedade do bem o distrato de contrato de compra e venda de automóvel em parcelas, se tal distrato somente foi celebrado após a decretação do perdimento do bem e após o veículo ter sido transferido para o nome da compradora no órgão de trânsito competente, valendo o documento apenas como uma confissão de dívida que poderá, eventualmente, ser cobrada na esfera cível.*
>
> *5. Recurso Ordinário a que se nega provimento".*
>
> (RMS 54.243/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 25/08/2017).

Por todo exposto, acertada a decisão combatida que determinou o

Acesso ao Sumário

perdimento do veículo, vez que não demonstrada a alegada boa-fé, não havendo que se falar em restituição do bem em questão, tendo em conta a sua utilização para o grave delito de tráfico de drogas.

Isso posto, **afastada a preliminar, nega-se provimento ao apelo.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0035034-27.2012.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante DANIELA DE LOURDES BRUGIN, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 33.882)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente sem voto), ROBERTO PORTO e LUIS SOARES DE MELLO.

São Paulo, 9 de abril de 2019.

EDISON BRANDÃO, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – Materialidade e autoria nitidamente demonstrada pela prova oral e pericial – Impossibilidade de aplicação dos princípios da adequação social e insignificância – Perícia por amostragem que é considerada válida – Desnecessidade da análise de todas as mídias apreendidas, até porque a comprovação de somente uma falsificada é apta a caracterizar o delito – Pena e regime bem fixados – Recurso desprovido.

VOTO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por **DANIELA DE LOURDES BRUGIN**, em face da r. sentença de fls. 258/267, que a condenou à pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, no piso, como incursa no art. 184, §2º, do Código Penal, substituída a pena corporal por restritiva de direitos.

Acesso ao Sumário

Inconformada, apela a Defesa, buscando a absolvição por ausência de materialidade e tipicidade, alegando a impossibilidade de perícia por amostragem (fls. 283/290).

Ofertada as contrarrazões (fls. 296/303), a Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 312/315).

Relatei.

O apelo não comporta provimento.

Consta dos autos que, no dia 16 de setembro de 2012, por volta das 08h50min, no interior do "Box nº05", localizado na Avenida Armando Salles Oliveira, em Piracicaba, a acusada violou direito de autor com intuito de lucro direto ou indireto, uma vez que adquiriu e expôs a venda 692 DVDs e 252 CDs, cópias de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito do autor, do direito do artista intérprete ou de produtor de fonograma, sem expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

Pois bem.

A materialidade e autoria delitiva restaram sobejamente demonstradas ante a farta documentação juntada aos autos, a saber, auto de exibição e apreensão (fls. 05), laudo pericial (fls. 14/17), bem como, e principalmente, pela prova oral.

Na fase inquisitiva, a ré disse possuir um comércio em um box da galeria próximo ao camelódromo, área central desta cidade. Na época dos fatos, adquiriu em São Paulo, na Rua 25 de Março, no centro da capital, várias mídias de CDs e DVDs para revendê-los em sua loja, pelo preço de dez reais, cada três unidades. Adquiriu-as pelo preço de um real a unidade. Na data dos fatos, ali compareceram guardas civis que procederam a apreensão dos objetos mencionados, sendo todos apreendidos.

Em juízo, porém, apresentou versão completamente dissonante na tentativa de se livrar da acusação, alegando que os produtos seriam de sua sogra.

Não obstante a mudança de seu depoimento, fato é que os elementos colhidos incriminam-lhe sobremaneira.

Vejamos.

O guarda civil Nilton Francisco Barbosa asseverou que estava indo à rodoviária, com a viatura. Quando passava perto da galeria, viu um rapaz entrando correndo. Desceu da viatura e correu, mas o rapaz se evadiu. Verificou, no entanto, que no box 5 havia muitos CDs e DVDs falsificados, que foram apreendidos. A ré estava no box. Não sabe dizer se ela era a proprietária do box. Não havia outras pessoas nesse box. A ré não soube dizer a respeito das mídias e achou que nem fosse a proprietária. Conhece as pessoas que trabalham na galeria, mas não a conhecia.

Acesso ao Sumário

Ouvida apenas na fase policial, a guarda civil Lucilene Regina Ribeiro afirmou que, na data dos fatos, estava em deslocamento do Terminal Central sentido ao Terminal Rodoviário de Integração quando próximo ao camelódromo, na Avenida Armando Salles, deparou-se com um rapaz que, ao avistar a viatura, empreendeu fuga. Sabe que alguns rapazes que ficam naquela região tem a função de "olheiro", ou seja, trabalham para comerciantes de mercadorias ilegais para avisá- los que a Polícia está chegando. Passaram a segui-lo, mas não lograram alcançá-lo. Contudo, já dentro da galeria, no box 05, viram expostos vários CDs e DVDs, aparentemente piratas. Indagaram ré que estava atrás do balcão se era responsável pelo box e assim foi confirmado. Apreenderam as mídias e conduziram a proprietária do box ao distrito policial (fls. 23).

Verifica-se, assim, que os depoimentos dos guardas foram completamente harmônicos e uníssonos, sendo, ainda, que estão revestidos de fidedignidade, pois são funcionários do Estado, vocacionados 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).**

Acesso ao Sumário

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, tais depoimentos revestem- se de inquestionável eficácia probatória, principalmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório; não havendo provas de que teriam o único intuito de incriminar pessoa inocente (ônus da defesa).

E, em que pese as alegações da Defesa, a conduta é materialmente típica.

Ora, não pode ser acolhida a argumentação de que a conduta da ré é socialmente adequada porque parte da população adquire tais produtos; ainda que seja frequente a impunidade dos verdadeiros falsificadores e que tal prática seja fomentada por algumas pessoas, a conduta da acusada é criminosa e, portanto, deverá responder por seus atos.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMI-ABERTO, E MULTA, PELA PRÁTICA DO DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, § 2o. DO CPB). POSSE, PARA POSTERIOR VENDA, DE 180 CD'S PIRATAS. INADMISSIBILIDADE DA TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA, POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INCIDÊNCIA DA NORMA PENAL INCRIMINADORA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. O paciente foi surpreendido por policiais estando na posse de 180 cds de diversos títulos e intérpretes, conhecidos vulgarmente como cds piratas; ficou constatado, conforme laudo pericial, que os cds são cópias não autorizadas para comercialização. 2. Mostra-se inadmissível a tese de que a conduta do paciente é socialmente adequada, pois o fato de que parte da população adquire tais produtos não tem o condão de impedir a incidência, diante da conduta praticada, o tipo previsto no art. 184, § 2º do CPB. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada." **(HC nº 113.938/SP – STJ – 5ª Turma – Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO – DJe 09/03/2009). (g.n.)**

"O fato de ser tolerada e aceita pela sociedade que, pelo baixo preço com que são oferecidos, adquire tais produtos, não a torna lícita. Tal conduta, de forma alguma, pode ser tida como socialmente adequada, pois viola bem jurídico constitucionalmente protegido." **(TJSP, Recurso em sentido estrito nº 993.08.046522-3, 5ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Tristão Ribeiro, j. 05.02.2009).**

O princípio da adequação social é prisma para o legislador, que deve selecionar a conduta reprovada pela sociedade para prescrever sanção penal a quem a infringir.

Daí porque escolheu tutelar o direito do autor, tipificando condutas contrárias ou nocivas a ele.

O intérprete ou aplicador da lei não pode, aqui, coadunar com a reiterada prática de comercialização de obras "piratas", sem o aval do autor, uma vez que

Acesso ao Sumário

tal prática é a alavanca para o cometimento de crimes mais graves, devendo ser severamente punida pela Justiça Pública.

Todos sabem que a comercialização dos chamados "produtos piratas" é conduta criminosa. Há várias campanhas publicitárias convocando a população para evitar a aquisição de produtos desta natureza, alertando sobre a ilicitude, exposição e venda de material fonográfico com violação de direito autoral e, também, de combate à sonegação fiscal decorrente da venda de produtos desacompanhada de nota fiscal.

É também por esse motivo que o "erro sobre a percepção da realidade" não comporta acolhimento, eis que, conforme dispõe o art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: "*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*". No ponto, aliás, merece destaque trecho de brilhante voto da lavra do Desembargador Euvaldo Chaib: "*É basilar o brocado de que ninguém se escusa do cumprimento da lei, ao fundamento que a desconhece, tal como prescreve o art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Trata-se de presunção absoluta, visto que não admite nenhuma prova em sentido contrário*" (APL 00171190420128260050 SP, rel. Euvaldo Chaib, 6ª Câmara Criminal Extraordinária, DJe 23/10/2015).

Aliás, embora se trate de pessoa humilde, fantasioso que não tivesse consciência da criminalização pelas condições de venda do produto e pelo valor.

Ora, eventual omissão do Estado em reprimir determinadas condutas não as torna lícitas e nem cria na população esta falsa percepção, embora incentive uma parcela dela a apostar na impunidade decorrente da ausência rotineira de fiscalização, não descriminaliza a conduta, afinal, os usos e costumes, como sabido, não revogam figuras penais.

Além do mais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou este entendimento, o que culminou na edição da Súmula nº 502: "*Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas*".

Da mesma forma, inviável o reconhecimento do princípio da insignificância, conforme repertório jurisprudencial daquela Corte:

> *"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.*
>
> ***1. Não se aplica o princípio da adequação social, bem como o princípio da insignificância, ao crime de violação de direito autoral.***
>
> *2. Em que pese a aceitação popular à pirataria de CDs e DVDs, com certa tolerância das autoridades públicas em relação à tal prática, a conduta, que causa sérios prejuízos à indústria fonográfica brasileira, aos comerciantes legalmente instituídos e ao Fisco, não escapa à sanção penal, mostrando-se formal e materialmente típica."* (AgRg no

Acesso ao Sumário

REsp 1380149 RS, Ministro OG FERNANDES, T6 – SEXTA TURMA – DJe 13/09/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. ART. 184, § 2º, DO CP. PROVA DA MATERIALIDADE. PERÍCIA REALIZADA. EXCESSIVO FORMALISMO. DISPENSABILIDADE. MATERIAL APREENDIDO. COMPROVAÇÃO DE SUA FALSIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A caracterização de violação a direito autoral prescinde de maiores formalismos, podendo ser constatado por simples exame visual sobre aspecto externo do produto.

2. O princípio da insignificância não é aplicável ao delito de violação de direito autoral." (AgRg no REsp 1446458 MG, Ministro MOURA RIBEIRO, T5 - QUINTA TURMA, DJe 27/06/2014).

Frise-se, ainda, a vasta quantidade de CD's e DVD's pirateados que a ré expunha à venda, mais de 900 cópias, razão pela qual impossível cogitar em quantia insignificante.

Nesse sentido, julgado do Pretório Excelso:

"DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS (CRFB, 102, II, a). CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (CP, ART. 184, § 2º). VENDA DE CD'S E DVD'S "PIRATAS". ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR FORÇA DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA. NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

1. Os princípios da insignificância penal e da adequação social reclamam aplicação criteriosa, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade.

2. O impacto econômico da violação ao direito autoral mede-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a "pirataria", e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal.

3. A prática da contrafação não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os enormes prejuízos causados à indústria fonográfica nacional, aos comerciantes regularmente estabelecidos e ao Fisco pela burla do pagamento de impostos.

4. In casu, a conduta da recorrente amolda-se perfeitamente ao tipo de injusto previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, uma vez foi identificada comercializando mercadoria pirateada (100 CD's e 20

Acesso ao Sumário

DVD's de diversos artistas, cujas obras haviam sido reproduzidas em desconformidade com a legislação)." (RHC 115986 ES, Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe-160 DIVULG 15-08-2013 PUBLIC 16-08-2013).

De mais a mais, independe se a falsificação é grosseira ou não, uma vez que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em análise é o direito autoral, e não a fé-pública, como nos crimes de falso. Esta Colenda Câmara e este Egrégio Tribunal de Justiça, inclusive, assim já decidiu:

"Apelação Criminal – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – Pretendida absolvição por atipicidade da conduta – Impossibilidade – Materialidade e autoria demonstradas – Laudo pericial que aponta de maneira suficiente que os produtos são contrafações de originais, sendo o que basta para a configuração do delito – ***Alegação de que a falsificação é grosseira – Fato típico – Crime contra a propriedade imaterial, não contra a fé pública*** *– Ausência de dolo – Erro de tipo – Inocorrência – Ampla divulgação midiática – Impossibilidade de que o agente desconhecesse a qualidade de contrafação dos discos digitais – Inexistência de ofensa aos princípios da adequação social e intervenção mínima – Inocorrência – Conduta que prejudica a sociedade como um todo, revestindo-se de inegável lesividade – Penas e regime bem dosados – Sentença integralmente mantida. Recurso desprovido.."* (APL 00001808020098260396 SP, rel. Camilo Léllis, 4ª Câmara de Direito Criminal, 22/09/2015).

"APELAÇÃO CRIMINAL – Violação de direito autoral – Artigo 184, § 2º, do Código Penal – Absolvição por insuficiência de provas – Impossibilidade – Autoria e Materialidade comprovadas – Confissão em ambas as fases da persecução criminal – Validade – Precedentes – ***Falsificação grosseira que não ilide a configuração do delito – Tipo penal que expressamente tutela o direito autoral e não a fé pública*** *– Condenação mantida – Dosimetria penal – Reprimenda aplicada de forma adequada – Minoração da sanção alternativa – Impossibilidade – Prestação pecuniária fixada no mínimo legal – Inteligência do artigo 45, § 1º, do Código Penal – RECURSO IMPROVIDO."* (APL 00349034620098260196 SP, rel. Silmar Fernandes, 6ª Câmara de Direito Criminal, DJe-01/03/2013).

"VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL QUALIFICADA – Apelo do réu – Pleito de absolvição por atipicidade da conduta – Descabimento – ***Falsificação grosseira dos CDs e DVDs apreendidos que não descaracteriza a prática do presente crime, cujo bem jurídico protegido é o próprio direito autoral*** *– Tese de violação à teoria da adequação social também afastada – Delito que não pode ser considerado penalmente irrelevante – Condenação mantida – Penas inalteradas. RECURSO DESPROVIDO."* (APL 00112863520118260019 SP, rel. Cesar Mecchi Morales, 3ª Câmara de Direito Criminal, DJe-24/10/2016).

O laudo pericial acostado às fls. 11/14 atestou que os produtos analisados não eram autênticos.

Aqui, forçoso alinhavar ser inviável submeter todo o material apreendido

à perícia, especificando-os; somando- se todos os CD's e DVD's apreendidos, totalizam mais de 900 mídias. Frise-se que, além de se exigir que um perito trabalhasse meses a fio, poderia haver, inclusive, risco de prescrição da pretensão punitiva, acarretando, ainda, em desnecessária perda de tempo e dinheiro, dada as peculiaridades do caso em concreto, até porque bastaria a existência de apenas uma mídia não autêntica para a caracterização do crime.

Assim, a perícia por amostragem não pode ser repudiada, na medida em que torna viável e menos morosa a elaboração de laudos periciais necessários para a comprovação da materialidade delitiva. Nesse sentido:

> *"Não se vê irregularidade ou nulidade, resultante de não se ter examinado cada os CDs e DVDs apreendidos, sendo suficiente a análise conjunta do material para comprovar cópias não autorizadas de vídeos, fonogramas e encartes gráficos."* **(TJSP, HC 990.09.301076-3, 11ª Câmara, Rel. Oliveira Passos, j. 10/02/2010).**

E mais:

> *HABEAS CORPUS – Artigo 184, § 2°, do Código Penal – Ausência de materialidade – Perícia feita por amostragem – Nulidade – Inocorrência – Entendimento jurisprudencial – perícia que pode incidir somente sobre o número de exemplar necessários à comprovação do crime. [...] Ordem denegada* **(TJSP, HC 990.09.240053-3, 8ª Câmara, rel. Maria Tereza do Amaral, j. 28/01/2010).**

Como dito alhures, a comprovação de falsificação dos exemplares efetivamente periciados já é o suficiente para a configuração do delito.

Além disso, há quem afirme que, para que se reconheça a materialidade do crime em tela, é necessária a identificação do detentor do direito violado. Todavia, tal identificação não é exigida no tipo penal.

Isto porque, *''o bem jurídico tutelado por este delito é o direito autoral, o sujeito passivo direto é a pessoa jurídica ou física detentora do direito tutelado, e o sujeito passivo indireto, o Estado*''. (cfe. PIMENTA, Eduardo; PIMENTA, Rui Caldas. Dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.).

Importante frisar que o direito autoral está inserido no rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos (art. 5º, XXVII, Constituição Federal). Dessa forma, a sua violação extrapola a individualidade do prejudicado, devendo ser tratada como ofensa ao Estado e a toda a sociedade.

A proteção à propriedade intelectual e o combate à pirataria vão muito além da proteção individual, porque a produção descontrolada de obras individuais acarreta a diminuição na arrecadação de impostos, diminui a oferta de empregos formais, além de fortalecer o poder paralelo e a prática de atividades criminosas. Por isso, é mister estimular a formação de uma consciência coletiva de respeito aos direitos autorais.

Acesso ao Sumário

Nesse sentido já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. IDENTIFICAÇÃO DA PESSOA QUE TEVE O SEU DIREITO AUTORAL VIOLADO. DESNECESSIDADE. 1. O bem jurídico tutelado no delito tipificado no artigo 184, § 2º, do Código Penal é o direito autoral. 2. Visto que a proteção ao direito autoral ultrapassa a esfera individual de seu detentor, estando inserido no rol dos direitos e garantias constitucionalmente protegidos, e que sua violação traz enormes prejuízos a toda a sociedade, não há a necessidade, para a caracterização do ilícito penal, de identificação da pessoa que teve o seu direito autoral violado. 3. Recurso especial provido. **(REsp n. 1.369.764/MG, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma).**

Por outro lado, a negativa da acusada fornecida em juízo revelou-se pouco crível e inverossímil, pois, como bem salientou o juiz sentenciante, "a ré não só confessou a prática delitiva, perante a fase policial, como também forneceu detalhes do local onde adquiriu as mídias, preço de aquisição e venda. Todas essas minudências são suficientes para se conferir que, na fase inquisitiva, a ré não faltou com a verdade.".

Condenação, portanto, irreparável.

A reprimenda também não merece reparo, pois fixada no mínimo legal, assim como o regime imposto, de forma mais benéfica à ré, tendo a pena corporal sido substituída por restritivas de direitos, tanto que a Defesa sequer se insurgiu.

Posto isto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação interposta, mantendo a r. sentença tal qual lançada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000574-04.2018.8.26.0548, da Comarca de Campinas, em que é apelante ALEX ALEXANDRE COSTA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, mantida, integralmente, a decisão impugnada; comunique-se para a expedição de mandado de prisão, após o decurso do prazo para eventual interposição de embargos de declaração, tendo em vista a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da desnecessidade do trânsito em julgado da condenação para o início da execução da pena privativa de liberdade. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este

Acesso ao Sumário

acórdão. **(Voto nº 34.255)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS e JUVENAL DUARTE.

São Paulo, 11 de abril de 2019.

TRISTÃO RIBEIRO, Relator

Ementa: RECEPTAÇÃO E POSSE DE ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO. 1) Artigo 28, da Lei nº 11.343/06: Pleito de declaração da inconstitucionalidade do referido dispositivo, com a consequente absolvição do réu, nos termos do artigo 386, inciso III, do CPP. Inadmissibilidade. Constitucionalidade do art. 28, da Lei nº 11.343/06. Existência de despenalização e não de descriminalização. Orientação firmada pelo Pretório Excelso. Prova segura da materialidade delitiva. Frequência em curso ou tratamento para dependentes. Medida adequada ao caso, especialmente diante da reincidência do réu. Inviabilidade de aplicação da detração penal nesta sede. 2) Artigo 180, do CP: Autoria e materialidade delitiva comprovadas. Réu que não justificou a posse de aparelho celular de origem criminosa (roubo). Dolo bem evidenciado. Condenação mantida. Penas inalteradas. Básicas que partiram dos mínimos legais, compensando-se a agravante da reincidência com a atenuante da confissão. Mantido o regime semiaberto. Incabível a substituição por restritivas de direitos, diante da reincidência. 3) Apelo improvido, com determinação.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta por ALEX ALEXANDRE COSTA DA SILVA de sentença que o condenou, como incurso nos artigos 180, *caput*, do Código Penal, e 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06, respectivamente, às penas de 01 (um) ano de reclusão, em regime semiaberto, e 10 dias-multa, de unidade mínima, e 10 (dez) meses de frequência a curso ou tratamento para dependentes.

A Defesa postula a absolvição diante da inconstitucionalidade do artigo 28, da Lei de Drogas, em razão de violação aos "princípios da igualdade e da

Acesso ao Sumário

lesividade", e, subsidiariamente, o oferecimento de proposta de transação penal ou a aplicação da detração penal. Requer, ainda, a absolvição quanto ao delito de receptação ou a desclassificação para a modalidade culposa e a fixação do regime aberto.

O recurso foi regularmente processado e, nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da irresignação (fls. 286/307).

É o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 14 de março de 2018, por volta das 01h, na Rua 01, Novo Flamboyant, Jardim Paineiras, na cidade de Campinas/SP, o acusado trazia consigo para fim de tráfico, 39 *eppendorfs de cocaína*, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de R$ 169,15, em dinheiro.

Consta ainda que, entre as datas de 12 de outubro de 2017 e 14 de março de 2018, na mesma cidade, o acusado adquiriu, em proveito próprio, coisa que sabia ser produto de crime, consistente em um aparelho celular da marca *Motorola*, modelo MOTOG5, pertencente à vítima *Júlia Bertino Moreira.*

A ação foi julgada parcialmente procedente para condenar o réu como incurso no artigo 180, do Código Penal, e desclassificar a conduta do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, para a infração prevista no artigo 28, da mesma Lei (fls. 212/220).

O apelo não comporta provimento.

Com efeito, a prova da materialidade de ambos os delitos está estampada nos laudos de constatação e de exame químico toxicológico de fls. 17/18 e 53/55, os quais atestaram tratar-se de *cocaína* a substância apreendida, conforme noticiam o boletim de ocorrência de fls. 09/12 e o auto de exibição e apreensão fls. 13/14, que também indica a apreensão do aparelho celular da marca *Motorola*, modelo *MOTO G5*, produto de roubo.

A autoria é igualmente incontestável, tendo em vista que os policiais militares *Yago Boveloni Mathias* e *Kleber Eloir Svidzinski Junior* narraram que, em patrulhamento de rotina em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, avistaram três indivíduos reunidos, dois dos quais empreenderam fuga ao avistarem a viatura, mas o réu foi abordado. Confirmaram que encontraram uma bolsa preta na cintura do apelante, contendo trinta porções de *cocaína*, dinheiro em cédulas diversas e um celular produto de roubo ocorrido em 12.10.2017. Indagado, o acusado disse que os entorpecentes não lhe pertenciam e que adquirira o aparelho celular em uma "feira do rolo" pelo valor de R$ 350,00 (fls. 208/220 – mídia no sistema SAJ).

Vale destacar que o fato de a prova estar alicerçada nos depoimentos dos policiais que efetivaram a diligência não lhe retira a credibilidade. Os policiais são

Acesso ao Sumário

agentes públicos que gozam da presunção de idoneidade no exercício da função e, por isso, as suas declarações devem ser acolhidas sem reservas, especialmente se não se demonstrou interesse concreto da sua parte na incriminação de pessoa inocente, como no caso em exame.

A respeito do assunto é iterativa a jurisprudência no sentido de que "***o depoimento de policial obedece aos mesmos princípios aplicáveis ao restante das pessoas, não havendo que se falar em suspeição ou inidoneidade considerando-se somente sua condição funcional***" (RT 752/589).

O réu, por sua vez, negou a propriedade do entorpecente, alegando que as porções foram encontradas em cima do telhado de uma casa próxima e pertenciam aos indivíduos que fugiram. Declarou ter comprado o celular em uma "feira do rolo" pelo valor de R$ 350,00, não informando as qualificações ou localização do vendedor. Disse que iria trocar o aparelho por drogas, eis que usuário desde os dez anos de idade (fls. 08 e 208/220 – mídia no sistema SAJ).

Portanto, inafastáveis a autoria e a materialidade do crime contra a saúde pública, devendo ser mantida a condenação decretada em primeiro grau.

Ressalte-se que, respeitado entendimento contrário, com a entrada em vigor da Lei nº 11.343/06, não houve descriminalização da conduta consistente no porte de entorpecente para uso próprio, mas tão-somente diminuição da carga punitiva, alterando-se a espécie da pena e afastando-se radicalmente a privação da liberdade. Restou mantida, portanto, a natureza jurídica de crime, permanecendo em vigor o artigo 28, da Lei de Drogas.

Sobre o assunto, assim decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: ***"EMENTA: I - Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11 343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C Penal, art. 12). 4 Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao***

Acesso ao Sumário

usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9 099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º) , bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11 343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107). (...)" (RE-QO 430.105-9/RJ, Questão de Ordem no Recurso Extraordinário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 13.02.2007, DJ de 27.04.2007 – grifo nosso).

Da mesma forma, restou bem configurado o delito de receptação. O crime antecedente, roubo cometido meses antes, ficou comprovado pelo boletim de ocorrência nº 1371899/17, mencionado no boletim de fls. 09/12.

Diante desse quadro, tem-se que o réu adquiriu aparelho celular em local duvidoso ("feira do rolo"), não possuía qualquer documento referente à alegada negociação ou mesmo a qualificação completa do suposto vendedor e outros dados relevantes, como telefone para contato e endereço, pagando, ainda, preço muito abaixo do mercado.

Todas estas circunstâncias, portanto, demonstram o dolo, tornando inviáveis a absolvição e a desclassificação para a modalidade culposa, como pretendido pela combativa Defesa, já que "***a prova do conhecimento da origem delituosa da coisa, em crime de receptação, pode vir extraída da própria conduta do agente e dos fatos e circunstâncias que envolveram a infração***" (TACRIMSP, RT 826/610).

Desse modo, comprovadas a autoria e a materialidade de ambos os crimes imputados ao apelante, fica mantida a condenação decretada em primeiro grau.

As reprimendas foram bem dosadas e justificadas, não comportando reparo.

Quanto ao delito de receptação, as penas partiram do piso legal, compensando-se, em seguida, a agravante da reincidência (certidões de fls. 156 e 158) com a atenuante da confissão espontânea, perfazendo um ano de reclusão e dez dias-multa, de unidade mínima.

O regime semiaberto deve ser mantido, notadamente diante da reincidência em crime doloso, sendo incabível, pelos mesmos motivos, a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Com relação ao porte de entorpecentes, estabeleceu-se a sanção de frequência a curso ou tratamento para dependentes, pelo prazo de dez meses, o que se mostra adequado no caso, pois a mera advertência certamente levaria a nova reiteração no uso, sendo medida insuficiente à reprovação e prevenção do delito, e ele certamente se beneficiará com o tratamento.

Não se perca de vista que não há que se cogitar de aplicação dos institutos

Acesso ao Sumário

previstos na Lei nº 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo), considerando a falta dos requisitos legais (artigo 76, § 2º, inciso III), uma vez que o acusado já fora condenado por crimes dolosos (processos nº 559/11 – tráfico de entorpecentes – e processo nº 30134-78.2013 – desacato).

Por fim, entende-se que é inviável em sede de apelação a aplicação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, devendo o juízo da execução se manifestar inicialmente a respeito de eventual detração, primeiramente porque não se tem informações, aptas a embasar decisão segura, a respeito da real situação carcerária do recorrente, impedindo a análise do requisito subjetivo, e principalmente para não violar o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantida, integralmente, a decisão impugnada; comunique-se para a expedição de mandado de prisão, após o decurso do prazo para eventual interposição de embargos de declaração, tendo em vista a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da desnecessidade do trânsito em julgado da condenação para o início da execução da pena privativa de liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0005509-06.2015.8.26.0318, da Comarca de Leme, em que é apelante FÁBIO EDUARDO MOREIRA DOS SANTOS, 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: Deram provimento em parte ao recurso, para substituir a privativa de liberdade por prestação pecuniária, afastada a substituição anteriormente imposta por prestação de serviços à comunidade, nos moldes que constarão do acórdão. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.444)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente sem voto), CÉSAR AUGUSTO ANDRADE DE CASTRO e ÁLVARO CASTELLO.

São Paulo, 11 de abril de 2019.

RUY ALBERTO LEME CAVALHEIRO, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: EMBRIAGUEZ NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – A negativa do réu restou isolada nos autos – Os policiais militares confirmaram que o réu tinha sinais característicos de embriaguez, o que foi corroborado por laudo – O crime em tela não exige a caracterização de perigo concreto – Mantida a condenação – A pena corporal foi bem dosada – O regime aberto não comporta reparo – A substituição nos moldes do artigo 44 do Código Penal comporta modificação – Pena corporal não superior a 6 meses de detenção – Hipótese em que a prestação de serviços é afastada, substituindo-se a pena corporal por prestação pecuniária – DADO PARCIAL PROVIMENTO AO APELO.

VOTO

Não se conformando com a r. decisão de fls. 138/141, contra ela recorre **FÁBIO EDUARDO MOREIRA DOS SANTOS**, pedindo sua reforma. O apelante foi condenado por fato de 16 de agosto de 2015, como incurso no art. 306 da Lei 9.503/97, ao cumprimento da pena de 6 meses de detenção, em regime aberto, substituída por prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da pena corporal imposta, bem como ao pagamento de 10 dias multa, no mínimo legal, além da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 2 meses.

A defesa, nas razões de apelo (fls. 149/153), alega que não foi comprovado que o réu tenha manifestado conduta fora do controle, estando sob a influência psicoativa; que o procedimento do inciso II do artigo 306 da Lei nº 9.503/97 somente é admissível quando se comprova o risco concreto de dano.

Aduz que não há prova de que o acidente de trânsito tenha sido causado pela suposta dificuldade de equilíbrio do réu, tampouco se comprovou que o réu conduzia seu veículo com a capacidade psicomotora alterada. Pugna pela absolvição e desclassificação para punições de natureza administrativa.

O Ministério Público apresentou as contrarrazões (fls. 165/167). A douta Procuradora de Justiça opinou pelo não provimento (fls. 173/180).

É O RELATÓRIO.

Ao contrário do que sustenta a defesa, o crime foi cabalmente comprovado.

Observa-se dos autos que o réu conduzia uma motocicleta na rua Prof. Eugênio Guerra, em Leme/SP e perdeu a direção, chocando-se contra um poste de energia, vindo a fraturar sua perna direita.

A respeito, os policiais militares Gleisy e Odair disseram que foram

Acesso ao Sumário

acionados a comparecer ao local do acidente, onde o ofendido já estava sendo socorrido. No Pronto Socorro conversaram com o acusado, que apresentava sinais de embriaguez – voz pastosa, odor etílico, olhos vermelhos e falante. O recorrente disse que estava na caixa de show/boate Friends, havia ingerido bebida alcoólica e voltando para a casa se chocou contra o poste.

Portanto, os policiais confirmaram que o réu admitiu, informalmente, ter ingerido bebida alcoólica. Além disso, a embriaguez foi corroborada pelo laudo de fls. 22 que verificou a presença de sinais característicos.

Interrogado em juízo, o acusado negou o delito. Afirmou que vinha da casa de sua namorada, havia areia na pista e derrapou, perdendo o controle da moto e batendo a perna. Negou-se a fazer o teste de etilômetro. Não sabe porque está sendo acusado.

Entretanto, a versão negativa restou isolada nos autos ante o relato dos policiais e a ocorrência do acidente de trânsito.

Anota-se que o crime em tela não exige a caracterização do perigo concreto, bastando a constatação de que o acusado estava embriagado pela presença dos sinais característicos, o que ocorreu.

Ainda que assim não se exija, o perigo concreto se comprovou ante o acidente causado pelo réu, fato que poderia ter atingido qualquer usuário da via pública.

Assim, a condenação é mantida.

Quanto à pena corporal, não merece qualquer reparo. Na primeira fase, foi fixada no mínimo legal e nesse patamar permaneceu, ausentes atenuantes ou agravantes, tampouco causas de aumento ou diminuição.

Em relação à suspensão ou proibição para se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, também foi imposta pelo prazo de 2 meses, equivalente ao mínimo legal.

O regime aberto é o mais benéfico previsto na legislação, daí porque não se cogita de alteração.

Acesso ao Sumário

Cabe apenas um reparo na sentença: quanto à substituição da privativa de liberdade, afasto a pena de prestação de serviços à comunidade, à luz do artigo 46, "caput", do Código Penal, notadamente porque a condenação não supera 6 meses de privação de liberdade.

Logo, a privativa de liberdade é substituída por prestação pecuniária de um salário mínimo, em favor de entidade pública ou privada com destinação social, a ser indicada pelo Juízo das Execuções.

Pelo exposto, conhecendo do recurso, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** apenas para substituir a privativa de liberdade por prestação pecuniária, afastada a substituição anteriormente imposta por prestação de serviços à comunidade,

nos moldes do Acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0012872-79.2012.8.26.0405, da Comarca de Osasco, em que é apelante SIMONE CRISTINA FRISSON, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO ao recurso da ré e DERAM PROVIMENTO ao recurso do assistente de acusação, a fim de fixar indenização à vítima no valor de R$ 5.317,67 (cinco mil, trezentos e dezessete reais e sessenta e sete centavos), nos termos da fundamentação exposta, mantendo-se, no mais, a r. sentença como posta. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 10.167)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALBERTO ANDERSON FILHO (Presidente) e FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 10 de abril de 2019.

REINALDO CINTRA, Relator

Ementa: Apelação. Art. 155, § 4º, II, c.c. art. 71, *caput*, ambos do CP. Furtos praticados mediante fraude e abuso de confiança. Autoria e materialidade demonstradas. Fração de 2/3 referente à continuidade delitiva aplicada corretamente. Insurgência da vítima pleiteando a condenação ao pagamento de indenização. Recurso defensivo não provido. Recurso do assistente de acusação provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelações interpostas por **SIMONE CRISTINA FRISSON** e pelo **ITAÚ UNIBANCO S.A.**, na qualidade de assistente de acusação, em face da r. sentença que julgou procedente o pedido inicial acusatório, condenando a ré à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, pela prática do delito do artigo 155, § 4º, inciso II, c.c. artigo 71, *caput*, ambos do Código Penal (CP).

A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade, bem como à

prestação pecuniária.

A denúncia foi recebida às fls. 216. A ré foi devidamente citada (fls. 227) e apresentou defesa às fls. 234/240. Foi realizada audiência de instrução e julgamento e prolatada a r. sentença condenatória às fls. 361/372.

A ré ofereceu apelação às fls. 378/383, requerendo a absolvição por ausência de dolo. Subsidiariamente, pugna pela redução da fração aplicada pelo crime continuado e o reconhecimento de crime único.

O assistente de acusação apresentou apelação às fls. 378/383, requerendo que a ré seja condenada ao pagamento de indenização.

Contrarrazões às fls. 400/403, 406/416 e 427/431.

A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo improvimento do apelo defensivo e provimento do recurso do assistente de acusação (fls. 435/439).

É o relatório.

Consta da denúncia que nos dias 04 de janeiro, 25 de maio, 22 de junho, 17 de agosto, 30 de agosto, 23 de setembro e 05 de outubro de 2011, no interior da agência do Itaú Unibanco S.A., situada na Avenida Antônio C. Costa, nº 782, Bela Vista, em Osasco, a ré subtraiu para si, por 12 vezes, mediante fraude e abuso de confiança, consistente na realização de operações irregulares, excedendo a autonomia própria da função que realizava a quantia de R$ 53.176,76 (cinquenta e três mil, cento e setenta e seis reais e setenta e seis centavos), pertencente ao Itaú Unibanco S.A.

Ao que se apurou, a acusada trabalhava na empresa vítima como gerente de contas e, no exercício de suas funções, contratou para si e para outros, empréstimos, liquidando, posteriormente, as dívidas com desconto superior ao que lhe era autorizado. Porém, após atuação da inspetoria interna da instituição financeira, tais operações irregulares foram descobertas.

A autoria e a materialidade delitiva estão comprovadas pela portaria (fls. 02), documentos (fls. 12/13, 28/29, 55/130 e 156/163), carta escrita pela ré admitindo e justificando as condutas ilícitas (fls. 131/132), laudo pericial identificando e discriminando as operações financeiras (fls. 210/212) e prova oral colhida.

Acesso ao Sumário

Em juízo, a ré admitiu que os três contratos realizados em seu nome são contratações indevidas. Porém, disse que os contratos dos clientes Aldimiro Maia de Brito e Sonia Maria Araújo foram realizados com autorização do departamento competente, mas que os boletos de quitação foram emitidos equivocadamente, sendo quitados na conta corrente da acusada e constando em seu extrato bancário.

A testemunha Adriana Santolin de Souza, representante da empresa vítima, afirmou que a ré trabalhava no banco como gerente de contas e contraía

empréstimos em seu nome e em nome de terceiros, quitando-os com descontos superiores aos praticados pelo banco. Disse que tais descontos eram inseridos manualmente pela acusada, que descobriu uma falha no sistema utilizado pelo banco. Afirmou que a ré realizou um contrato em benefício próprio no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) e quitou pelo valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais); outro no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), que liquidou pelo valor de R$ 800,00 (oitocentos reais); e mais um no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), que quitou por R$ 200,00 (duzentos reais). Uma das operações realizadas foi identificada pelo monitoramento dos produtos de varejo do banco, sendo verificado que não havia contrato de renegociação de dívida. O caso foi encaminhado para a inspetoria, que constatou diversas operações irregulares. Afirmou que a acusada realizou mais três contratos em nome do correntista Aldimiro, quatro em nome do irmão da ré e dois em nome da correntista Sonia.

As testemunhas Aldimiro e Sonia, correntistas do banco, alegaram que desconheciam os contratos de empréstimo demonstrados pelo banco, bem como as quitações integrais de tais contratos.

Portanto, analisando-se as provas dos autos, conclui-se que a ré foi de fato a autora do delito a ela imputado e que a materialidade também se comprovou, sendo de rigor a manutenção da r. sentença proferida.

Passa-se à análise da reprimenda imposta.

A pena-base foi aplicada no mínimo legal, tendo em vista a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Aqui, resta prejudicado o pleito defensivo de redução da pena devido à personalidade e históricos favoráveis da ré, tendo em vista que já foi aplicada no mínimo.

Na segunda etapa, não há agravantes. Foi reconhecida a atenuante da confissão, que não tem o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal, em respeito à Súmula nº 231 do C. STJ.

Corretamente reconhecida a continuidade delitiva, aplicando-se a fração de 2/3 (dois terços), que mantenho, tendo em vista que a acusada praticou a conduta descrita por 12 (doze) vezes.

A pena privativa de liberdade permanece substituída por duas restritivas de direitos, sendo a de pagamento de prestação pecuniária e a de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período da pena aplicada, pois preenchidos os requisitos do art. 44, CP.

O regime inicial deve ser o aberto, tal como o aplicado na r. sentença proferida, tendo em vista a primariedade e circunstâncias judiciais favoráveis.

Por fim, merece provimento o recurso do assistente de acusação.

Deve ser a ré condenada ao pagamento de indenização à vítima, nos moldes do previsto no artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal, no valor de R$ 5.317,67 (cinco mil, trezentos e dezessete reais e sessenta e

Acesso ao Sumário

sete centavos), correspondente a 10% do valor do prejuízo causado pela ré, demonstrado devidamente pela vítima durante a instrução probatória.

Ressalte-se que o pedido indenizatório foi formulado desde que o assistente da acusação ingressou nos autos, repisado em sede de memoriais foi requerido pela vítima a fixação de indenização (fls. 339/353), tendo tido a ré a possibilidade de se defender quanto a esse pleito.

Neste sentido, ensina Guilherme de Souza Nucci:

> ***"Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução especifica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa"*** (*in* "Código de Processo Penal Comentado", RT, 2009, 9ª edição, pág. 701).

Ante o exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso da ré e **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso do assistente de acusação, a fim de fixar indenização à vítima no valor de R$ 5.317,67 (cinco mil, trezentos e dezessete reais e sessenta e sete centavos), nos termos da fundamentação exposta, mantendo-se, no mais, a r. sentença como posta.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0012847-98.2015.8.26.0037, da Comarca de Araraquara, em que é apelante A.P.S.F., 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: "Via de consequência, NEGARAM PROVIMENTO ao recurso ora interposto, mantendo-se inalterada a r. decisão combatida, por expressar os mais escorreitos ditames da lei e do direito. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.069)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO

RIBAS (Presidente), MARCO ANTÔNIO COGAN e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 11 de abril de 2019.

SÉRGIO RIBAS, Relator

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL – Falso testemunho – Pedido de absolvição em decorrência da alegada fragilidade probatória – Impossibilidade – Elementos de prova hábeis a ensejar a condenação, evidenciado o dolo da agente, devidamente advertida acerca da possível consumação do delito em apreço – Penas, regime prisional e medida substitutiva impugnada dosados com critério e justificação, não comportando reparos – Apelo não provido.

VOTO

Vistos.

Trata-se de apelação criminal, interposta por A.P.S.F., contra a r. decisão de fls. 248/253, cujo relatório se adota, acrescentando-se que ao julgar procedente a ação penal, condenou a ré ao cumprimento da pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, como incursa no art. 342, § 1º, do Código Penal, substituída a reprimenda corporal por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pecuniária de 03 (três) salários mínimos, a serem regulamentadas pelo MM. Juiz da Vara de Execuções Criminais.

Inconformado, recorre o patrono da acusada, com razões de apelação a fls. 264/269, nas quais requer a absolvição em virtude de suposta insuficiência probatória, suscitando ausência de dolo, assim como inexistência de advertência quanto ao possível cometimento do delito. Subsidiariamente, requer o abrandamento da pena, do regime prisional, assim como a redução da prestação pecuniária, imposta como medida substitutiva.

Recurso regularmente processado e contrariado, manifestando-se a douta Procuradoria Geral de Justiça a fls. 287/289, apresentando parecer pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

Consta da denúncia que em no dia 14 de setembro de 2015, durante o período da tarde, no edifício do Fórum de Araraquara, situado na Rua dos Libaneses, nº 1.998, Vila Nossa Senhora do Carmo, nesta cidade e comarca de Araraquara/SP, com consciência e vontade para a realização do ato ilícito, ao ser ouvida perante o Meritíssimo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal, no processo

Acesso ao Sumário

criminal nº 0006584-50.2015.8.26.0037, cujas principais peças extraídas encontram-se acostadas às fls. 03/16 e 29/48, a apelante fez afirmação falsa como testemunha de defesa, com o fim de produzir efeito favorável em processo penal e, assim, beneficiar o então processado C.A.S.

Segundo o apurando, o mencionado acusado foi condenado pela prática de crimes sexuais, lesões corporais e crimes de tortura, sendo que a acusada faltou com a verdade em seu depoimento, prestado no processo acima mencionado, visando beneficiar o increpado, na medida em que, negou o relacionamento amoroso entre ambos, bem como ter presenciado os abusos e agressões sofridos pelas vítimas, situações rechaçadas naqueles autos.

Estes são os fatos.

O recurso da defesa não comporta provimento.

A materialidade do delito restou demonstrada pelos documentos de fls. 03/16 e 29/48, assim como pela prova oral colhida no decorrer da *persecutio criminis*.

Consigno que não se abriu insurgência a respeito do conteúdo da prova oral transcrita na r. sentença e ali consta que os elementos de prova, são firmes e congruentes ao imputar a autoria do crime à ora increpada.

A acusada, na fase inquisitiva, mesmo intimada, não compareceu para fornecer sua versão acerca dos fatos, revelando descaso com a apuração do episódio fático (fls. 150/151).

Interrogada em juízo, sob o pálio do contraditório, manteve a versão apresentada quando testemunha comum, nos autos processo apontado na peça vestibular, sugerindo a inexistência de relação íntima de afeto com o réu daqueles autos, referindo que não teria presenciado ele lesionar as ofendidas com as práticas ilícitas ali apuradas (interrogatório áudio visual).

Todavia, a responsabilidade criminal da acusada, ao contrário do invocado pela defesa, encontrou respaldo no conjunto probatório.

As testemunhas, ouvidas na instrução criminal, foram firmes e uníssonas em apontar que a increpada presenciou inúmeras agressões praticadas pelo réu em desfavor delas, inclusive de cunho sexual, com o qual matinha relacionamento amoroso extraconjugal, sendo que descreveram em detalhes como se sucederam as ocorrências. Suas narrativas, importa dizer, se apresentam em total conformidade com o quanto exposto no processo em que se deu o crime de falso ora apurado, assim como com o relatado pela exordial acusatória.

T.C.O., T.V.O. e D.M.O., confirmaram que a irrogada, que mantinha um relacionamento amoroso com o sentenciado C., visualizou inúmeras situações em que ele lesionou as depoentes, agindo com total menoscabo com relação aos crimes presenciados (depoimentos audiovisuais).

Acesso ao Sumário

A corroborar, as palavras de R.R. confirmando ter tomado conhecimento de que a apelante teria visto os inúmeros delitos praticados contra as vítimas.

Consigno não vislumbrar qualquer indício de que as testemunhas tivessem interesse em acusar caluniosamente a irrogada, máxime quando suas versões são concatenadas em detrimento do quadro fático exposto pela apelante, desprovido de provas, concorrendo em seu desfavor.

Com efeito, a increpada, por meio de seu relato não sincero, falseou a verdade de fatos juridicamente relevantes, com o intuito de favorecer seu amásio, C., réu em demanda criminal, restando evidente o dolo em sua conduta.

Além do mais, é dever da apelante, se tem versão exculpante, apontar-lhe todos os dados, de modo a convencer da ausência de responsabilidade, ônus que lhe compete a teor do que dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal, do qual não se desincumbiu.

Irrelevante o fato de outras testemunhas não terem sido inquiridas, porquanto, se existissem e se poderiam prestar declarações que afastassem a responsabilidade da acusada, caberia a ela arrolá-las, o que lhe foi permitido fazer livremente, porém, limitou-se a arrolar testemunhas em comum.

Daí, porque, ausentes as denominadas contraprovas, quais sejam, aquelas trazidas pela defesa para demonstrar o oposto do alegado pela acusação.

De outro tanto, ao contrário do sustentado pelo causídico da ré, não passou despercebido a existência de advertência, quando de sua oitiva como testemunha, do possível cometimento do crime ora apurado, vide fls. 34.

Outrossim, não se há falar em atipicidade de conduta por ausência de prejuízo no processo criminal em que seu o falso testemunho.

Isso porque, é delito formal e, como tal, consuma-se com o encerramento do depoimento em que se fez a afirmação falsa, que subverte a realidade dos fatos.

Nesse sentido, confira-se orientação do E. Superior Tribunal de Justiça: HC 73059/SP – 5ª T. – rel. Min. Gilson Dipp – j. 29.6.2007.

Sendo assim, a utilidade descartada das versões da acusada é irrelevante para a configuração da infração penal.

Deste modo, restou caracterizado o crime em questão, ainda que a conduta da ré não tenha influenciado negativamente a demanda criminal.

De tal sorte, o conjunto probatório resta bastante para prolação de decreto condenatório, não se podendo cogitar absolvição pretendida.

A condenação, portanto, era mesmo de rigor.

Quanto às penas e o regime prisional, não comportam reparos.

A pena-base foi fixada em 1/4, acima do mínimo legal, pois o magistrado de Primeiro Grau entendeu pela excessiva culpabilidade e péssima postura social

Acesso ao Sumário

da sentenciada, considerando a gravidade dos diversos crimes praticados pelo réu que tentou beneficiar falseando com a verdade. E não deveria ser diferente haja vista que a increpada encobriu não apenas crimes de lesões corporais, como também delitos de estupro e tortura, sendo que tais circunstâncias foram adequadamente sopesadas, não havendo se falar de *bis in idem*, mesmo porque não inseridas como fundamento da causa de aumento §1º do art. 342 do Código Penal.

E tal patamar foi aumentado em 1/3, na derradeira fase, em obediência à disposição legal acima mencionada (art. 342, §1º, do Código Penal), haja vista o delito ter sido praticado no bojo de processo penal, o que não comporta modificação, tendo MM. Juiz, S. Exa., obedecido aos critérios da legalidade, o que se manteve como definitivo, em virtude da ausência de outros elementos modificadores.

No que pertine ao regime prisional intermediário, imposto para cumprimento da reprimenda, tem-se que o programa eleito, de fato, é adequado ao caso concreto, para conscientização da ilicitude e prevenir recidiva, haja vista que, a par da gravidade do delito, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis à ré, cabendo ao Julgador destinar especial cautela, impedindo a ocorrência de uma falsa impressão de impunidade.

Por fim, não se há modificar a pena alternativa de prestação pecuniária, observando-se que a destinação está correta, haja vista que todos os prejudicados com o comportamento levado a feito são vítimas do crime.

Além disso, o *quantum* da prestação pecuniária não se sujeita à livre escolha do sentenciado, ficando a critério do magistrado, obedecida a discricionariedade regrada, a qual tem por limite as balizas legais, observando-se, ainda, o princípio da individualização da pena.

Com efeito, o importe de 03 (três) salários mínimos, apresentou manifesto caráter social e pedagógico, não comportando modificação.

Via de consequência, NEGO PROVIMENTO ao recurso ora interposto, mantendo-se inalterada a r. decisão combatida, por expressar os mais escorreitos ditames da lei e do direito.

Acesso ao Sumário

Desaforamentos de Julgamento

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Desaforamento de Julgamento

nº 0042142-92.2018.8.26.0000, da Comarca de São Vicente, em que é requerente MM. JUIZ (A) DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE SÃO VICENTE, é requerido MM. JUIZ (A) DE DIREITO DA 4ª VARA DE CUBATÃO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Indeferiram o pedido. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.933)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO RIBAS (Presidente sem voto), ALCIDES MALOSSI JUNIOR e MAURICIO VALALA.

São Paulo, 21 de março de 2019.

MARCO ANTÔNIO COGAN, Relator

Ementa: REAFORAMENTO – ALEGAÇÃO DE QUE O JULGAMENTO PELO TRIBUNAL POPULAR ANTES DESAFORADO PARA A PRIMEIRA VARA DA COMARCA DE SÃO VICENTE DEVE SER EFETIVADO NA QUARTA VARA DA COMARCA DE CUBATÃO, DA QUAL O FEITO É ORIGINÁRIO, UMA VEZ QUE O RÉU FOI SOLTO.

CASO EM QUE NÃO APENAS OS PROBLEMAS PRINCIPAIS QUE ENSEJARAM O DESAFORAMENTO, DECIDIDO À UNANIMIDADE, PERDURAM, COMO AINDA PORQUE NÃO RECEPCIONA A DOUTRINA O DENOMINADO PEDIDO DE REAFORAMENTO, QUE TAMBÉM NÃO ENCONTRA GUARIDA NO CPP.

Pedido indeferido, com determinação.

VOTO

1 – Trata-se de pedido de reaforamento requerido pelo doutor Promotor de Justiça oficiante junto a Primeira Vara Criminal da Comarca de São Vicente pretendendo que o desaforamento antes determinado através do v. Acórdão de fls. 368/374, datado de 1º/02/2018, prolatado em atendimento ao pleito de desaforamento do julgamento a ser realizado pelo Tribunal do Júri, em que figura como réu Aleph Souza da Silva, pronunciado pela prática do crime capitulado no artigo 121, § 2º, I (segunda parte) e IV c.c. o artigo 14, II, ambos do Código Penal (fls. 322/324), seja novamente deslocado para a Comarca de

Acesso ao Sumário

Cubatão, que é a de origem do feito, sob o argumento de que, com a soltura do réu, por força de concessão de ordem de *habeas corpus* ao mesmo, não mais subsiste a fundamentação do desaforamento antes concedido no aludido Aresto (fl. 425/426).

Assevera o doutor Promotor de Justiça que "O Promotor de Cubatão concordou com tudo", referindo-se à argumentação da MMª Juíza invocada as fls. 322/324, e que "E estamos aqui, com um processo que não é nosso" (fl. 425); "Neste quadro, o que já era absurdo, passa a beirar o insustentável, ao menos a nosso ver" (fl. 426); "O que não dá é para outras comarcas absorverem o Tribunal do Júri da Comarca de Cubatão (...)" (fl. 426).

As fls. 427/428, o MMº Juiz da Primeira Vara Criminal da Comarca de São Vicente também se pronunciou, aderindo ao entendimento suprarreferido (fls. 427/428).

Nos termos do artigo 205, do Regimento Interno desta Corte, por esta Relatoria foi determinada a abertura de vista à MMª Juíza da Quarta Vara Criminal da Comarca de Cubatão, que por primeiro se pronunciou, dando ensejo ao acolhimento, nesta Câmara, à unanimidade, do desaforamento ora contestado (432/433), tendo o Magistrado que hoje preside essa Vara se manifestado, minuciosamente, as fls. 436/437, dando conta de que toda a situação impeditiva da realização do aludido Júri, nessa Comarca, persiste, inclusive mesmo com a pretensão de deslocamento dos trabalhos para o Plenário da Câmara Municipal, como antes já referido as fls. 322/324, em pleito de desaforamento que, longe do alegado a fl. 425, *in fine*, não traduz a motivação desse no fato de, na época, estar o réu preso, tão somente.

E a douta Procuradoria de Justiça, em r. parecer da lavra do doutor Ludgero Henrique Perdizes, se manifestou pelo indeferimento do pedido de reaforamento de fls. 425/426 (fls. 447/448)

Este, em síntese, é o relatório.

2 – Indefere-se o pedido de reaforamento, por absoluta falta de amparo legal, acrescida tal motivação do fato de que, à exceção da urgência, quando da prolação do v. Acórdão de fls. 368/374, de efetivação do julgamento do réu preso, todo o restante da densa argumentação recepcionada, repita-se, em 01º/02/2018, elencada as fls. 322/324, persiste, nos exatos termos repetidos as fls. 436/437, somando-se a tal que a não realização do julgamento na Comarca de São Vicente, até hoje, tornou também, independentemente da soltura do acusado, necessária a efetivação do mesmo de forma célere.

Acesso ao Sumário

De se observar que, sobre o tema, o próprio Regimento Interno desta Corte trata na sua Sessão V, nos artigos 205/208, do Desaforamento, não fazendo sequer alusão ao aqui denominado reaforamento.

E sobre o tema preleciona a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, na

sua obra Tribunal do Júri: - "***Reaforamento*. É a hipótese de, cessado o motivo que autorizou o desaforamento, tornar o processo à Comarca original, de onde foi removido pelo Tribunal. Não é procedimento legalmente admitido. Se o processo for encaminhado para julgamento em Comarca diversa, não mais retornará à origem, visto não ter sido essa situação prevista no Código de Processo Penal. Aliás, se ocorrer novamente algum dos requisitos do art. 427, *caput*, ou art. 428, *caput*, do CPP, na Comarca para onde foi enviado o feito, poderá haver novo desaforamento, mas para lugar diverso e não para a Comarca original**". (op. cit., 6ª edição, Forense, p. 165, Rio de Janeiro, 2015).

No mesmo sentido ensina Renato Brasileiro de Lima na obra Manual de Processo Penal: - "**Reaforamento. Por fim, não se afigura possível o reaforamento, mesmo diante do desaparecimento das causas que autorizaram o desaforamento. Consiste o reaforamento na possibilidade de, após ter sido determinado o desaforamento, retornar o processo ao foro de origem, onde fora cometido o delito. Isso não significa dizer que não seja possível novo desaforamento. De fato, se, na comarca para a qual foi desaforado o julgamento, venha surgir um dos motivos do art. 427, do CPP, é possível novo desaforamento**" (op. cit, vol. II, editora Impetus, p. 440, Niterói, 2012).

Ainda sobre o tema: "**Como reaforamento, na precisa lição de Borges da Rosa, entende-se 'a volta do processo ao conhecimento do foro do delito, donde fora retirado em virtude de decisão judicial' (Comentários ao código de processo penal, p. 521). Ou seja, é a possibilidade de, após ter sido desaforado o julgamento, ele torne ao foro original, onde foi cometido o crime. O reaforamento não é tolerado em nosso sistema, nem mesmo quando as causas que concorreram para o desaforamento desapareçam. (...) A resposta que se impõe é negativa, pelo simples fato que inexiste previsão legal amparando essa possibilidade. É que, no magistério de Eduardo Espínola Filho, 'definitivos são os efeitos do desaforamento, e, assim, se proscreve o reaforamento, mesmo quando antes do julgamento, tenham desaparecido as causas que o determinaram'**" (*in* revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, nº 48, FEV./MAR de 2008, p. 28).

Portanto, além de perdurarem os problemas vivenciados pela Vara do Júri da Comarca de Cubatão, conforme as novas explicações dadas pelo MMº Juiz sobre o tema, e diante do fato de que a mera libertação do réu não se traduz pela motivação única que ensejou a determinação de desaforamento prolatada desde 1º/02/2018, o pedido de reaforamento formulado pelo doutor Promotor de Justiça atuante na Vara do Júri da Comarca de São Vicente carece, inclusive, de sustentação no próprio Código de Processo Penal.

E diante dessa constatação, as expressões que empregou no seu pedido

Acesso ao Sumário

de fls. 425/426, para demonstrar o seu inconformismo, no sentido de que "O Promotor de Cubatão concordou com tudo", referindo-se à argumentação da MMª Juíza invocada as fls. 322/324, e que "E estamos aqui, com um processo que não é nosso" (fl. 425); "Neste quadro, o que já era absurdo, passa a beirar o insustentável, ao menos a nosso ver" (fl. 426); "O que não dá é para outras comarcas absorverem o Tribunal do Júri da Comarca de Cubatão (...)" (fl. 426), com inequívoca conotação de agressividade e de atrevimento direcionados ao v. Acórdão de fls. 368/374, de há muito prolatado, não se prestam para o fim pretendido.

Isto posto, indefere-se o pedido de reaforamento em questão, atinente ao julgamento de **Aleph Sousa da Silva**, mantendo-se todos os termos do v. Acórdão de fls. 368/374, a serem cumpridos incontinenti pelo MMº Juiz da Primeira Vara Criminal da Comarca de São Vicente.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2016072-67.2019.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que são impetrantes RODRIGO RIBEIRO FIRMINO e JOSÉ EDUARDO FERREIRA SORNAS CAMPOS e paciente CRISTIAN RIBEIRO NUNES.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 42.369)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), AMARO THOMÉ e SILMAR FERNANDES.

São Paulo, 1º de março de 2019.

COSTABILE E SOLIMENE, Relator

Ementa: *Habeas Corpus*. Pretensa prática dos delitos de embriaguez ao volante, direção sem habilitação, velocidade incompatível com a via e resistência. Alegação de constrangimento ilegal. Suposta ausência de fundamentação. Descabimento. Indicadores de

Acesso ao Sumário

materialidade e autoria. Decisão suficientemente escorada em dados objetivos contidos nos autos, não se há falar em constrangimento ilegal, descabida cautelar alternativa em razão de indicadores de ocorrência que deixa perplexa a população ordeira. Impossibilidade de se descartar, nesta quadra, sem motivo plausível, palavras de agentes do Estado, apenas em razão de suas condições funcionais. Ordem denegada.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente Cristian Ribeiro Nunes, apontando-se como autoridade coatora o MM. Juiz da 2ª Vara da Comarca de Marília.

Em resumo, alegam os impetrantes que o paciente padece de constrangimento ilegal, porque ausentes os requisitos da prisão preventiva, decretada sem fundamentação e quando admissíveis as cautelares alternativas, eis que não se pode converter a prisão preventiva em antecipação de pena.

Indeferida a liminar (fls. 87/94) e prestadas informações (fls. 97/99), o r. parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça é no sentido da denegação da ordem (fls. 102/104).

É o relatório.

Voto n. 42.369

Respeitosamente, denego a ordem postulada e justifico.

Destaco, inicialmente, que aqui não cabe exame do fato. Acolher qualquer tese defensiva sustentada em sede de *habeas corpus* demandaria minucioso exame do conjunto fático e probatório, o qual há de ser feito pelo Juízo ordinário, durante a instrução processual contraditória.

Faço uso do voto do Min. Jorge Mussi, do E. Superior Tribunal de Justiça, publicado dias atrás no DJe de 1º.2.2018, confira-se no RHC 89.702/SP:

"(...) 1. Sabe-se que para a decretação da prisão preventiva não se exige prova concludente da materialidade, reservada à condenação criminal, mas apenas demonstração da existência do crime, que, pelo cotejo analítico, se faz presente, tanto que a denúncia já foi recebida.

2. A análise sobre a existência de prova da materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria é questão que não pode ser dirimida em recurso de *habeas corpus*, por demandar o reexame aprofundado das provas, vedado na via recursal eleita (...)" (*verbis*).

E não é só: a mesma Corte, em publicação no DJe da mesma data, RHC

Acesso ao Sumário

90.561/MG, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, repetiu mais uma vez não ser admissível o enfrentamento da alegação da ausência de indícios da autoria na estreita via do *habeas corpus*, "ante a necessária incursão probatória, que deverá ser realizada pelo Juízo competente para instrução e julgamento da causa" (*verbis*).

Sem pretensão de ser repetitivo, na mesma data o mesmo DJe, pelo mesmo relator, repete a mesma lição, agora no AgRg no HC 415.996/RJ, quando, então, afirmou-se que, "para se acolher a tese de que o paciente não se dedica às atividades criminosas, seria necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em *habeas corpus*" (*verbis*).

Nem é deste subscritor a lição pela qual "não é a estreita via do *habeas corpus* a sede para incursões aprofundadas relativas ao conjunto probatório da ação penal, sobretudo quando apenas iniciada a instrução (...) o que se verifica, em verdade, é a nítida intenção do embargante, inconformado com o resultado do julgamento, em rediscutir a matéria apreciada e já decidida (...)" (EDcl na PET no RHC 75.532/SP, DJe 15.12.2017, rel. Min. Joel Ilan Paciornik).

Vê-se, portanto, que não se trata de má vontade da Turma recursal. O desafio para subtração de instância não pode ser aceito e a Defesa sabe disso, culta e operosa que é.

A despeito dos argumentos expendidos na impetração, as circunstâncias de fato e de direito, até aqui evidenciadas com base empírica idônea, cf. jurisprudência do Col. Pretório Excelso (HC 129.472/RJ; RHC 128.070/RJ; RHC 128.241/SC; HC 126.663/MG HC 125296/PR), não autorizam a concessão da ordem.

Adotamos como critério de julgamento, em situações deste jaez que, em existindo firmes e sérios indicadores, tanto da materialidade quanto acerca da autoria, será imperativo preservar a prova, livrando- a de pressões, de eventual constrangimento exercível sobre vítima ou testemunhas, não sendo raros os casos de medo de reconhecimento, de desaparecimento daqueles que poderão reproduzir a história do fato, comprometendo-se, assim, sobremaneira, o império da lei e mesmo a aplicação da norma penal. Vê-se, pois, que a perfeita e mais sincera captação da prova, especialmente neste exato momento da vida do país, em que campeiam impunidade e insegurança, impõe a decretação da prisão preventiva, mesmo porque da prova oral depende a eventual imposição da sanção correspondente, que além de pesada, elevada, temporalmente extensa, é estrategicamente relevante para restabelecer a sensação de ordem pública.

Acesso ao Sumário

Ademais, cf. posto pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 338.560/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, "(...) Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetiva a 'mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei' (STJ, AgRg no HC 267.159/ES,

Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015)".

Nem se exige fundamentação exaustiva, suficiente a presença de indicadores concretos baseados na real necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal (STJ, HC 289.618/PA, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, DJe 10.8.2015), lição que cabe nos presentes autos.

Com efeito, discorrendo sobre a necessidade de fundamentação nas decisões judiciais, que "constitui uma conquista da nossa civilidade jurídica", explica Paolo Tonini, professor de Florença, como deve ser entendida a exigência da motivação: "Isso não significa que o juiz deve argumentar sobre todo e qualquer detalhe, o que acarretaria motivações redundantes e substancialmente inúteis. É necessário que o juiz exponha a motivação de tudo que é relevante, vale dizer, de todas as escolhas que influenciem o êxito final da controvérsia e de todas as premissas de seu raciocínio que foram racionalmente colocadas em questão" (La prova penale, tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz, 1ª ed., RT, 2002, pág. 104).

Nem se incorra no equívoco de afirmar ter o magistrado decidido com base na gravidade abstrata do delito. A abstração, a hipótese, a conjectura são apanágio do doutrinador, do teórico, do cientista, do jurisconsulto. Nenhum Juiz delibera sobre prisão a partir de situações hipotéticas, mas diante de um caso real, concreto, verdadeiro, que será objeto de discussão sob o pálio do contraditório, de molde que aqui não se viola verbete algum de qualquer das Cortes superiores. O flagrante, o inquérito reportam circunstâncias históricas postas no mundo tridimensional, inadequado cogitar-se estarmos aqui realizando perseguição em relação a esta ou aquela modalidade criminosa.

Assim "(...) terá o prolator da sentença justificado a sua convicção, que é o que a lei deseja. Não necessitará, ao fazê-lo, preocupar-se em dar resposta a todas as questões emergentes no processo. Muitas serão de improcedência manifesta, e seria levar longe demais o cumprimento do dever de motivação o pretender-se que o juiz tenha de demonstrar as mais resplandecentes evidências" (Basileu Garcia, Comentários ao Código de Processo Penal, 1ª ed., Forense, 1945, vol. III, nº 435, pág. 476, grifei; RJTACrim, 42/254).

Ainda acerca da *concisão*, como complexo axiológico que, quando presente no exercício da jurisdição, será sempre bem vindo, transcrevo o escólio do estimado Des. Alexandre Germano, posto em a "Tribuna da Magistratura" (abril/maio de 2018, p. 34): "*A palavra concisão, do latim 'concisione', indica o ato de cortar; conciso significa 'cortado', 'curto', limitado. Escrever de forma*

Acesso ao Sumário

concisa, ou escrever com concisão, quer dizer ser objetivo, não repetir palavras ou ideias, não alongar o texto" (*verbis*).

Assim, em regra, se posicionam os magistrados, não querem desnecessariamente alongar texto que permita confusão interpretativa, quanto mais quando ainda não julgada a causa.

Vale aqui a lição do jesuíta espanhol Baltasar Gracián, que escreveu em 1647, em 'A arte da prudência': "*A brevidade é agradável e merece elogios, além de dar mais resultados. As coisas boas, se breves, são duplamente boas. Todos sabem que o homem prolixo raramente é inteligente. Diga brevemente e terá bem dito*" (*verbis*).

Não se há confundir, então, omissão, laconicidade, com concisão.

A hipótese aqui é de concisão.

Ademais, se cogitável a reiteração, se em risco a ordem pública – direito fundamental de todos os cidadãos (STF, HC 104.877/RJ, rel. Min. Ayres Britto), *prima facie* se revela justificado obstar-se qualquer cautelar alternativa, insuficientes as só condições pessoais favoráveis, quando é recomendável a prisão por outros elementos (STF, HC 124.994 e AgRg no HC 115.318; STJ, RHC 52.577/MG, RHC 54.734/MG, RHC 56.438/RS e RHC 58.545/MG).

Sobre a interpretação do contexto o Des. Jarbas Mazzoni teve oportunidade de predicar: o meio social não pode e nem deve servir de 'laboratório', onde se vá testar a aparente 'recuperação' de perigosos delinquentes (TJSP - Agravo de Execução Penal Execução nº 243.772-3/6 - Presidente Prudente).

Aqui estamos tratando de paciente acusado da pretensa prática dos delitos de embriaguez ao volante, direção sem ser habilitação, trafegar em velocidade incompatível com a via e resistência.

Segundo o até então apurado, o ora paciente, juntamente com outro indivíduo, estaria em uma motocicleta, sendo que ao perceber que seria abordado empreendeu fuga em alta velocidade pela cidade, ingressando, inclusive, na contramão de direção de algumas ruas.

Acesso ao Sumário

Efetuada a abordagem, foi necessária a utilização de força moderada para conter a ambos.

Submetido o ora paciente ao teste de etilômetro, este teria supostamente apresentado o resultado de 1,19mg/l, tendo dito aos agentes policiais que empreendeu fuga, pois não seria habilitado.

Nada, ao menos nesta quadra, justifica o descarte das palavras dos agentes policiais, porque congruentes e em consonância com a jurisprudência.

O Col. STF pacificou que "o valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestados em juízo, sob garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo

desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que este 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" (HC n. 74.608-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Qualquer discussão sobre a tipicidade, a esta altura, seria açodado, prematuro, impossível na via estreita do writ o revolvimento da matéria fático-probatória, somente não havendo óbice ao manejo do *habeas corpus* quando a análise da legalidade do ato coator prescindisse do exame aprofundado de provas (STJ RHC 29.180/SP – 5ª Turma – rel. Min. Laurita Vaz – J. 7.4.2011), o que não é o caso.

A r. deliberação que decretou a custódia preventiva (fls. 62/66), destacou a necessidade da segregação para a garantia da ordem pública e da conveniência da instrução criminal o que demonstra, portanto, que o comando monocrático nada tem de temerário ou equivocado.

A esta altura, de relevo realçar trecho de v. aresto firmado pelo Col. Supremo Tribunal Federal segundo o qual "(...) A circunstância de o paciente ser primário, ter bons antecedentes, trabalho e residência fixa não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312 do CPP (HC 83.148/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 02.09.2005) (...)" (HC 98.113/RJ, 2ª T., rel. Min. Ellen Gracie, J. 9.2.2010).

Em sintonia com o teor do despacho impugnado está a jurisprudência praticada pelo Col. STF, que afirma e reafirma que "A custódia preventiva visando à garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, legitima-se quando presente a necessidade de acautelar-se o meio social ante a concreta possibilidade de reiteração criminosa e as evidências de que, em liberdade, o agente empreenderá esforços para escapar da aplicação da lei penal" (HC 109.723, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 27.0612). No mesmo sentido: HC 119.645/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 28.3.2014; HC 106.816, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 20/06/2011; HC 104.608, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 1º/09/2011; HC 106.702, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 27/05/2011.

Em suma, insatisfeitas as condições para liberdade provisória.

Resumindo, então, a custódia provisória apresentou-se devidamente informada pelos pressupostos da prisão preventiva, tais como o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, em perfeita conformidade com os preceitos dos

Acesso ao Sumário

arts. 312 e 315, ambos do CPP e 93, inciso IX da CF de 1988, afigurando-se irrelevantes a primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, atributos que se espera de todo e qualquer cidadão.

E, reafirmo, pelos mesmos motivos acima destacados, aqui também não há lugar na espécie para qualquer das medidas cautelares pessoais elencadas no art. 319 do CPP, com a redação que lhe deu a Lei n. 12.403/2011.

Ante tais circunstâncias e aquilo que é tratado nestes autos, ao menos para esta fase, **DENEGO** a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2014087-63.2019.8.26.0000, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é impetrante ADRIANA VALIM NORA e paciente THIAGO RODRIGUES FERREIRA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Concederam a ordem para deferir a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento e imposição de medidas cautelares (art. 319, I, IV e V, do CPP) a Thiago Rodrigues Ferreira. Expeça-se alvará de soltura clausulado. V.U. , de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.542)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), ANGÉLICA DE ALMEIDA e PAULO ROSSI.

São Paulo, 18 de março de 2019.

JOÃO MORENGHI, Relator

Ementa: PRISÃO PREVENTIVA. Ausência das hipóteses previstas no art. 312 do CPP. Gravidade abstrata do delito. Insuficiência. Fundamentação inidônea. Constrangimento ilegal. Ocorrência.

– A manutenção ou não da custódia cautelar deve levar em conta a necessidade da medida, em face dos fundamentos estampados no art. 312 do CPP, sendo insuficiente para tanto a gravidade abstrata do delito, assim, sem elementos concretos para a manutenção da prisão, de rigor o deferimento da liberdade provisória.

MEDIDAS CAUTELARES. Requisitos do art. 282 do CPP. Presença. Imposição. Possibilidade.

Acesso ao Sumário

– Presentes os requisitos do art. 282 do CPP, afigura-se cabível a imposição de medidas cautelares diversas da prisão preventiva para preservação da instrução criminal, bem como para evitar a prática de infrações penais.

VOTO

1. Em favor de Thiago Rodrigues Ferreira, a belª Adriana Valim Nora impetrou o presente *habeas corpus* postulando, sob alegação de constrangimento ilegal, a concessão da ordem para sua imediata libertação.

Alega, para tanto, que o paciente, preso em flagrante em 17.01.2019, acusado de tráfico de drogas, deve responder ao processo em liberdade, eis que se trata de mero79 usuário, indício reforçado pela pequena quantidade de droga apreendida. Aponta que a decisão não indicou o motivo pelo qual não foram aplicadas as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP. Sustenta que a prisão preventiva foi decretada baseada apenas e tão somente na gravidade abstrata do delito, insuficiente para tanto. Narra que o paciente tem residência fixa e trabalho lícito, e em eventual condenação poderá fazer jus a aplicação do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas, que preconiza uma causa obrigatória de diminuição de pena. Sustenta que a vedação à liberdade provisória, prevista no art. 44, da Lei nº 11.343, de 2006, é inconstitucional. Evidente, assim, o constrangimento ilegal a ser sanado pelo presente *writ* (fls. 1-15).

Juntados documentos comprobatórios da impetração (fls. 16-47) e indeferida a liminar pleiteada (fls. 49), prestou informações a d. autoridade coatora – Juízo de Direito Vara Criminal da Comarca de São João da Boa Vista (fls. 52-3), com documentos (54-63).

Após, manifestou-se a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 66-71).

É o relatório.

2. Narra a denúncia:

> "Consta do incluso inquérito policial que, no dia 17 de janeiro de 2019, por volta de 21h, na Rodovia SP 344, próximo à praça de pedágio localizada no KM 219, nesta cidade, THIAGO RODRIGUES FERREIRA (qualificado a fl. 06), trazia consigo para fins de tráfico, cerca de 8,0g (oito gramas) de cocaína - sem qualquer autorização (auto de exibição e apreensão a fls. 13, constatação a fl. 14 e laudo de exame químico-toxicológico a ser oportunamente juntado).
>
> Segundo se noticia, Policiais Militares receberam informações fidedignas de que um indivíduo iria se deslocar ao município de Aguaí - SP para buscar drogas de um indivíduo de alcunha "Polaco", conhecido nos meios policiais pela prática de tráfico de drogas naquela cidade, a

Acesso ao Sumário

fim que tais drogas fossem revendidas posteriormente em São João da Boa Vista.

Em posse de tais informações e das características físicas do acusado e de seu veículo, se deslocaram até a praça de pedágio, localizada entre os referidos municípios e fizeram campana. Nesse contexto, por volta das 21h, visualizaram o denunciado conduzindo a motocicleta de modelo semelhante à delação recebida se aproximando da ala reservada a passagem de motocicleta.

Ao notar a presença da Polícia, o denunciado arremessou um objeto na pista. Foi abordado e em revista pessoal foram encontrados R$40,00 (quarenta reais) e um aparelho celular, utilizados no comércio espúrio. Na sequência, ao averiguarem o objeto dispensando, constataram que se tratava de 08(oito) porções de cocaína, embaladas individualmente em sacos plásticos, pesando no total 8g (oito gramas), prontas para serem comercializadas."

A ordem merece concessão, eis que cabível a substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares.

Como é cediço, o sistema processual penal brasileiro, após a edição da Constituição da República de 1988, adotou o entendimento de que a regra é liberdade e a exceção é a segregação cautelar, logo, para o encarceramento preventivo há que existir decreto judicial devidamente fundamentado, no qual seja evidente a necessidade da medida.

Esta orientação é ratificada pelas modificações operadas no Código de Processo Penal no que se refere à prisão processual. De acordo com as alterações realizadas pela Lei nº 12.403, de 4.5.2011, em vigor desde 5.7.2011, a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6º, CPP).

Desta forma, restou patente que a prisão preventiva funciona como a *ultima ratio* na proteção da sociedade e do processo, somente sendo decretada quando concretamente demonstrados os requisitos de cautelaridade.

In casu, entretanto, a r. decisão que determinou a prisão do paciente, *data venia*, não trouxe indicação concreta de que sua liberdade ofereça perigo à sociedade, ao

processo ou, ainda, à aplicação da lei penal. Veja-se trecho do r. *decisum*:

"(...) A prisão em flagrante merece ser convertida em prisão preventiva, porquanto além de haver denúncias de tráfico contra o autuado, no sentido de que este iria ao município de Aguaí comprar droga para revender nesta cidade, o custodiado foi surpreendido na praça de pedágio, na condução de uma motocicleta, tendo dispensado na ocasião oito porções de cocaína. Consta, ainda, que no celular do autuado foram encontradas mensagens indicativas da negociação de drogas entre o custodiado e um terceiro, chamado "Polaco", que foi

> mencionado na denúncia como sendo o fornecedor de drogas para o custodiado, o que denota a existência de indícios de envolvimento do autuado no ilícito comércio. III - Diante de tais fatos, tem-se como incompatível a liberdade a quem está envolvido na prática de crime de tráfico, equiparado a hediondo, e que é inegável fonte de outros tipos de criminalidade, havendo gravidade concreta na conduta do autuado, uma vez que as mensagens trocadas entre o custodiado e "Polaco" denotam que já havia negociação de drogas entre eles há tempos, denotando que o autuado já estava envolvido na traficância anteriormente. IV - Ademais, a custódia cautelar do averiguado, além de resguardar a ordem pública, evitando que, em liberdade, venha a tentar se evadir, e prossiga no nefasto comércio, imprime celeridade ao processo, permitindo a rápida instrução processual, bem como enseja também eventual reconhecimento do agente por parte de testemunhas. V - A par de tal fato, a prisão do indiciado também assegura a aplicação da lei penal, pois em caso de eventual condenação, incabível a concessão de benefício liberatório imediato, em razão da pena e do regime prisional cominados para o delito de tráfico.."

Inegável que o crime em questão é grave. Contudo, conforme se constata, não há indicação de um dado concreto sequer apto a justificar a decretação da medida. Somado a isso, deve-se considerar que o paciente é primário, vislumbrando-se, ainda, a possibilidade de, caso condenado, o regime prisional imposto seja o mais brando ou, ainda, a pena privativa de liberdade seja substituída por restritiva de direitos.

Repisa-se: a prisão cautelar se presta a dar segurança ao desenvolvimento e resultado do processo, pouco importando a gravidade em abstrato do delito praticado, insuficiente justificativa para a decretação da segregação preventiva. A prisão é exceção, ao passo que, a liberdade, a regra, assim, manter preso o paciente sem necessário fundamento para tanto extrapola o caráter especial da segregação provisória.

Vale registrar que o Supremo Tribunal Federal tem reprovado decisões que mantêm privação cautelar de liberdade com esteio em motivações genéricas, estritamente amparadas na categoria do crime praticado. Nesse sentido, em lapidar acórdão, registra [1]CELSO DE MELLO (**todos os destaques do original**):

> "***HABEAS CORPUS***" – **PRISÃO EM FLAGRANTE** MANTIDA PELA DECISÃO DE PRONÚNCIA – **FALTA** DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO – **CARÁTER EXTRAORDINÁRIO** DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – **UTILIZAÇÃO**, PELO MAGISTRADO, **NO INDEFERIMENTO** DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, **DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS** COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SITUAÇÃO **DE INJUSTO** CONSTRANGIMENTO

1 STF – HC nº 98.821-CE – Rel. Min. CELSO DE MELLO, participando os Srs. Min. CEZAR PELUSO, Presidente, e EROS GRAU – 2ª T. – v.u. – j. 09.03.2010 – publ. *in DJe* 067, de 15.04.2010 – inserto *in Ementário* nº 02397-03/1014.

Acesso ao Sumário

CONFIGURADA – **IRRELEVÂNCIA**, **PARA EFEITO** DE CONTROLE DA LEGALIDADE DE DECISÃO **QUE MANTÉM** A PRISÃO CAUTELAR, **DE EVENTUAL** *REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO* **ACRESCIDO** PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES – **PRECEDENTES** – **PEDIDO DEFERIDO**.

A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL.

- **A privação cautelar** da liberdade individual **reveste-se** de caráter excepcional, **somente devendo ser decretada ou mantida** em situações **de absoluta** necessidade.

A prisão cautelar, **para legitimar-se** em face de nosso sistema jurídico, **impõe** – **além da satisfação dos pressupostos** a que se refere o art. 312 do CPP (**prova** da existência material do crime **e presença** de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, **com fundamento em base empírica idônea**, razões justificadoras da **imprescindibilidade** dessa **extraordinária** medida cautelar de privação da liberdade do indiciado **ou** do réu.

- **A questão da decretabilidade ou manutenção** da prisão cautelar. **Possibilidade excepcional**, **desde que satisfeitos** os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. **Necessidade da verificação concreta**, em cada caso, **da imprescindibilidade** da adoção **dessa medida extraordinária. Precedentes.**

A MANUTENÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE – ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR – NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU.

- **A prisão cautelar não pode – e não deve – ser utilizada**, pelo Poder Público, como instrumento **de punição antecipada** daquele a quem se imputou a prática do delito, **pois**, no sistema jurídico brasileiro, **fundado** em bases democráticas, **prevalece** o princípio da liberdade, **incompatível** com punições **sem** processo **e inconciliável** com condenações **sem** defesa prévia.

- **A prisão cautelar** - **que não deve** ser confundida com a prisão penal - **não objetiva** infligir punição àquele que sofre a sua decretação, **mas destina-se**, considerada **a função cautelar** que lhe é inerente, **a atuar em benefício** da atividade estatal desenvolvida **no processo penal.**

A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIS.

- A **mera** suposição, **fundada** em simples conjecturas, **não pode** autorizar **a decretação** da prisão cautelar **de qualquer** pessoa.

- **A decisão** que ordena a privação **cautelar** da liberdade **não se legitima quando desacompanhada** de fatos concretos **que lhe justifiquem** a necessidade, **não podendo apoiar-se**, por isso mesmo, na avaliação **puramente** subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada **ou** processada, **se** em liberdade, **poderá** delinqüir, **ou interferir** na instrução

Acesso ao Sumário

probatória, **ou evadir-se** do distrito da culpa, **ou**, então, **prevalecer-se** de sua particular condição social, funcional **ou** econômico-financeira.

- **Presunções arbitrárias**, construídas **a partir** de juízos **meramente** conjecturais, **porque** formuladas **à margem** do sistema jurídico, **não podem prevalecer** sobre o princípio da liberdade, **cuja precedência constitucional** lhe confere posição eminente no domínio do processo penal.

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE MANTER-SE A PRISÃO EM FLAGRANTE DO PACIENTE.

- **Sem** que se caracterize situação **de real** necessidade, **não se legitima** a privação cautelar da liberdade individual do indiciado **ou** do réu. **Ausentes** razões de necessidade, **revela-se incabível**, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão cautelar.

INADMISSIBILIDADE DO REFORÇO DE FUNDAMENTAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES, DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR.

- **A legalidade** da decisão **que decreta** a prisão cautelar **ou que denega** liberdade provisória **deverá** ser aferida **em função** dos fundamentos que lhe dão suporte, **e não** em face **de eventual** reforço **advindo** dos julgamentos emanados das instâncias judiciárias superiores. **Precedentes.**

- **A motivação há de ser** própria, inerente **e** contemporânea à decisão **que decreta** (**ou que mantém**) o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, **pois** a ausência **ou** a deficiência de fundamentação **não podem** ser supridas "*a posteriori*".

A fundamentação idônea, portanto, é requisito de validade para o decreto da prisão preventiva, não cabendo ao magistrado se motivar de subsídios inconsistentes para o indeferimento de benefícios.

O processo penal não pode jamais antecipar as consequências da apuração de uma responsabilidade penal, sob pena de fazer prevalecer ***ad aeternum*** um erro decorrente de decisão judicial inidônea.

A liberdade provisória é corolário do princípio da presunção da inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

É que, tratando-se como se culpado fosse o acusado que ainda não sofrera condenação penal irrecorrível, presume-se, em vez da sua inocência, a sua culpabilidade, e, caso venha a ser absolvido ***a posteriori***, jamais poderá o Estado devolvê-lo a liberdade que perdeu em decorrência da decretação de prisão cautelar.

Por tudo isso, impossível, a pretexto de garantir a ordem pública, cercear direitos fundamentais sob motivações que se valem de presunções arbitrárias, sendo de rigor, pois, a concessão da liberdade provisória à paciente.

Acesso ao Sumário

Neste diapasão, nos termos do art. 321 c.c. o art. 350, ambos do CPP, defere- se a liberdade provisória, **mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais.**

Atento, ainda, às condições do caso (tráfico de drogas), e presentes os requisitos do art. 282, I e II, do CPP, afigura-se necessária, a adoção das seguintes medidas cautelares: **proibição de se ausentar da comarca, mantendo-se atualizado seu enderenço; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; e comparecimento periódico em juízo**. Tais determinações lhe permitirão o normal exercício de suas atividades profissionais e familiares.

3. Pelo exposto, concede-se a ordem para deferir a liberdade provisória, mediante termo de comparecimento e imposição de medidas cautelares (art. 319, I, IV e V, do CPP) a Thiago Rodrigues Ferreira.

Expeça-se alvará de soltura clausulado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2025688-66.2019.8.26.0000, da Comarca de Ituverava, em que é paciente EDER MATHEUS DE PAULA e impetrante CLAUDIO REIMBERG, é impetrado MMJD DA 1ª VARA CRIMINAL DE ITUVERAVA.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Denegaram a ordem. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 13.641)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente) e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 14 de março de 2019.

SILMAR FERNANDES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *HABEAS CORPUS* – Estelionato – Revogação de prisão preventiva – Descabimento – Decisão que manteve a segregação preventiva devidamente fundamentada – Existência de prova do crime e indícios suficientes de autoria – Necessidade da excepcional constrição cautelar, no caso concreto, para garantia da ordem pública – Risco de reiteração delitiva – Maus antecedentes – Circunstâncias da prisão que justificam a prisão cautelar – Medidas cautelares do artigo 319 do CPP que se mostram

insuficientes a garantir a ordem pública e a instrução criminal – Constrangimento ilegal não evidenciado – ORDEM DENEGADA.

VOTO

1. Trata-se de "*habeas corpus*" com pedido de liminar impetrado pelo advogado Claudio Reimberg em favor de Éder Matheus de Paula, contra ato praticado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ituverava, em que alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal nos autos 011267-14.2017.8.26.0050.

Esclarece que o paciente está sendo denunciado pela suposta prática delitiva capitulada no artigo 171, "caput", do Código Penal. Relata que foi decretada a prisão preventiva do paciente sem justificativa idônea. Aduz que o paciente é primário, possui residência fixa e ocupação lícita. Por fim, alega que não estão presentes os requisitos necessários para a manutenção da custódia cautelar.

Diante disto, o impetrante pugna pela revogação da prisão preventiva ou pela concessão da liberdade provisória em favor do paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura em seu favor. Juntou documentos.

Indeferida a liminar (fls. 46/48), e dispensadas as informações da autoridade coatora, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 52/54).

É o relatório.

2. Em que pese o entendimento do douto Procurador de Justiça oficiante, a ordem deve ser denegada.

Segundo documentos acostados aos autos, o paciente obteve vantagem ilícita, em prejuízo alheio, mantendo a vítima Maria Izabel de Oliveira em erro, mediante meio fraudulento.

Conforme apurado, o acusado, valendo-se de *site* (Endereço eletrônico constante do texto original) providenciou a abertura da empresa "Needs Eletroshop" para vendas de produtos eletrônicos. A vítima efetuou a compra de uma geladeira, pela qual pagou a quantia de R$ 1.113,12 por meio de pagamento de boleto para conta corrente de titularidade de EM de Paula – ME, empresa pertencente ao paciente, sendo que o produto adquirido jamais foi entregue.

Após representação do Ministério Público, a prisão preventiva foi decretada aos 28 de junho de 2018.

De rigor destacar que a prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse sentido, julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal: "*Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que a*

Acesso ao Sumário

prisão cautelar não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, conclusão essa que decorre da conjugação dos incisos LVII, LXI e LXVI, do art. 5º da CF. Habeas corpus indeferido" (1ª Turma – j. 26.04.94 – Rel. Moreira Alves – RT 159/213).

Passo outro, registro que o decreto prisional não deve ser minucioso; basta estar fulcrado em elementos concretos da conduta do agente, até porque é "*...sobejamente sabido que na fase processual em apreço cabe que o magistrado se mantenha relativamente sucinto, reservando considerações extensas e aprofundadas para o momento do julgamento do feito...*" (TJ-SP – HC n° 2133717-55.2015.8.26.0000, Relator Des. De Paula Santos, Data de Julgamento: 13/08/2015, 13ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 18/08/2015).

Estabelecidos tais pontos, de rigor enfatizar que eventuais condições favoráveis, *de per si*, – não comprovados, aliás – não afastam a necessidade da análise dos quesitos autorizadores da excepcional custódia cautelar. Ao revés, presente o risco de reiteração delitiva, pois se trata de acusado que possui vasta lista de antecedentes pela mesma prática delitiva (fls. 148/159); ademais, conforme bem asseverou o d. Magistrado de piso, "*É do conhecimento deste Juízo a existência de inúmeras outras vítimas, em inquéritos que são objeto de investigação em procedimentos apartados, todos instaurados em razão da prática de crimes semelhantes ao aqui apurado, conforme se verifica pelos processos de n.º 000996-51.2016.8.26.0288, n.º0002967-72.2017.8.26.0050, n.º0089849-71.2016.8.26.0050, n.º0091278-73.2016.8.26.0050, n.º0090651-69.2016.8.26.0050, n.º0027214-20.2017.8.26.0050, n.º0038098-11.2017.8.26.0050, n.º0027213-35.2017.8.26.0050, n.º0008098-28.2017.8.26.0050, n.º0002966-87.2017.8.26.0050, n.º0090654-24.2016.8.26.0050. O denunciado cometeu crimes de estelionato contra 26 (vinte e seis) vítimas. O acusado responde por vários outros processos e auferiu lucros sempre em prejuízo das pessoas por todo território nacional, o que leva à conclusão de que solto, continuará a delinquir e a lesar as pessoas de bem, o que causa evidente risco à ordem pública*" (fls. 83 dos autos originários).

Assim, não se olvide que "*na hipótese dos autos, presentes elementos concretos a justificar a imposição da segregação antecipada em relação ao primeiro recorrente. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a sua maior periculosidade, evidenciada pela reiteração criminosa, tendo em vista que ostenta outras passagens pela polícia. Impende consignar, por oportuno, que, conforme orientação jurisprudencial desta Corte, inquéritos e ações penais em curso também constituem elementos capazes de demonstrar o risco concreto de reiteração delituosa, justificando a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública*" (STJ, RHC, 70832/MG, Relator Joel Ilan Paciornik, Dje 01.08.2016, grifou-se).

Acesso ao Sumário

E, ainda, sobre o tema, "*lembre-se que para fins processuais, vale dizer, cautelares, o magistrado deve focar os antecedentes de modo geral*" (*in* Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, 15. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense: 2016).

E, *in casu*, ainda que se trate de crime sem violência ou grave ameaça, estão presentes os pressupostos necessários para a manutenção da custódia cautelar, máxime em razão dos antecedentes do acusado.

Destarte, a prisão se mostra imprescindível para a garantia da ordem pública e futura aplicação da lei penal, eis que as circunstâncias objetivas da conduta do paciente bem justificam, ao menos por ora, a manutenção no cárcere durante a instrução criminal.

Ainda em decorrência das mencionadas peculiaridades do caso em concreto, as medidas alternativas à segregação cautelar, previstas nos artigos 319 e 320 do Diploma Processual Penal, ou, ainda, a concessão de prisão domiciliar (art. 318, V, do CPP) tão pouco se mostram aconselháveis – eis que, como supra fundamentado, a garantia da ordem pública e a necessidade de garantir a futura aplicação da lei penal tornaram imperiosa a manutenção do paciente no cárcere.

Não se evidenciou, pois, o acenado constrangimento ilegal.

3. Ante o exposto, **DENEGO A ORDEM**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0001180-90.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é paciente M.L.G.J. e impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Denegaram a ordem. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 18.980)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SÉRGIO COELHO (Presidente sem voto), SILMAR FERNANDES e ANDRADE SAMPAIO.

São Paulo, 22 de março de 2019.

AMARO THOMÉ, Relator

Ementa: *HABEAS CORPUS – WRIT* IMPETRADO CONTRA ATO DO JUÍZO PLANTONISTA QUE DETERMINOU A SUSTAÇÃO CAUTELAR DO

Acesso ao Sumário

REGIME SEMIABERTO ANTE A NOTÍCIA DA PRÁTICA DE DELITO DOLOSO NO CURSO DE SAÍDA TEMPORÁRIA – INCOMPETÊNCIA – INOCORRÊNCIA – O JUÍZO PLANTONISTA TEM COMPETÊNCIA PARA A DETERMINAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES URGENTES DE NATUREZA CRIMINAL, SEJAM ELAS INCIDENTES EM SEDE DE CONHECIMENTO OU DE EXECUÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INCISO XXXV, E ART. 93, INCISO XII, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 1º, *F*, DA RESOLUÇÃO N° 71, DO COL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; ART. 1º, ALÍNEA *D*, PARTE FINAL, DO PROVIMENTO N° 579/97, E ART. 1.128, INCISO IV, PARTE FINAL, DO PROVIMENTO N° 30/2.013, AMBOS DA CORREGEDORIA-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – DECISÃO MANTIDA – ORDEM DENEGADA.

VOTO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado por MARIA TERESA BASTIA VICHI, em favor de M.L.G.J., com pedido liminar, apontando-se como autoridade coatora o Juízo de Direito do Plantão Judiciário da Comarca da Capital (autos nº 1505364-44.2018.8.26.0228) que teria decretado a prisão preventiva dos pacientes sem o devido amparo legal.

Consta dos autos que:

"No dia 29/12/2018 o paciente foi preso em flagrante na Capital pela suposta prática de crime de furto qualificado.

Na mesma data, durante a audiência de custódia, foi concedida liberdade provisória em favor do paciente mediante o pagamento de fiança no valor de R$ 500,00 (quinhentos reais) [...].

No dia 30/12/2018, a Defensoria Pública juntou nos autos o comprovante do pagamento de fiança e requereu a expedição do correspondente alvará de soltura em favor do paciente M.. No mesmo dia, conforme ato ordinatório de fls. 101, foi expedido alvará de soltura em favor de M. [...].

Ocorre que mesmo com o pagamento da fiança em favor de M.L. e da expedição do alvará de soltura em favor [do paciente] *em* [30/12/2018], *até o momento o paciente permanece preso.*

Isso porque o paciente estava cumprimento pena em regime semiaberto

e, por tal razão, o Diretor Técnico III, do Centro de Detenção Provisória de Pinheiros IV consultou à Juíza de como proceder e, na data de hoje [02/01/2019]*, não agindo com o costumeiro acerto, a MMª Juíza Plantonista* [...]*, com base no poder geral de cautela, sustou cautelarmente o regime semiaberto deferido nos autos de execução e, consequentemente, expediu-se mandado de prisão contra o paciente, determinando a comunicação à Vara das Execuções Competente".*

Resumidamente, o *habeas corpus* é impetrado sob alegação de nulidade da r. decisão de sustação cautelar do regime semiaberto, supostamente lavrada por Juízo absolutamente incompetente.

Requer, nestes termos, a cassação da r. decisão, e, por conseguinte, o restabelecimento da concessão de liberdade provisória condicionada ao recolhimento de fiança, providência essa já observada pelo paciente.

O pedido liminar foi **indeferido** em sede de Plantão Judiciário de Segundo Grau, nos termos da r. decisão de fls. 77/801, ratificada a fls. 83/86.

Prestadas as informações pela douta autoridade indicada como coatora a fls. 95/96.

Parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça a fls. 103/115, manifestando-se pela **denegação** da ordem.

É o relatório.

Consta dos autos que ao paciente se imputa a prática, em tese, do crime tipificado no art. 155, §4°, incisos I e IV, e art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (fl. 06v e fl. 111), sendo-lhe assegurado o direito de acompanhar a instrução do feito em liberdade, mediante o recolhimento de fiança, a qual foi recolhida, conforme demonstra o documento de fl. 56.

Contudo, e conforme disposto na r. decisão de fls. 71/71v, não houve a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, vez que a Douta Autoridade indicada como coatora, na qualidade de Juízo Plantonista, sustou cautelarmente o regime semiaberto em que o paciente se encontrava à época de sua prisão em flagrante, com fundamento em seu poder geral de cautela.

Inconformado, insurge-se o impetrante ao argumento da incompetência do Juízo Plantonista para a sustação cautelar de regime, matéria que estaria afeta, com exclusividade, ao Juízo das Execuções Penais.

A insurgência não prospera.

No plano infraconstitucional, coexistem na ordem jurídica disposições que distribuem a competência entre os órgãos jurisdicionais e, ainda, regulamentam o exercício da função jurisdicional.

Com efeito, dispõe o art. 66, da Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1.984, sobre a competência material do Juízo das Execuções Criminais nos seguintes

Acesso ao Sumário

termos:

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

II - declarar extinta a punibilidade;

III - decidir sobre:

a) soma ou unificação de penas;

b) progressão ou regressão nos regimes;

c) detração e remição da pena;

d) suspensão condicional da pena;

e) livramento condicional;

f) incidentes da execução.

IV - autorizar saídas temporárias;

V - determinar:

a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;

b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade;

c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos;

d) a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

e) a revogação da medida de segurança;

f) a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;

g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca;

h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei.

i) (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010).

VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;

IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade.

X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir.

Paralelamente, dispõe o art. 220, do Código de Processo Civil, com

Acesso ao Sumário

aplicação na seara processual penal, sobre a suspensão do curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

O recesso forense visa assegurar aos Advogados, em especial aos profissionais que atuam individualmente ou em pequenos escritórios, condições à fruição repouso anual do exercício de suas atividades, de forma análoga ao que a Constituição da República assegurou aos trabalhadores e agentes públicos em geral, em seu art. 7°, inciso XVII e art. 39, §3°, tutelando, assim, condições mínimas de saúde e medicina do trabalho a esta categoria profissional.

Da análise açodada dos dispositivos infraconstitucionais em comento, poder-se-ia concluir que no período de recesso ou sem expediente forense haveria a paralisação da atividade jurisdicional em sede de execução penal, vez que, ao passo em que há a fixação da competência material – e portanto absoluta – do Juízo das Execuções Penais, igualmente estão previstas em Lei datas nas quais a tramitação dos procedimentos judiciais será suspensa.

Tal conclusão, contudo, não encontra respaldo na ordem jurídica.

Isso porque, a "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República).

O dispositivo constitucional em comento consagra no arcabouço fundante da ordem jurídica pátria o princípio da inafastabilidade da jurisdição, de sorte a assegurar aos jurisdicionados a tutela do bem da vida ou o apreço de correlatas pretensões, sendo tal garantia oponível até mesmo ao próprio Poder Constituinte derivado reformador e, por óbvio, ao Poder Legislativo.

Enquanto serviço público essencial e típico de Estado, a jurisdição se submete ao princípio da continuidade.

E, sobre o tema, dispôs a Constituição da República que "*a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente*" (art. 93, inciso XII).

Visando regulamentar a disposição em comento, o Col. Conselho Nacional de Justiça, no exercício de seu poder normativo, editou a Resolução n° 71, de 31 de março de 2.009 dispondo que:

> **Art. 1º.** *O Plantão Judiciário, em primeiro e segundo graus de jurisdição, conforme a previsão regimental dos respectivos tribunais ou juízos destina-se exclusivamente ao exame das seguintes matérias* [...]:
>
> f) *medida cautelar, de natureza cível ou criminal, que não possa ser realizado no horário normal de expediente ou de caso em que da demora possa resultar risco de grave prejuízo ou de difícil reparação.*

No mesmo sentido dispõe o art. 1º, alíena *d,* parte final, do Provimento n°

Acesso ao Sumário

579/97 e art. 1.128, inciso IV, parte final, do Provimento n° 30/2.013, ambos da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Dos atos normativos primários e secundários em comento, extrai-se estar inserto no rol de competências do Juízo do Plantão Judiciário a decretação de medidas cautelares de natureza criminal, sejam elas incidentes em fase cognitiva ou executória, razão pela qual a r. decisão vergastada não se encontra eivada de vício de nulidade, em virtude da arguida incompetência.

Ademais, sem embargo do reconhecimento da constitucionalidade da organização da atividade jurisdicional pela fixação de regras de competência, é certo que tais disposições devem ser interpretadas em conformidade com a própria ontologia da Jurisdição, que é una.

Evidentemente a medida cautelar ora impugnada poderá ser revista ou confirmada, ainda que tacitamente, pelo Juízo das Execuções Criminais, tudo de forma a compatibilizar e atribuir máxima eficácia ao princípio do Juiz Natural, com a continuidade do serviço público e inafastabilidade da atividade Jurisdicional.

Assim, à míngua de qualquer ilegalidade ou teratologia a ser coibida, há que se manter integralmente a r. decisão vergastada.

Ante o exposto, DENEGO a ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 2032568-74.2019.8.26.0000, da Comarca de Hortolândia, em que é paciente E.C.R. e é impetrante L.O.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: DENEGARAM A ORDEM. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.627)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DAMIÃO COGAN (Presidente) e TRISTÃO RIBEIRO.

São Paulo, 28 de março de 2019.

JUVENAL DUARTE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: *Habeas Corpus* – Ameaça, violação de domicílio, dano e descumprimento de medidas protetivas de urgência – Crimes perpetrados na seara doméstica – Prisão preventiva decorrente do

descumprimento de medidas protetivas de urgência – Pleito de liberdade provisória, indeferido – Impossibilidade de concessão da ordem – Decisões que estão motivadas e atendem às exigências legais (CF, arts. 5º, LXI, e 93, IX; CPP, arts. 283, *caput* e 315) – Circunstâncias do caso concreto que evidenciam a presença dos requisitos da custódia cautelar (art. 312, *caput*, do mesmo codex) e recomendam a manutenção do encarceramento processual – Paciente que, por não se conformar com o fim do relacionamento amoroso, passou a ameaçar de morte a ex-companheira – Invadiu a casa da vítima por diversas vezes e danificou seu imóvel - Depois de ter sido beneficiado com a liberdade provisória, tornou a importuná-la e intimidá-la, descumprindo, inclusive, determinação judicial de afastamento – Aspectos que demonstram periculosidade social acentuada e menoscabo com a Justiça – Medidas cautelares alternativas (CPP, art. 319) que se revelam inadequadas e insuficientes, *in casu* – Penas e regime – Matérias que demandam exame aprofundado e valorativo de fatos e provas, inviável nesta estreita via – Constrangimento ilegal não verificado – Ordem denegada.

VOTO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em prol de E.C.R., preso (provisoriamente) desde 30.1.2019, em razão de suposta prática de crimes de ameaça, violação de domicílio, dano (CP, arts. 147, 150 e 163) e descumprimento de medidas protetivas de urgência (Lei nº 11.340/2006, art. 24-A).

Aduz o i. impetrante, em síntese, que o constrangimento ilegal decorre de decisões desprovidas de fundamentação idônea porque, nada obstante a ausência dos pressupostos inerentes à constrição cautelar e os predicados que o paciente ostenta, a primeira, decretou-lhe a prisão preventiva e, a segunda, indeferiu o pleito de concessão de liberdade provisória, olvidando-se o e. juízo *a quo* que ele (...) *nunca agrediu a vítima fisicamente, a deixar entender que poderia cometer qualquer atrocidade* (*sic*), bem assim que, por ocasião dos fatos, (...) *estava sob efeito de droga* (*sic*), a despontar que (...) *agiu em momento de emoção, pelo rompimento do relacionamento* (*sic*).

Acesso ao Sumário

Sustenta, ainda, a desproporcionalidade da medida extrema, mesmo

porque, se for condenado, o paciente fará jus ao regime aberto e à substituição da carcerária por restritivas de direitos.

Requer, pois, a revogação da prisão processual, ainda que condicionada à imposição de medidas cautelares alternativas (CPP, art. 319), com a consequente expedição de alvará de soltura.

Indeferido o pleito de liminar e juntadas aos autos as informações requisitadas, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pela denegação do *writ.*

É, em resumo, o relatório.

De início, cumpre destacar que as rr. *decisum* ora hostilizadas, ao reverso do que se sustenta, atendem à exigência prevista nos artigos 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição Federal, e 283, *caput*, e 315, do Código de Processo Penal, pois, como se adiantou por ocasião do indeferimento do pedido de liminar, nelas se ressaltou, expressamente, a presença dos requisitos inerentes à segregação cautelar do paciente, evidenciados, não se pode negar, diante da gravidade do caso concreto, merecendo destaque aquela proferida quando da decretação de sua prisão preventiva, *verbis*:

(...)

Vistos.

Trata-se de requerimento de medidas protetivas, previstas no art. 22 da Lei 11.340/06, sob o fundamento de que a requerente vivencia situação de violência domiciliar. O Ministério Público manifestou-se pela decretação da prisão preventiva do averiguado. É o relatório.

Decido.

1 - Há indícios suficientes de autoria, consubstanciados no depoimento da vítima.

A materialidade do delito, por sua vez, está estampada no boletim de ocorrência e demais depoimentos constantes nos autos.

O crime do qual está sendo o autuado acusado é grave e doloso. Ressalto aqui que o suposto crime possui contornos concretos de gravidade, pois, segundo a autoridade policial, o ***autuado teria quebrado janelas e vidros, invadido a residência da vítima a sua procura na intenção de causar-lhe mal injusto. Não bastasse, é de se ver que o acusado foi preso em flagrante no último dia 28, agraciado com a liberdade provisória em audiência de custódia, em que como condição à sua liberdade foram determinadas medidas protetivas de urgência, previstas na Lei 11.340/06. Devidamente intimado no ato, o averiguado ignorou a decisão judicial. A prisão se justifica como forma de garantir a ordem pública, cujo conceito abriga o risco de reiteração criminosa, que no caso é evidente, e também para preservar a incolumidade física e a vida da vítima, na medida em que, solto, o acusado poderá intimidá-la.***

Assim, e não sendo suficiente a imposição de medidas cautelares

diversas da prisão, DECRETO a PRISÃO PREVENTIVA de E.C.R., expedindo-se mandado de prisão.

(...) – *sic*, fls. 41, sem o destaque no original.

E, de fato, do teor dos documentos que instruíram a inicial, dessume-se que o paciente, por não se conformar com o fim do relacionamento amoroso, passou a ameaçar a ex-companheira, prometendo ceifar sua vida e a de seu animal de estimação (cachorro), bem assim, (...) *atear fogo* (*sic*) na casa dela.

E, nesse contexto, aos **26.1.2019**, ele rumou para a moradia dela e danificou o portão do imóvel (...) *com uma ré dada com seu veículo* (*sic*, cf. boletim de ocorrência a fls. 21/23).

Não bastasse, em **27.1.2019**, o paciente tornou a importunar a vítima porque, durante a madrugada, adentrou em sua casa, subtraiu-lhe o animal de estimação e a comunicou que somente o devolveria se (...) *retirasse o carro do mesmo que foi apreendido pela polícia militar devido à ocorrência registrada e que a vítima deveria ir ao encontro do mesmo* (*sic*, fls. 24/25).

Nessa mesma data, ele foi preso em flagrante, após ter sido surpreendido por guardas civis municipais (...) *dentro do forro* (sic) da casa da ex-companheira.

E, depois de ter sido beneficiado com a concessão de liberdade provisória, quando da realização de audiência de custódia, ele - novamente - se dirigiu ao imóvel da ofendida (aos 29.1.2019), ocasião em que, a par de descumprir a determinação judicial que lhe impôs o dever de se manter afastado (medidas protetivas de urgência), ainda danificou as janelas e vidros da residência, anunciado que a procurava (...) *para cumprir a promessa que havia feito de matá-la* (*sic*).

Diante disso e do que mais dos autos consta, não há se falar em concessão de liberdade provisória, pois a manutenção do encarceramento cautelar, *in casu*, emerge imprescindível, especialmente, para se resguardar a ordem pública e por conveniência da instrução criminal (CPP, art. 312), não podendo dar lugar a nenhuma das medidas alternativas à prisão, as quais, na hipótese, se revelam totalmente insuficientes e inadequadas, mormente diante da patente necessidade de se resguardar a vida e integridade física da ofendida, bem assim assegurar o cumprimento das medidas protetivas que foram estabelecidas em seu benefício, pois, como visto, o paciente insiste em procurá-la com o escopo de intimidá-la e impor sua vontade, panorama que evidencia seu menoscabo com a Justiça e inequívoca periculosidade social.

E, como bem destacou a e. Procuradora de Justiça VALDEREZ DEUSDEDIT ABBUD, cujo judicioso parecer merece destaque e também se adota como razão de decidir, (...) *no presente caso, o diagnóstico de periculosidade é razoável e encontra eco nos autos. Afinal, além das sucessivas ameaças de morte, o paciente por quatro vezes, no mesmo mês, invadiu a residência da ex-*

Acesso ao Sumário

mulher, uma delas indiferente às condições que lhe foram impostas por ocasião de sua liberdade provisória. Trata-se, claramente, de episódio caracterizado pela ousadia de seu protagonista e que permite considerar perigoso à ordem pública quem, como o paciente, é fervoroso praticante de violência doméstica contra mulher e, ainda, negligente quanto às decisões judiciais (*sic*).

Nesse sentido, aliás, confira-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. VIAS DE FATO. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS ANTERIORMENTE IMPOSTAS. REITERAÇÃO DELITIVA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PACIENTE FORAGIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, a justificativa da prisão cautelar imposta, em razão da necessidade de acautelamento da ordem pública, notadamente se considerada a periculosidade do paciente, evidenciada pela conduta em tese praticada, consistente em ameaças de morte contra sua ex-companheira, somado ao fato de ter descumprido as medidas protetivas anteriormente impostas, com reiteração de ameaças, a revelar a indispensabilidade da segregação cautelar, também, em virtude do fundado receio de reiteração delitiva. (Precedentes)* - STJ, *HC* 450693/SP, Quinta Turma, rel. Min. FELIX FISCHER, j. em 19.6.2018).

Ressalte-se, por fim, que o *habeas corpus*, sabidamente, não constitui a via adequada para o enfrentamento de questões que demandam o exame aprofundado e valorativo de fatos e provas, sem desconsiderar que nada há nos autos que corrobore o infundado e prematuro prognóstico sugerido pelo i. impetrante com relação às penas e ao regime prisional que serão impostos ao paciente, se ele for condenado (em decorrência do cometimento de quatro delitos distintos, frise-se), razão pela qual não há se falar em desproporcionalidade, no particular.

Nesse contexto, a denegação da ordem é imperativa porque, definitivamente, não se verifica a presença, na espécie, da suposta coação ilegal aventada na inicial.

Por tais razões, DENEGA-SE A ORDEM.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2034619-58.2019.8.26.0000, da Comarca de São João da Boa Vista, em que é paciente ALMIR DONIZETI VALIM JÚNIOR e impetrante JOCELITO CUSTODIO ZANELI.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: por votação unânime, convalidada a liminar, concederam a ordem para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares, previstas no artigo 319, I e IV, do Código de Processo Penal: comparecimento a todos os atos do processo, devendo o paciente Almir Donizeti Valim Júnior informar as atividades de trabalho e proibição de ausentar-se da Comarca, de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.731)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), PAULO ROSSI e AMABLE LOPEZ SOTO.

São Paulo, 29 de março de 2019.

ANGÉLICA DE ALMEIDA, Relatora

Ementa: *Habeas Corpus*. Liminar. Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. Fundamentação insuficiente. Ausência dos requisitos legais. Desproporcionalidade. Revogação.

– Paciente jovem, primário, estudante, com residência certa. Adequada e suficiente, tendo em vista a necessidade de preservação de certa cautelaridade, a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas do encarceramento. Considerado o princípio da proporcionalidade, a custódia provisória deve ser diretamente proporcional à eventual sanção penal. Ordem concedida para, convalidada a liminar, substituir a prisão preventiva pelas medidas cautelares previstas no artigo 319, I e IV, do Código de Processo Penal.

Acesso ao Sumário

VOTO

O ilustre advogado Jocelito Custódio Zaneli, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o(ª) MM(ª) Juiz(ª) da Vara Criminal da Comarca de São João da Boa Vista, impetra o presente *habeas corpus*, em favor

de *Almir Donizeti Valim Júnior*, visando a revogação da prisão preventiva, medida decretada por decisão, que carece da devida motivação, não podendo argumentos genéricos e a gravidade abstrata do delito dar fundamento à medida extrema. Alega que o paciente, jovem menor de vinte e um anos de idade, primário, sem antecedentes criminais, possui residência fixa e trabalho lícito, mostrando-se desnecessária a prisão cautelar, mesmo porque, não prevalece o disposto no artigo 44, da Lei 11.343/06. Sustenta que, ainda que condenado, o paciente fará jus à redução da pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e regime prisional aberto (fls. 1/16). Acompanham os documentos de fls. 17/35.

Concedida a liminar, a autoridade judicial impetrada prestou informações (fls. 43/44), acompanhadas da documentação de fls. 45/55.

A d. Procuradoria Geral de Justiça, cassada a liminar, opina pela denegação da ordem (fls. 58/60).

É o relatório.

O paciente *Almir Donizeti Valim Júnior*, autuado em flagrante delito, em 30 de janeiro de 2019, foi denunciado como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06, porquanto, por volta de 17h45min, em via pública situada em São João da Boa Vista - SP, teria trazido consigo para entrega a terceiros 1,7g de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, e vendido 0,2g de crack.

Levada a efeito audiência de custódia, em 31 de janeiro de 2019, a prisão em flagrante do paciente foi convertida em prisão preventiva. Oferecida denúncia, em 6 de fevereiro de 2019, recebida, em 13 de fevereiro de 2019, aguarda-se a citação do paciente e a apresentação da defesa preliminar. Decisão liminar, exarada por esta relatora, aos 21 de fevereiro de 2019, em caráter cautelar, substituiu a prisão preventiva por medidas cautelares, obrigando-se o paciente ao comparecimento pessoal a todos os atos do processo, permanecer no distrito da culpa, do qual não poderá se ausentar sem prévia autorização judicial e informar a atividade de trabalho.

Acesso ao Sumário

Jovem, com dezenove anos de idade, estudante, primário, o paciente não ostenta antecedentes criminais, possui residência fixa, no distrito da culpa, e exerce atividade lícita, como servente de pedreiro (fls. 23/32).

Assim, tendo em vista a natureza do delito imputado a revelar a necessidade da preservação de certa cautelaridade, mostra-se adequado e suficiente para resguardar o regular desenvolvimento do processo e assegurar a aplicação da lei penal a substituição da prisão antecipada por medidas cautelares diversas do encarceramento.

As medidas cautelares, introduzidas na sistemática processual penal, trazem um leque de opções para o juiz. Impedem as consequências nefastas da restrição de liberdade desnecessária. Revelando-se providência acautelatória

adequada e necessária, representam alternativa da mais alta relevância, vez que evitam o encarceramento antecipado e, ao mesmo tempo, preservam a regularidade do processo e a aplicação da lei penal.

De outra parte, o princípio da proporcionalidade exige que a custódia provisória seja diretamente proporcional à eventual sanção penal. Há que ser considerada a pena possível a ser aplicada, caso sobrevenha condenação. Sem contar a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime inicial aberto.

Ademais, não pode deixar de ser levado em conta que, em 23 de junho de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* 118.533-MS, por maioria, nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia, concedeu a ordem para afastar a natureza hedionda do crime de tráfico privilegiado de drogas.

Diante do exposto, por votação unânime, convalidada a liminar, concederam a ordem para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares, previstas no artigo 319, I e IV, do Código de Processo Penal: comparecimento a todos os atos do processo, devendo o paciente *Almir Donizeti Valim Júnior* informar as atividades de trabalho e proibição de ausentar-se da Comarca.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2248933-59.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são impetrantes JULIANE ROSALINA BITARÃES e ALINE DE SOUZA LOURENCO, é impetrada MM JUIZ DE DIREITO DA 23ª VARA CRIMINAL DA CAPITAL.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança para cassar a r. decisão ora atacada na parte em que , com fundamento no artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal, aplicou às impetrantes multa de dez salários mínimos. V.U.", de conformidade com o voto da Relatora, que integra este acórdão. **(Voto nº 1.654)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WILLIAN CAMPOS (Presidente) e POÇAS LEITÃO.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 14 de março de 2019.
GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI, Relatora

Ementa: LITISCONSORTE NECESSÁRIO: MINISTÉRIO PÚBLICO MANDADO DE SEGURANÇA. CASSAÇÃO DA DECISÃO QUE IMPÔS MULTA DO ARTIGO 265, *CAPUT*, DO CPP AO IMPETRANTE. Cabimento. Impetrantes que apresentaram justificativa plausível. Segundo entendimento majoritário, a ausência do advogado a um único ato do processo não caracteriza, por si só, abandono da causa. Precedentes. Somente se tem reconhecido a imposição de multa no caso de restar demonstrada a desídia por parte do defensor a caracterizar o abandono, como no caso em que, intimado por duas vezes, deixa de oferecer alegações finais. Precedentes. 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 inércia do defensor em responder à intimação para apresentar contrarrazões não autoriza ao Magistrado aplicá-la de forma automática, sem observância mínima do contraditório e da ampla defesa, mesmo porque, apesar da relevante celeuma em torno do tema, tem-se que "*A apresentação de contrarrazões é uma faculdade da defesa e seu não exercício, quando regularmente intimada para tanto, não gera nulidade no processo*." (STF; HC 94.323, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe 14/5/2010). Multa cominada afastada.

Segurança concedida, para afastar a r. decisão que aplicou multa ao Impetrante por abandono de processo.

VOTO

ALINE DE SOUZA LOURENÇO e JULIANE ROSALINA BITARÃES, advogadas regularmente inscritas nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, impetram o presente mandado de segurança, com pedido de liminar, visando à desconstituição da respeitável decisão da MM.ª JUÍZA DE DIREITO DA 23ª VARA CRIMINAL CENTRAL DA COMARCA DE SÃO

PAULO, que as destituiu do patrocínio dos interesses de seus clientes e aplicou-lhes multa no montante de 10 (dez) salários mínimos, ante o suposto abandono da causa sem comunicação ao Juízo, nos termos do artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal, no processo de nº 0070441-65.2014.8.26.0050, em que funcionaram como defensoras dos réus BRUNO FREITAS DE ARAUJO e LUIZ MAMEDIO DOS SANTOS JÚNIOR.

Requerem, liminarmente, a atribuição de efeito suspensivo à decisão ora atacada e, no mérito, o afastamento da multa aplicada, alegando que não fora oportunizada, antes da aplicação da penalidade, qualquer possibilidade de exercerem o direito de defesa, em ofensa ao contraditório. Relatam que atuaram ativamente na defesa dos acusados, apresentando pedidos de liberdade provisória, resposta à acusação, alegações finais e apelação. Aduzem que a impetrante Juliane encontra-se afastada de suas atividade laborais por problemas de saúde, utilizando-se de medicação controlada, conforme documentação juntada. Sustentam não ter se configurado, *in casu*, o abandono processual, de modo que a multa aplicada não possui justa causa e ocasiona evidente constrangimento ilegal (fls. 1/91).

A liminar foi parcialmente concedida, para suspender a exigibilidade da multa imposta na r. decisão ora atacada até o julgamento em definitivo desta ordem mandamental (fls. 110/112).

Prestadas as informações de praxe pela digna autoridade apontada como coatora (fls. 118/197), a douta Procuradoria Geral de Justiça, em respeitável parecer lançado nos autos, opinou pela denegação da ordem (fls. 200/212).

É o relatório.

Trata-se de mandado de segurança objetivando o afastamento da respeitável decisão que aplicou às impetrantes **ALINE DE SOUZA LOURENÇO** e **JULIANE ROSALINA BITARÃES**, Defensoras Constituídas que patrocinavam os interesses dos réus **BRUNO FREITAS DE ARAUJO** e **LUIZ MAMEDIO DOS SANTOS JÚNIOR**, nos autos da ação penal de nº 0070441-65.2014.8.26.0050, pena de multa de 10 (dez) salários mínimos, ante suas inércias à intimação para apresentação de *contrarrazões de apelação*, nos termos do artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal.

De proêmio, pontua-se 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 à Relatora Ministra Cármen Lúcia, conforme consulta ao andamento processual realizado em 13.02.2019, não tendo havido ainda naquela Suprema Corte qualquer manifestação acerca da validade da norma, que, assim, permanece em vigor.

Acesso ao Sumário

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, não há como se afirmar que as Impetrantes tenham abandonado a causa.

Pelo que consta dos autos, as Impetrantes, advogadas **constituídas** que patrocinavam os interesses dos réus BRUNO FREITAS DE ARAUJO e LUIZ MAMEDIO DOS SANTOS JÚNIOR, nos autos de nº 0070441-65.2014.8.26.0050, regularmente intimadas, deixaram de apresentar contrarrazões recursais ao apelo do Ministério Público, razão pela qual a douta autoridade apontada como coatora, entendendo evidenciado o descaso na defesa do réu, destitui-as do patrocínio dos acusados e aplicou-lhes multa de 10 (dez) salários-mínimos, nos termos do artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal (fls. 76).

E, ainda, conforme se verifica dos autos, as impetrantes postularam a reconsideração da imposição da multa e para tanto apresentaram justificativa plausível e comprovada nos autos. A impetrante Juliana apresentou atestado assinado por médico devidamente registrado e ativo no Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CREMESP, que diagnosticou quadro de transtorno misto ansioso e depressivo (CID 10F41/2) e reação aguda ao estresse (CID 10743 – fls. 85/86), o que, segundo ela, motivou o afastamento do processo e o substabelecimento à advogada Aline, que atuou ativamente na defesa dos acusados, apresentando pedidos de liberdade provisória e resposta à acusação, além de ter acompanhado os patrocinados em audiência (fls. 158) e apresentado alegações finais (fls. 161/162), tendo o LUIZ MAMÉDIO sido absolvido da imputação que lhe fora feita (fls. 32).

Ademais, segundo entendimento majoritário, a ausência do advogado *a um único ato do processo* não caracteriza, por si só, abandono do processo, ainda mais quando devidamente justificada, mesmo que posteriormente, 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. 08.05.2014, DJe 14.05.2014).

Aliás, somente se tem reconhecido a imposição de multa no caso de restar demonstrada *a desídia por parte do defensor ou intenção de prejudicar o constituinte ou a marcha processual*, a caracterizar o abandono, como no caso em que, intimado por duas vezes, deixa de oferecer alegações finais. Nesse sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA. ART. 265 DO CPP. ABANDONO DO PROCESSO NÃO CONFIGURADO. 1. Dispõe o art. 265 do Código de Processo Penal que "o defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicando previamente o juiz, sob pena de multa de 10 a 100 salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis". 2. No caso, assim como concluiu o Ministério Público Federal, deve ser afastada a multa imposta, pois o advogado desatendeu a apenas uma intimação para o oferecimento de alegações finais. E, ao falar nos autos, logo em seguida, demonstrou que a procuração, àquela altura, já havia sido revogada pelo outorgante. Assim, não obstante devesse ter comunicado tal fato ao juízo, não se pode apontar configurado abandono do processo a ponto de justificar a aplicação da multa. 3. Recurso

Acesso ao Sumário

provido. (STJ – Sexta Turma; RMS 56311/RS, Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, j. 16.08.2018, p. 28.08.2018).

E, ainda:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS EM MOMENTO POSTERIOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO DA CAUSA. RECURSO PROVIDO. 1. O abandono ou recusa do advogado (defensor) em atuar em ato específico do processo penal, não se equipara ao abandono do processo de que trata o art. 265 do Código de Processo Penal. Precedentes. 2. Recurso em mandado de segurança provido para afastar a multa aplicada. (STJ – Sexta Turma; RMS 56475/SC, Relator Ministro Nefi Cordeiro, j. 21.08.2018, p. 03.09.2018).

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 inércia do defensor em responder à intimação para apresentar contrarrazões não autoriza ao Magistrado aplicá-la de forma automática, sem observância mínima do contraditório e da ampla defesa, mesmo porque, apesar da relevante celeuma em torno do tema, tem-se que "***A apresentação de contra- razões é uma faculdade da defesa e seu não exercício, quando regularmente intimada para tanto, não gera nulidade no processo***." (STF; HC 94.323, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe 14/5/2010).

Em suma, a omissão que se deu no caso concreto – oferta de contrarrazões de apelação – por si só, não pode ser qualificada como abandono do processo, uma vez que a apresentação de tal peça processual constitui ÔNUS da parte, e não condição para o válido seguimento do processo penal, ainda mais em se tratando de advogado constituído, que faz presumir contato do procurador com o constituinte e pode adotar tal comportamento processual até como estratégia de defesa.

Nesse mesmo sentido:

"Não há falar em nulidade do julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público se a defesa, regularmente intimada para a apresentação de contrarrazões, queda-se inerte. Precedentes." (STF – Segunda Turma; RHC 121889/SP, Relator Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.05.2014, p. 26.05.2014).

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. NOVO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE CONTRARRAZÕES AO RECURSO ESPECIAL. REGULAR INTIMAÇÃO DO DEFENSOR

Acesso ao Sumário

CONSTITUÍDO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. I – A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que é inviável a decretação da nulidade pela ausência de apresentação de contrarrazões ao recurso especial quando a defesa foi regularmente intimada, sem, contudo, manifestar-se no prazo legal. II - In casu, verifica-se que houve a regular intimação da defesa para a apresentação das contrarrazões, porém esta quedou-se inerte (fls. 345-346). Agravo regimental desprovido." (STJ – Quinta Turma; AgRg no REsp 1756401/RN, Relator Ministro Felix Fischer, j. 16.10.2018, p. 22.10.2018).

Vale registrar que, segundo o artigo 601, *caput*, do Código de Processo Penal, *"Findos os prazos para razões, os autos serão remetidos à instância superior,* ***com as razões ou sem elas****, no prazo de 5 (cinco) dias [...]"*, o que também é aplicável ás contrarrazões recursais.

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)

Convém ressaltar, ainda, que, ao contrário do quanto informado pela douta autoridade apontada como coatora, as doutas Impetrantes atuaram na defesa de BRUNO FREITAS DE ARAUJO e LUIZ MAMEDIO DOS SANTOS JÚNIOR, e não em favor do apenado Caíque.

Desta forma, considerando-se que não se caracterizou em espécie o abandono da causa por parte das Impetrantes, a imposição da multa imposta pela Douta autoridade impetrada evidenciou ilegalidade, passível de afastamento por meio deste remédio processual.

Ante o exposto, pelo meu voto, **CONCEDO A SEGURANÇA** para cassar a r. decisão ora atacada na parte em que , com fundamento no artigo 265, *caput*, do Código de Processo Penal, aplicou às impetrantes multa de dez salários mínimos.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Criminal nº 2023731-30.2019.8.26.0000, da Comarca de Ourinhos, em que é impetrante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é impetrado MM. JUIZ (A) DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE OURINHOS.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Concederam a segurança para cassar a r. decisão vergastada e determinar que, na execução da pena de multa imposta, sejam observadas as teses fixadas na ADI 3.150 do Excelso Pretório, confirmando-se a liminar anteriormente deferida. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 45.532)**

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores CAMILO LÉLLIS (Presidente) e EDISON BRANDÃO.

São Paulo, 26 de março de 2019.

EUVALDO CHAIB, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – COBRANÇA DE PENA DE MULTA IMPOSTA POR SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO – LEGITIMIDADE PRIORITÁRIA DO "PARQUET" PARA PROPOR A COBRANÇA – ENTENDIMENTO CONSAGRADO ATRAVÉS DA ADI 3.150 DO EGRÉGIO STF – DECISÃO QUE POSSUI EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA "ERGA OMNES" – REFORMA DO "DECISUM" QUE DETERMINOU A INTIMAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PARA REALIZAR A COBRANÇA DA PENA – OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo representante do Ministério Público, contra ato do Meritíssimo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de OURINHOS, nos autos de Processo nº 13637-56/2003, em que foi determinada a intimação do sentenciado para que efetue o pagamento, em dez

Acesso ao Sumário

dias, da pena de multa imposta, "*sob pena de extração de certidão da sentença para encaminhamento à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, para as providências cabíveis*".

Alega que, após o julgamento da ADI nº 3150 pelo Excelso Pretório, ficou estabelecido que a cobrança da pena de multa imposta e não recolhida pelo apenado no prazo estabelecido deve ser promovida pelo Ministério Público. Sustenta que a competência da Fazenda Pública é subsidiária, dependendo da inércia do *Parquet* por prazo superior a noventa dias. Salienta que aquela decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal tem efeito vinculante e possui eficácia *erga omnes*. Pleiteia, assim, a concessão da segurança para que se confira efeito suspensivo à r. decisão vergastada.

A liminar foi deferida, ficando suspenso o ato que deu motivo ao pedido (fls. 31).

Prestadas as informações pelo r. Juízo impetrado (fls. 37/39), com cópias de peças dos autos respectivos (fls. 40/52), o douto Procurador de Justiça Dr. José Haroldo Martins Segalla, opina pela concessão da ordem (fls. 55/59).

É o relatório.

A ordem deve ser concedida.

A questão relativa à execução da pena de multa imposta em sentença penal condenatória transitada em julgado foi objeto, recentemente, de decisão tomada pelo Excelso Pretório.

Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.150, como se sabe, decidiu-se, consoante súmula do julgamento extraída do sítio eletrônico daquela Egrégia Corte de Justiça, o que segue: "*O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão 'aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição', não exclui a* ***legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal****, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Edson Fachin, que o julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 13.12.2018*." (ênfase adicionada).

A matéria debatida nestes autos foi, portanto, examinada pela Colenda Suprema Corte de Justiça em controle concentrado de constitucionalidade, ocasião em que ficou expressamente decidido que tem, prioritariamente, o Ministério Público a legitimidade para a cobrança da pena de multa imposta na Vara das Execuções Penais. Ficou também assentado que há possibilidade

Acesso ao Sumário

subsidiária de cobrança da multa pela Fazenda Pública, mas somente em caso de inércia do Ministério Público.

Em circunstâncias tais, como tal decisum tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* (artigo 102, § 2º, da Constituição Federal; e artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.882/1999), não pode prosperar a r. decisão vergastada, apesar dela encontrar suporte em normas infraconstitucionais, pois aquela r. decisão da Suprema Corte **tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário**, como expressamente previsto nos dispositivos constitucional e legal acima referidos, ficando, por consequência, também superado o entendimento consagrado na Súmula nº 521 do Egr. Superior Tribunal de Justiça ("*A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública*.").

Nesse sentido, extrato do parecer ofertado pela douta Procuradoria Geral de Justiça: "*O decisum estabelece, portanto, de modo claro, a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa, que há de ser feita perante a Vara de Execução Penal. É bem verdade que o emprego da expressão legitimação prioritária não exclui a possibilidade de cobrança pela Fazenda Pública, de modo subsidiário. Contudo, nota-se que, no caso concreto, o Ministério Público não se quedou inerte, requerendo a intimação do executado para o pagamento da multa, bem como requereu que não fosse encaminhada a certidão à Procuradoria do Estado de São Paulo, caso o sentenciado não efetuasse o pagamento da multa ou não fosse encontrado (fls. 26). Não demonstrou, portanto, desídia que levasse à legitimação extraordinária acima aduzida.*

Outrossim, há que se levar em consideração, igualmente, que a decisão da Corte Suprema se deu em meio a controle concentrado de constitucionalidade, não havendo indicação da modulação de seus efeitos, de modo que há de carregar efeito vinculante e eficácia erga omnes".

Há, assim, clara ofensa a direito líquido e certo a ser reparada pelo presente *mandamus.*

Diante do exposto, pelo meu voto, concede-se a segurança para cassar a r. decisão vergastada e determinar que, na execução da pena de multa imposta, sejam observadas as teses fixadas na ADI 3.150 do Excelso Pretório, confirmando-se a liminar anteriormente deferida.

Acesso ao Sumário

Reclamações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação nº 2227696-66.2018.8.26.0000, da Comarca de Franco da Rocha, em que é reclamante JOSÉ ERENILDO DA SLVA, é reclamado MM(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS DA COMARCA DE FRANCO DA ROCHA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE a reclamação, nos termos acima consignados. V.U., de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 24.659)**

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO (Presidente sem voto), LEME GARCIA e NEWTON NEVES.

São Paulo, 28 de março de 2019.

CAMARGO ARANHA FILHO, Relator

Ementa: RECLAMAÇÃO. Alegação de descumprimento de v. acórdão proferido pela Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça. Ocorrência. Da mesma forma que é vedado considerar resgatada a pena imposta pela prática de delito hediondo em substituição à anterior de natureza diversa, não há que se desconsiderar, para fim de cumprimento do requisito objetivo das penas dos delitos comuns, a reprimenda cumprida previamente ao início da expiação daquela. RECLAMAÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

VOTO

Trata-se de reclamação, com pedido liminar, ajuizada por JOSÉ ERENILDO DA SILVA, representado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, contra ato do MM. Juízo de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Franco da Rocha.

Sustenta, em síntese, que a decisão *a quo* é contrária ao decidido por esta

Acesso ao Sumário

Colenda 16ª Câmara de Direito Criminal, nos autos do agravo em execução penal nº 7000267-11.2018.8.26.0198 (fls. 1/11).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 91/92).

Juntadas as informações (fls. 96/97), a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo acolhimento da reclamação (fls. 104/108).

É o relatório.

Pelo que se depreende dos autos, o sentenciado JOSÉ ERENILDO DA SILVA foi preso em flagrante em 18 de julho de 2012 durante o cumprimento, iniciado em 4 de fevereiro de 2010, das penas impostas nas guias de recolhimento de nº 2 a 4 (crimes comuns); sendo condenado a 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, como incurso no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 (GR 05).

Por decisão proferida em 1º de novembro de 2017, os cálculos de fls. 48/50 foram homologados, ensejando a interposição de agravo em execução perante esta Corte de Justiça, que restou provido para *determinar que o reinício do lapso temporal para o pleito de benefícios executórios por JOSÉ ERENILDO DA SILVA, qualificado nos autos, ocorra tão somente para fins de progressão de regime.*

Segundo o reclamante, devolvidos os autos à origem, o MM. Juízo *a quo* prolatou nova decisão, sustentando a correção do *decisum* anterior, reformado por este Egrégio Tribunal de Justiça, sob alegação de que *não se trata de interrupção, mas sim de proscrição de crédito de pena, inclusiva por via oblíqua, uma vez que o lapso de 2/3 da pena do crime hediondo apenas pode ser contado a partir do crime hediondo* (fls. 88).

Todavia, conforme é fácil perceber, o cálculo de fls. 48 não cumpre o determinado por esta Colenda Câmara Criminal.

Da mesma forma que é vedado considerar resgatada a pena imposta pela prática de delito hediondo em substituição à anterior de natureza diversa – e nesse ponto assiste razão ao Magistrado –, não há falar-se em desconsideração, para o perfazimento da parcela de 1/2 (metade) da sanção penal pelos crimes comuns, da reprimenda cumprida previamente ao início da expiação daquela.

Assim, para fim de cumprimento do requisito objetivo das penas dos delitos comuns, não se pode ignorar o período de tempo havido entre a data da primeira prisão do sentenciado – 4 de fevereiro de 2010 – e o início do cumprimento da pena de natureza hedionda – 18 de julho de 2012 –, pois a prática deste crime somente pode ser havida como marco interruptivo do lapso da progressão prisional.

Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a reclamação, nos termos acima consignados.

Acesso ao Sumário

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 0834588-87.2013.8.26.0052, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente MM. JUIZ DE DIREITO "EX OFFICIO", é recorrido ERICK IZIDORO DA SILVA.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Não conheceram do presente recurso *ex officio*. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.484)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores AUGUSTO DE SIQUEIRA (Presidente sem voto), DE PAULA SANTOS e FRANÇA CARVALHO.

São Paulo, 14 de março de 2019.

MOREIRA DA SILVA, Relator

Ementa: Processo penal – Reexame necessário – Homicídio qualificado – Absolvição sumária com fundamento no artigo 411 do Código de Processo Penal – Inexistência de previsão legal para reexame necessário na hipótese – Revogação tácita do artigo 574, inciso II, do Código de Processo Penal, com o advento da Lei nº 11.689/2008 – Recurso *ex officio* não conhecido.

VOTO

1. Trata-se de Reexame Necessário tirado da r. sentença da lavra da MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo, Drª. Renata Mahalem da Silva Teles, que declarou absolutamente inimputável, na forma do artigo 26, *caput*, do Código Penal, **Erick Izidoro da Silva**, absolvendo-o, com fundamento no artigo 411 do Código de Processo Penal, da acusação de prática do crime previsto no artigo 121, parágrafo 2º, incisos II e IV, e parágrafo 4º, última parte, do Código Penal, impondo-lhe medida de segurança, nos termos do artigo 96, inciso II, do Código Penal, consistente em tratamento ambulatorial, por 1 (um) ano, no mínimo (artigo 97, parágrafo 1º, do Código Penal), em estabelecimento adequado.

Acesso ao Sumário

Manifesta-se a Procuradoria Geral de Justiça pela manutenção da sentença de primeiro grau.

É o relatório.

2. O recurso *ex officio* não deve ser conhecido.

Consoante se depreende dos autos, Erick Izidoro da Silva, foi processado como incurso no artigo 121, parágrafo 2º, incisos II e IV, e parágrafo 4º, do Código Penal porque, no dia 27 de abril de 2013, por volta das 10h00, na altura do numeral 12 da Avenida Domênico Obizzi, Parque Ipê, São Paulo/SP, matou João de Souza Cavalcante, por meio de golpe de martelo em sua cabeça, agindo com evidente intenção homicida e por motivo fútil e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, que contava com 76 (setenta e seis) anos de idade, provocando-lhe ferimentos, os quais, por sua natureza e sede, causaram-lhe a morte no dia 04 de setembro de 2013.

Após regular tramitação do processo, os autos subiram a esta Corte em razão do disposto no artigo 574, inciso II, do Código de Processo Penal, que assim reza:

"Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:

(...)

II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411".

Todavia, o artigo 411, a que faz referência, corresponde atualmente ao artigo 415 do Código de Processo penal que, por sua vez, não prevê o recurso de ofício.

Dispunha o artigo 411 do Código de Processo Penal que: "*O juiz absolverá desde logo o réu, quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1o, do Código Penal), recorrendo, de ofício, da sua decisão. Este recurso terá efeito suspensivo e será sempre para o Tribunal de Apelação*".

Já o novo artigo 415 do mesmo Diploma Legal, preconiza que:

"Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo

Acesso ao Sumário

quando esta for a única tese defensiva".

Cumpre observar que tanto a doutrina majoritária como a jurisprudência entendem que a Lei nº 11.689/08 revogou tacitamente o artigo 574, inciso II, do Código de Processo Penal.

Veja-se, a propósito, lição do eminente Processualista e Magistrado Guilherme de Souza Nucci, ao prelecionar que:

"com a reforma introduzida pela Lei 11.689/2008, não há mais sentido em utilizar o duplo grau obrigatório no caso de absolvição sumária. Há duas principais razões para tanto: a) o inciso II do artigo 574 faz expressa referência aos termos do art. 411. Neste dispositivo, anteriormente, fazia-se menção ao recurso de ofício. Ora, o art. 415, que agora cuida da absolvição sumária, nenhuma alusão faz a essa modalidade de recurso. Ao contrário, no artigo 416, especificou-se ser a apelação, recurso tipicamente volutário, o adequado para impugnar a sentença de absolvição sumária; b) a previsão feita, anteriormente, para o processamento do recurso de ofício, dizia respeito às absolvições calcadas em excludentes de ilicitude ou de culpabilidade (eram as únicas possibilidades previstas pela antiga redação do art. 411). O atual art. 415 aumentou as hipóteses para a absolvição sumária do réu, sem falar em recurso de ofício. Portanto, seria ilógico e descompassado que o juiz absolvesse sumariamente o réu, com base no art. 415, I, por exemplo, mas não "recorresse de ofício", embora se o fizesse com base no art. 415, IV, tivesse que determinar a subida do processo obrigatoriamente. Parece-nos, pois, finda a possibilidade de recurso de ofício em casos de absolvição sumária no procedimento do júri". (Código de Processo Penal Comentado, 14ª edição, Ed. Forense, pág, 1146).

Ainda, vale citar precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. RECURSO DE OFÍCIO PROVIDO. JULGAMENTO POSTERIOR À REFORMA DO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI PELA LEI N. 11.689/08. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. NATUREZA JURÍDICA DE CONDIÇÃO DE EFICÁCIA DA SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA, NÃO SE CONFUNDINDO COM UM RECURSO PROPRIAMENTE DITO. WRIT CONCEDIDO. (...) III - Com o advento da Lei n. 11.689/08, ampliou-se o rol de hipóteses de absolvição sumária e dela se excluiu a obrigatoriedade do reexame necessário. Assim, tanto a doutrina majoritária quanto a jurisprudência entendem que a mencionada lei revogou tacitamente o art. 574, inciso II, do Código de Processo Penal (Precedente). IV - O punctum saliens do presente mandamus é verificar se, com a entrada em vigor da Lei n. 11.689/08, seria ainda possível ao eg. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí apreciar o reexame necessário da decisão que absolveu sumariamente o paciente. V - Por força do que dispõe o art. 2º, do Código de Processo Penal, as normas processuais

Acesso ao Sumário

possuem aplicação imediata quando de sua entrada em vigor. Portanto, os recursos de ofício não remetidos aos Tribunais de 2ª instância ou não julgados por aquelas Cortes até 8 de agosto de 2008, data em que a Lei n. 11.689/08 passou a ser exigida, não mais poderão ser apreciados, uma vez que tal procedimento, necessário apenas para dar eficácia à sentença de absolvição sumária no procedimento do Tribunal do Júri, já não mais estaria em vigor, por força do princípio tempus regit actum. (...)" (HC 278.124/PI, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 30/11/2015).

Na mesma toada, confira-se jurisprudência desta Egrégia Corte:

"REEXAME NECESSÁRIO – Homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º, II) – Absolvição sumária com fundamento no art. 415, IV, do CPP – Inexistência de previsão legal para reexame necessário na hipótese. Revogação tácita do artigo 574, II, do CPP com o advento da Lei nº 11.689/2008 – Recurso ex officio não conhecido". (TJSP; Remessa Necessária 0002313-35.2016.8.26.0369; Relator (a): Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Monte Aprazível - 1ª Vara; Data do Julgamento: 13/09/2018; Data de Registro: 13/09/2018).

"Recurso de ofício. Absolvição sumária. Homicídio simples (art. 121, caput, Código Penal). Inexistência do chamado reexame necessário, conforme Lei n. 11.689/08, aplicável imediatamente, eis que se cuida de lei processual penal (artigo 2o, do CPP). Revogação tácita do art. 574, II do CPP. NÃO CONHECIMENTO". (TJSP; Remessa Necessária 9141729-27.2001.8.26.0000; Relator (a): Eduardo Braga; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Bernardo do Campo - Vara do Júri e Execuções Criminais; Data do Julgamento: 01/03/2011; Data de Registro: 02/03/2011).

Na mesma esteira, já se pronunciou esta Colenda 13ª Câmara de Direito Criminal:

"Recurso de oficio. Absolvição sumária. Revogação do art. 411 do Código de Processo Penal com o advento da Lei n" 11.689/2008". (TJSP; Remessa Necessária 9081547-02.2006.8.26.0000; Relator (a): Lopes da Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itapetininga - Vara do Júri/Exec./Inf. Juv.; Data do Julgamento: 20/08/2009; Data de Registro: 16/09/2009).

Frente a esse quadro, por ter o legislador afastado o reexame necessário para hipótese como a dos autos, exsurge imperioso o não conhecimento da remessa de ofício ora dirigida a esta Corte de Justiça.

3. Diante do exposto, **não se conhece** do presente recurso *ex officio*.

ÓRGÃO ESPECIAL

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2215082-29.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.255)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, 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 e SALLES ROSSI.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2019.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 8.029, de 11 de junho de 2013, do Município de Jundiaí, que "prevê, em estacionamentos comerciais, sistema de cobrança fracionada pelo tempo de permanência dos veículos" – É inconstitucional a Lei Municipal de autoria do Poder Legislativo que prevê a adoção do sistema de cobrança fracionada em estacionamentos privativos, matéria inserida no âmbito do Direito Civil e de competência privativa da União – Inteligência do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal – Precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal – Afronta ao princípio federativo (artigos 1º e 144, da

Acesso ao Sumário

Carta Bandeirante).

Pedido procedente.

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Jundiaí visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 8.029, de 11 de junho de 2013, do Município de Jundiaí, que "prevê, em estacionamentos comerciais, sistema de cobrança fracionada pelo tempo de permanência dos veículos", porque, segundo ele, viola o disposto nos artigos 1º e 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta que a lei municipal ora impugnada, embora com louvável escopo, dispõe sobre matéria de direito civil, cuja competência legislativa é privativa da União, ao teor do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal. Requer, assim, o recebimento e processamento da ação para que, ao final, seja declarada a inconstitucionalidade da norma impugnada.

O Presidente da Câmara Municipal de Jundiaí prestou informações a fl. 36/38.

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em se manifestar acerca da norma impugnada (fl. 71/72).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 75/89, opinou pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 8.029, de 11 de junho de 2013, do Município de Jundiaí.

2. É o relatório.

A Lei nº 8.029, de 11 de junho de 2013, do Município de Jundiaí, que "prevê, em estacionamentos comerciais, sistema de cobrança fracionada pelo tempo de permanência dos veículos", estabelece:

"Art. 1º. Em todo estacionamento comercial, ainda que seja atividade subsidiária da principal, após a primeira hora de permanência adotar-se-á sistema de cobrança fracionada pelo tempo em que os veículos permanecerem em seu interior.

§ 1º. O fracionamento far-se-á:

I – por períodos de 10' (dez minutos);

II – desconsiderando-se os inferiores a 5' (cinco minutos);

III – considerando-se como de 10' (dez minutos) aqueles entre 5' (cinco minutos) e 9'59" (nove minutos e cinquenta e nove segundos).

§ 2º. Na tabela de preços constará o valor equivalente ao fracionamento, em caracteres e local facilmente visíveis aos motoristas.

Art. 2º. A infração desta lei implica:

I – advertência;

Acesso ao Sumário

II – multa de R$ 500,00 (quinhentos reais), dobrada na reincidência;

III – cancelamento da licença de localização e funcionamento no caso de terceira ocorrência.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

A Lei local, de iniciativa parlamentar, disciplina a exploração econômica de estacionamentos privados, vale dizer, norma de direito civil, na medida em que rege a relação jurídica entre o usuário do estabelecimento e quem o explora.

Como se sabe, o Estado e o Município devem seguir, por simetria, os princípios da Constituição Federal (artigo 144, da Constituição do Estado), incluindo-se a repartição de competências administrativas e legislativas decorrentes do pacto federativo.

Sobre o tema, o Colendo Supremo Tribunal Federal já assentou, em inúmeros julgados, que a regulação de preços de estacionamentos privados é matéria de direito civil, sendo, portanto, de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal. Nesse sentido:

"Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei distrital que regulou preço cobrado por estacionamento. Inconstitucionalidade formal e material. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a regulação de preço de estacionamento é matéria de direito civil, inserindo-se na competência privativa da União para legislar (CF/88, art. 22, I). Inconstitucionalidade formal. Precedentes: ADI 4.862, rel. Min. Gilmar Mendes; AgR-RE 730.856, rel. Min Marco Aurélio; ADI 1.623, rel. Min. Joaquim Barbosa. 2. Ressalva de entendimento pessoal do relator, no sentido de que a regulação de preço na hipótese configura violação ao princípio da livre iniciativa (CF/88, art. 170). Inconstitucionalidade material. 3. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da norma." (ADI 4008, Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2017, Acórdão Eletrônico DJe-291 DIVULG 15-12-2017 PUBLIC 18-12-2017).

"1. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei 16.785, de 11 de janeiro de 2011, do Estado do Paraná. 3. Cobrança proporcional ao tempo efetivamente utilizado por serviços de estacionamento privado. Inconstitucionalidade configurada. 4. Ação direta julgada procedente.

(...)

Nesses termos, verifica-se a usurpação da competência legislativa privativa da União, uma vez que a matéria regulada pela referida Lei (cobrança proporcional ao tempo efetivamente utilizado pelos serviços de estacionamentos privados) dispõe sobre Direito Civil." (ADI 4862,

Acesso ao Sumário

Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2016, Processo Eletrônico DJe-023 DIVULG 06-02-2017 PUBLIC 07-02-2017).

E, como bem aduziu o d. Subprocurador-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 75/89, *in verbis*:

"Deveras, a relação jurídica estabelecida entre quem explora o estacionamento situado em estabelecimento comercial privado – seja o proprietário ou terceiro ao qual foi repassado o direito de exploração – e o usuário, não se insere no âmbito de competência legislativa do Município, mas sim da competência privativa da União (art. 22, I, CF).

Com efeito, compete à União, com exclusividade, legislar sobre direito civil e direito comercial, matérias que regem a relação jurídica estabelecida entre o usuário do estabelecimento e o estabelecimento comercial, seja por meio de seu proprietário ou por quem o explora.

A imposição compulsória de cobrança fracionada de acordo com o tempo de permanência não é apta a converter em relação jurídica de outra natureza o negócio jurídico de direito privado que se estabelece entre o usuário do estabelecimento e quem o explora ou deste com o estabelecimento comercial."

Nesse diapasão, não pode o Município legislar sobre matéria que foge à sua competência, invadindo esfera dos Estados ou da União, pena de ferir o primado do federalismo, que importa na delimitação de competência das pessoas jurídicas de direito público interno que integram o Estado (sentido amplo).

Portanto, **"não pode o legislador municipal, a pretexto de legislar concorrentemente ou suplementar a legislação federal, invadir a competência legislativa deste ente federativo superior"** (RE 313.060, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 29/11/2005, Segunda Turma, DJ de 24/2/2006).

A propósito, os julgados deste Colendo Órgão Especial:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 15.490, de 21 de setembro de 2017, do Município de Campinas, que 'institui forma de cobrança pela estadia de veículos nos estacionamentos particulares no município de Campinas' – Violação do princípio federativo – Configuração – Diploma que regula matéria de competência privativa da União, envolvente de direto civil e comercial, ao estabelecer regras sobre a propriedade e seu uso e exploração (art. 22, I, CF, de cumprimento obrigatório pelos Municípios, por força do disposto nos arts. 29, I, da CF, e 144 da CE) – Violação, ademais, dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, e inciso IV, da CF), também de observância obrigatória pelos Municípios, por

Acesso ao Sumário

força das normas antes referidas – Inconstitucionalidade configurada. Ação julgada procedente." (ADI nº 2213451-84.2017.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 16/05/2018).

"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 11.192, de 13 de outubro de 2015, do Município de Sorocaba, instituindo 'crédito de minutos pagos e não utilizados nos estacionamentos privados na forma que especifica'. Violação ao pacto federativo. Ocorrência. Competência privativa da União para legislar sobre direito civil (art. 22, I da CF). Âmbito do direito civil e não de direito do consumidor. Livre iniciativa e liberdade para fixarem remuneração devida pelo uso de bem integrante de seu patrimônio particular. Precedentes do Col. Supremo Tribunal Federal e deste Eg. Órgão Especial. Fonte de custeio. Possível a indicação de fonte de custeio genérica (art. 5º). Precedentes dos Tribunais Superiores. Ação procedente." (ADI nº 2000445-91.2017.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 21/06/2017).

Flagrante, pois, a inconstitucionalidade da Lei nº 8.029, de 11 de junho de 2013, do Município de Jundiaí, por ter invadido espaço reservado à competência normativa federal, violando a repartição constitucional de competências, em afronta aos artigos 1º e 144, da Carta Bandeirante.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, nos termos suso alinhavados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2046360-32.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autora PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ARARAS e PREFEITO MUNICIPAL DE ARARAS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM EXTINTO O PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 29.685)**

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

Acesso ao Sumário

TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 13 de março de 2019.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Normas objetivadas: Item 2.1 do art. 24 e art. 25, da Lei nº 4.839, de 19 de janeiro de 2016, do Município de Araras – Revogação dessas normas, no curso do processo, pela Lei Complementar nºs 121/2018, do Município de Araras – Perda superveniente do objeto da causa e, por conseguinte, do interesse de agir – Extinção do processo sem resolução do mérito (arts. 485, VI, e 493 do CPC).

VOTO

O libelo inaugural veicula pedido de declaração de inconstitucionalidade em face "do item 2.1 do art. 24 e art. 25, da Lei nº 4.839, de 19 de janeiro de 2016, do Município de Araras".

Afirma o proponente, consoante a síntese lançada na ementa da petição inicial:

> ***"ARARAS. PROCURADORIA DO MUNICÍPIO. ATRIBUIÇÕES DA ADVOCACIA PÚBLICA CONFERIDAS À SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS. 1.*** *É inconstitucional a subordinação da Advocacia Pública Municipal à Secretaria de Assuntos Jurídicos.* ***2.*** *A Advocacia Pública Municipal é titular exclusiva da representação, consultoria e assessoramento do Poder Executivo, estando vinculada diretamente ao Chefe do Poder Executivo, não podendo ser supervisionada, controlada ou subordinada a outro órgão nem dirigida por outra autoridade senão servidor de carreira investido em cargo de provimento em comissão de sua cúpula.* ***3.*** *Violação aos arts. 98 a 100 da Constituição Estadual".*

Requereu a concessão de liminar, afirmando: **(i)** demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; **(ii)** "a atual tessitura dos preceitos legais do Município ... apontados como violadores de princípios e regras da Constituição do Estado ..., é sinal, *de per si*, para suspensão de sua eficácia até final julgamento desta ação, de maneira a evitar oneração do erário irreparável ou de difícil

Acesso ao Sumário

reparação".

Indeferi o pedido de liminar (fls. 1098/1099).

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações (fls. 1109/1112), afirmando que a lei impugnada, de autoria do Chefe do Poder Executivo, originou-se de regular e devido processo legislativo, e que se trata de matéria tipicamente de iniciativa exclusiva do Prefeito (art. 45, I, III, da LOM, em simetria ao art. 24, § 2º, itens 1, 2 e 3, da CE).

A douta Procuradoria Geral do Estado manifestou-se (fls. 1114/1118), assim discorrendo: **a)** no tocante à apontada inobservância, pelo Município, das normas constitucionais relacionadas à Advocacia Pública, é preciso considerar que a CF dispõe apenas sobre normas gerais de estruturação da Advocacia Pública em nível federal e estadual, deixando de indicar os pilares sobre os quais deve ser organizada a Advocacia Pública em nível municipal; **b)** significa que o Constituinte federal deixou aos Municípios, no exercício de sua autonomia organizacional e legislativa, definir o modelo de advocacia pública que melhor se adeque às suas necessidades, não podendo fazê-lo sequer o constituinte estadual, sob pena de violação ao princípio da "autonomia municipal" (art. 34, VII, "a", CF); **c)** bem por isso, os arts. 98 a 100 da CE disciplinam, única e exclusivamente, a organização da Procuradoria Geral do Estado, adotando, inclusive, modelo diverso do federal; da mesma forma, o art. 30 da CE, em relação à Procuradoria da Assembleia Legislativa; **d)** assim, não há porque concluir que as normas da CF ou da CE que regem, respectivamente, a advocacia pública em nível federal e em nível estadual, devam ser replicadas pelos Municípios; **e)** trata-se de normas que não refletem princípios constitucionais estruturantes cuja observância tenha sido imposta aos entes federativos locais – ao contrário dos princípios da separação de poderes, federalismo, legalidade, moralidade, entre outros que devem ser obrigatoriamente respeitados pelas regras municipais; **f)** assim, descabido sustentar que o regime de advocacia local deva ser simétrico ao estadual, sob pena de incidir em violação ao princípio da autonomia municipal; nesse sentido recente decisão do STF (RE 883446 AgRg/SP, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 26/05/2017; tb. RE 893694 AgR/SE, Relator Ministro Celso de Mello, j. 21/10/2016); **g)** nesse contexto jurídico, não se vislumbra a alegada inconstitucionalidade das normas municipais que se afastaram do modelo traçado nos arts. 30 e 98 a 100 da CE.

O Prefeito do Município prestou informações (fls. 1120/1519). Alega, **preliminarmente**: **a)** como há projetos de leis complementares em trâmite perante a Câmara (projeto de LC 3/2018 e projeto de LC 80/2016) que, aprovados, irão revogar os dispositivos impugnados, impõe-se a extinção do feito, em razão da perda superveniente de seu objeto. No **mérito**, afirma: **b)** o Município, quando instado sobre a questão pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado, já se manifestou acerca da constitucionalidade da Lei

Acesso ao Sumário

4.839/2016 e da LC 80/2016, sendo certo que outro não poderia ter sido o seu posicionamento, razão pela qual aquele é ora adotado; **c)** acrescenta-se que, atualmente, as atribuições dos Procuradores estão descritas na LC 80, de 19 de janeiro de 2016, e de acordo com o pretendido pelo Procurador Geral; **d)** acrescenta-se que, além das decisões deste Tribunal mencionadas nas referidas informações, por ocasião do julgamento das ADIs 2153688-55.2017.8.26.0000 e 2053888-54.2017.8.26.0000, também houve o entendimento de que não há inconstitucionalidade em dispositivos legais semelhantes aos que são objetos desta ação. Requer, assim, a extinção do feito, em razão da perda superveniente do objeto, ou a improcedência da ação.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, *"considerando as informações prestadas pelo Prefeito Municipal"*, requereu *"a conversão do julgamento em diligência para que o Chefe do Poder Executivo informe a respeito da aprovação dos projetos de lei em trâmite na Câmara Municipal, que preveem a revogação dos dispositivos questionados na presente ação"* (fls. 1526/1527).

O Prefeito do Município informou que o Projeto de LC 03/2018 e o Projeto de LC 04/2018 continuam em trâmite perante a Câmara Municipal (fls. 1532/1534).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, considerando o informado pelo Prefeito, por cautela, requereu se oficiasse à Câmara Municipal, para que informe se houve aprovação do projeto de LC 03/18, que cuida da reorganização administrativa da Prefeitura Municipal e outros órgãos, bem como do projeto de LC 04/18, que dispõe sobre o quadro de cargos e funções da Prefeitura Municipal (fls. 1537).

O Presidente da Câmara Municipal informou que os projetos de LC 03/18 e 04/18 encontram-se tramitando perante a Comissão de Finanças e Orçamento, ainda não tendo sido aprovados (fls. 1548/1551).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência da ação (fls. 1554/1567).

Os autos foram à Mesa de julgamento e dela retirados tendo em vista que o Prefeito do Município informou que a Lei nº 4.839, de 19 de janeiro de 2016, objeto da ação, foi revogada pela **Lei Complementar nº 121/2018**, que *"dispõe sobre a Reorganização Administrativa da Prefeitura Municipal de Araras, do Serviço de Previdência Social do município de Araras – ARAPREV, do Serviço de Água e Esgoto do Município de Araras – SAEMA e do Serviço Municipal de Transportes Coletivos de Araras – TCA, e dá outras providências"*.

Além disso, trouxe a notícia de ter sido editada a **Lei Complementar nº 122/2018**, que *"dispõe sobre o quadro de cargos e funções da Prefeitura Municipal de Araras, e dá providências correlatas"* (fls. 1904, 1905/1906 e 1571/1902).

Ouvida, a douta Procuradoria Geral de Justiça, então, manifestou-se pela extinção do feito sem resolução do mérito (arts. 485, VI, e 493 do CPC), diante da perda superveniente do interesse de agir (fls. 1910/1915).

É o relatório.

1. A **Lei nº 4.839, de 19 de janeiro de 2016, do Município de Araras** *("dispõe sobre a reorganização administrativa da Prefeitura Municipal de Araras, do Serviço de Água e Esgoto do Município de Araras – SAEMA e do Serviço Municipal de Transportes Coletivos de Araras – TCA, e dá outras providências"* – fls. 77/101), estabelecendo no "**item 2.1 do art. 24 e art. 25**", impugnados na ação (fls. 84):

> "**Art. 24.** A Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos é composta das seguintes unidades administrativas:
>
> "(...)
>
> "**2.1 – Departamento de Procuradoria Geral**
>
> "(...)
>
> "**Art. 25. À Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos compete representar o município em qualquer grau de jurisdição do Poder Judiciário, perante o Ministério Público e os tabelionatos, incumbindo-se da formulação de atos administrativos e de pareceres jurídicos ao Prefeito Municipal e demais autoridades da administração pública, e ainda agir no contencioso administrativo e judiciário.**"

2. Ocorre que durante a tramitação deste feito foram editadas a **Lei Complementar nº 121, de 18 de dezembro de 2018, do Município de Araras**, diploma que *"dispõe sobre a reorganização administrativa da Prefeitura Municipal de Araras, do Serviço de Previdência Social do Município de Araras – ARAPREV, do Serviço de Água e Esgoto do Município de Araras – SAEMA e do Serviço Municipal de Transportes Coletivos de Araras – TCA, e dá outras providências"* – fls. 1572/1600), e a **Lei Complementar nº 122, de 18 de dezembro de 2018, do Município de Araras** (*"dispõe sobre o quadro de cargos e funções da Prefeitura Municipal de Araras, e dá providências correlatas"* – fls. 1601/1603 e anexos fls. 1604/1902).

Sucede que o artigo 75 da Lei Complementar nº 121, revogou expressamente a Lei 4.839, de 19 de janeiro de 2016 e suas alterações, o que faz desaparecer o objeto da causa e, por conseguinte, acarreta a extinção do processo sem julgamento do mérito, na forma preconizada e requerida pela douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 1910/1915):

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ITEM 2.1 DO ART. 24 E ART. 25, DA LEI Nº 4.839, DE 19 DE JANEIRO de 2016 DO MUNICÍPIO DE ARARAS. PROCURADORIA DO MUNICÍPIO.

Acesso ao Sumário

ATRIBUIÇÕES DA ADVOCACIA PÚBLICA CONFERIDAS À SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS. REVOGAÇÃO POSTERIOR DO ATO NORMATIVO OBJETO DE IMPUGNAÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1. Perda do objeto: revogação posterior dos dispositivos impugnados, por ocasião da revogação da Lei nº 4.839, de 19 de janeiro de 2016, pela Lei Complementar nº 121, de 18 de dezembro de 2018, do Município de Araras.

2. Extinção do processo sem resolução do mérito (arts. 485, VI, e 493, do Novo Código de Processo Civil)."

Em suma, diante da revogação das normas impugnadas, nos termos do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, desapareceu supervenientemente o interesse de agir, posto já não existir no mundo jurídico o objeto da ação.

3. Ante o exposto, julgo extinto o processo, sem julgamento de mérito, com apoio nos artigos 485, VI, e 493 do Código de Processo Civil.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2038296-33.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31021/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, JACOB VALENTE, 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.

Acesso ao Sumário

São Paulo, 13 de março de 2019.
ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve a Lei nº 9.995, de 25 de setembro de 2017, que "dispõe sobre a regularização de construções clandestinas e irregulares no município de Santo André e dá outras providências" – Texto legal que traz autorização ao Poder Executivo para regularizar edificações clandestinas e irregulares – Norma que apresenta os parâmetros que devem ser seguidos para permitir ou não a regularização e os procedimentos a serem adotados no âmbito da Prefeitura – Matéria que integra a gestão administrativa e as regras de direito urbanístico, que se encontram na função típica do Poder Executivo – Iniciativa de lei pelo Poder Legislativo sobre o tema que ofende o princípio da separação de poderes – Modulação dos efeitos – Necessidade – Eficácia da declaração de inconstitucionalidade a partir do deferimento da liminar – Ação procedente.

VOTO

Vistos.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito do Município de Santo André, impugnando a Lei Municipal nº 9.995, de 25 de setembro de 2017, que "dispõe sobre a regularização de construções clandestinas e irregulares no município de Santo André e dá outras providências".

Em apertada síntese, argumenta que há ofensa aos arts. 5º, 25, 47, II, XIV e XIX, "a", 144 e 182 da Constituição do Estado de São Paulo, pois a iniciativa legislativa ofende o princípio de separação dos poderes, já que a norma trata de matéria inserida na gestão administrativa, que é função privativa do Poder Executivo. Argumenta, ainda, a contradição do texto legal com dispositivos da Lei Orgânica do Município.

A douta Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pelas razões lançadas às fls. 54/55, entendendo se tratar de matéria exclusivamente local, manifestou-se pelo desinteresse em apresentar defesa do ato impugnado.

A Câmara Municipal ofereceu suas informações às fls. 65/68, indicando o trâmite adotado na edição da lei para defender a sua constitucionalidade.

Acesso ao Sumário

Finalmente, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em sua manifestação de fls. 73/90, opinou pela procedência da ação, mas pelo fundamento de que houve afronta às normas constitucionais que exigem prévio planejamento para as normas sobre uso e ocupação do solo.

É o relatório.

É cediço que a Constituição Federal estabelece o princípio de separação dos poderes, pelo sistema de freios e contrapesos, dividindo as três funções do Estado (Executiva, Legislativa e Judiciária), os quais são independentes e harmônicos entre si (art. 2º, CF). Esta regra, além de ter sido erguida à categoria de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, CF), deve ser aplicada tanto pelo texto da CF quanto, pelo princípio da simetria, nos âmbitos estadual e municipal, devendo ser atendidas as normas que assentam as competências e os limites de atuação de cada um nas esferas federal, estadual e municipal. Ao Poder Executivo, em síntese, compete exercer a administração pública, inclusive por meio de edição de leis nos contornos constitucionais e legais.

Na Constituição Estadual, verifica-se a repetição do princípio em seu art. 5º, enquanto parte das regras do Poder Executivo se encontra no art. 47, dentro de sua função de gestão administrativa de bens públicos (Administração Pública). O chefe do Executivo, assim, além do encargo de exercer especificamente as funções de administração, possui a competência legislativa privativa acerca das respectivas leis.

O texto legal objeto desta lide dispõe sobre regularização de construções clandestinas e irregulares do município, instituindo, expressamente, uma autorização para a atuação do Poder Executivo para tanto, colocando os parâmetros e determinados procedimentos a serem adotados.

Certo é que decorre da própria Constituição Federal a competência dos municípios para tratarem das questões de interesse local, administrando-os e legislando sobre o tema (art. 30, I, CF). Por sua vez, o tópico deste feito se enquadra perfeitamente como sendo de interesse local, podendo constar dos atos administrativos e de suas respectivas leis, cuja competência, em um primeiro momento, apresenta-se concorrente entre os seus poderes Executivo e Legislativo, já que não há restrição constitucional quando se trata de seus aspectos gerais.

Acesso ao Sumário

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, conforme o art. 29 da CF, reproduzido, ainda, no art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

Por sua vez, dentro das regras constitucionais, estabelecidas na Constituição Federal e, por simetria, também na Constituição Estadual, na

divisão das competências entre os três poderes do Estado, o Poder Legislativo possui como função típica a elaboração de normas jurídicas gerais e abstratas. Enquanto o Poder Executivo atua tipicamente na gestão administrativa e na edição de suas respectivas leis específicas. Não se trata de hierarquia entre eles e sim incumbências distintas dentro da organização administrativa do Estado.

Desse modo, da leitura do texto legal ora contestado, verifica-se que o Poder Legislativo autorizou o Poder Executivo a regularizar determinadas construções, conforme parâmetros fixados dentro da própria lei, bem como estabeleceu a forma com que o requerimento deve ser feito pelos interessados à Prefeitura. Contudo, tais situações estão no âmbito da gestão administrativa, ou seja, da organização do município, ligada a regras de direito urbanístico, que é atividade típica do Executivo, dentro de sua análise discricionária.

Com efeito, deve-se atentar que o texto legal envolve áreas e critérios para determinadas edificações que podem ou não ser objeto de regularização, o que deve, na realidade, submeter-se aos preceitos da administração local, devendo ser assegurado o interesse público da região, observando o território do município e sua organização de forma geral, de modo que naturalmente se enquadra na função típica do Poder Executivo, a quem, consequentemente, pertence a iniciativa das respectivas leis.

Dispõe o art. 47, em seus incisos II, XI e XIV, da Constituição do Estado de São Paulo, que compete privativamente ao Governador exercer a direção da administração e iniciar o processo legislativo das respectivas leis. O que deve ser obedecido também em âmbito municipal.

Anote-se que a presente ação deve ser analisada com base nos preceitos inseridos na Constituição Estadual, único parâmetro possível, não servindo este meio processual para analisar uma lei municipal em relação a outra lei municipal, como a Lei Orgânica do Município.

Neste caso em apreço, ocorre que, apesar de existir menção ao Código de Obras do município, há o estabelecimento de autorização para atuação do Poder Executivo no sentido de regularizar as construções, o que, por si só, já figura como uma invasão de competência, bem como há fixação de critérios que devem ser seguidos, as vedações e forma de sua realização, o que ingressa nas decisões administrativas que devem ser tomadas pelo Executivo em sua função típica, decorrente da análise de conveniência e oportunidade para cada caso e conforme as disponibilidades de seu desempenho como Poder Público, observando a administração do território integral do município.

Sequer seria admissível justificar que se trata de lei autorizativa, porquanto, pelas aludidas regras e separação de poderes, não é viável a autorização do Legislativo para atuação do Executivo em suas funções típicas, sob pena de configuração de invasão de competência com afronta à atuação independente

Acesso ao Sumário

de cada um.

Convém acrescentar, ainda, que sequer consta prévia participação popular por meio de audiência pública.

Por último, 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 modo que a inconstitucionalidade deve ter a sua eficácia considerada a partir da liminar deferida nestes autos.

Destarte, forçoso reconhecer a violação das normas constitucionais, configurando o vício de inconstitucionalidade formal, atingindo a separação de poderes, na espécie de vício de iniciativa com interferência na gestão administrativa municipal, que é atividade típica do Poder Executivo, tendo em vista que não observado o processo legislativo para a criação do ato normativo.

Ante o exposto, **julgo procedente** a presente ação para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 9.995, de 25 de setembro de 2017, do município de Santo André.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2205077-45.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JARDINÓPOLIS e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JARDINÓPOLIS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC' E COM RESSALVA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.301)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, 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 e SALLES ROSSI.

São Paulo, 13 de março de 2019.

RICARDO ANAFE, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 4.405, de 24 de janeiro de 2017, do Município de Jardinópolis, que "dispõe sobre a concessão de revisão geral salarial a partir de 1º de janeiro de 2017, aos servidores e funcionários públicos municipais ativos, inativos e pensionistas da Prefeitura Municipal de Jardinópolis, e dá outras providências", e do artigo 2º da Lei nº 4.406, de 24 de janeiro de 2017, do Município de Jardinópolis, que "dispõe sobre atualização do valor da atual remuneração e salário dos funcionários e servidores ativos, inativos e pensionistas e do atual subsídio mensal dos Vereadores da Câmara Municipal de Jardinópolis, a título de revisão anual de que trata o inciso X do art. 37 da CF, dando outras providências" – Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais – Vinculação da revisão anual dos subsídios à revisão geral anual dos servidores públicos – Remuneração mediante subsídio – Alteração sujeita a regramento próprio – Vinculação da revisão anual dos subsídios dos Vereadores e Presidente da Câmara à revisão da remuneração do funcionalismo público – Necessária observância à regra da legislatura – Inconstitucionalidade – Ofensa aos artigos 111, 115, incisos XI, XV e 144, da Constituição do Estado de São Paulo.

Irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé, diante da natureza alimentar.

Pedido procedente, com ressalva.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo visando ao reconhecimento da inconstitucionalidade do **parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 4.405, de 24 de janeiro de 2017**, do Município de Jardinópolis, que "dispõe sobre a concessão de revisão geral salarial a partir de 1º de janeiro de 2017, aos servidores e funcionários públicos municipais ativos, inativos e pensionistas da Prefeitura Municipal de Jardinópolis, e dá outras providências", e do **artigo**

2º da Lei nº 4.406, de 24 de janeiro de 2017, do Município de Jardinópolis, que "dispõe sobre atualização do valor da atual remuneração e salário dos funcionários e servidores ativos, inativos e pensionistas e do atual subsídio mensal dos Vereadores da Câmara Municipal de Jardinópolis, a título de revisão anual de que trata o inciso X do art. 37 da CF, dando outras providências", porque, segundo ele, violam o disposto nos artigos 111, 115, incisos XI e XV, e 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Sustenta que a Constituição Estadual não autoriza a revisão geral anual dos subsídios dos agentes políticos, pois esse direito, tal e qual previsto na Constituição Federal (art. 37, X) e na Constituição Estadual (art. 115, XI), é restrito aos servidores públicos em geral. Requer o recebimento e processamento da ação para que, ao final, seja declarada a inconstitucionalidade dos mencionados dispositivos.

Foi deferida a liminar para suspender a eficácia tão somente do artigo 2º da Lei nº 4.406, de 24 de janeiro de 2017, do Município de Jardinópolis (fl. 257/261).

Notificada, a Câmara Municipal de Jardinópolis, representada por seu Presidente, prestou informações (fl. 275/290).

O Prefeito Municipal manifestou-se a fl. 297/303.

A Procuradoria Geral do Estado, citada, mostrou desinteresse em realizar a defesa das normas impugnadas (fl. 341/342).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de fl. 345/351, opinou pela procedência do pedido.

É o relatório.

2. A Lei nº 4.405, de 24 de janeiro de 2017, do Município de Jardinópolis, estabelece:

> "Artigo 1º: Ficam acrescidos em 6,58% (seis vírgula cinquenta e oito por cento), a partir do dia 1º de janeiro de 2017, sobre o valor atual dos salários e vencimentos de todos os servidores e funcionários públicos municipais, ativos, inativos e pensionistas, a título de Revisão Geral Anual, nos termos do inciso X, do artigo 37 da Constituição Federal.
>
> **Parágrafo único: O percentual constante do 'caput' deste artigo deverá ser aplicado aos subsídios dos Agentes Políticos.**
>
> Artigo 2º: As despesas decorrentes com a execução da presente lei correrão por conta de dotações próprias, consignadas no orçamento vigente, se necessário suplementada.
>
> Artigo 3º: Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, retroagindo seus efeitos a partir de 1º de janeiro de 2017, revogadas as disposições em contrário."

Por sua vez, a Lei nº 4.406, de 24 de janeiro de 2017, do Município de Jardinópolis, dispõe:

Acesso ao Sumário

"Art. 1º Ficam acrescidos 06,58% (seis vírgula cinquenta e oito por cento), a partir do dia 1º de janeiro de 2017, sobre o atual vencimento ou salário dos funcionários e servidores ativos, inativos e pensionistas da Câmara Municipal de Jardinópolis, a título de revisão anual de que trata o inciso X do artigo 37 da Constituição Federal.

Art. 2º Aplica-se o disposto no artigo 1º do presente diploma legal, ao subsídio mensal dos Vereadores da Câmara Municipal de Jardinópolis, conforme dispõe o artigo 2º da Resolução nº 232, de 14 de junho de 2016.

Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta lei correrão por conta de dotações próprias do orçamento municipal alusivos ao exercício de 2017, se necessário suplementada.

Art. 4º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação e seus efeitos a partir de 1º de janeiro de 2017, revogadas as disposições em contrário."

A revisão geral anual encontra-se prevista no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, que assim dispõe: **"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: (...) X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices"**.

Sobre o tema, confira-se:

"Dois são seus comandos atuais: fixação e alteração de remuneração e subsídio, e revisão geral anual. (…) O segundo comando do dispositivo trata da revisão geral anual das remunerações (e subsídios) sempre na mesma data e sem distinção de índices: o constituinte reformador instituiu regra para assegurar o direito à revisão, que atinge cada ente federativo, garantindo aos agentes públicos, a cada período de um ano (contado a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 19/98), reposição das perdas inflacionárias respectivas, mediante percentual único. Houve quem defendesse a aplicabilidade imediata dessa revisão, independente de regulamentação infraconstitucional, pleiteando a incorporação dos valores devidos aos vencimentos. A posição não se afigurava correta, porquanto também em matéria de revisão geral, fundamental a obediência ao princípio da reserva legal, sobretudo para a incorporação definitiva dos valores correspondentes (art. 61, § 1º, II, 'a', CR). A iniciativa do processo legislativo respectivo é do Chefe do Poder Executivo por abranger uniformemente os agentes públicos da entidade federativa." (FERRAZ, Luciano de

Acesso ao Sumário

Araújo. Comentário ao artigo 37, inciso X. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013, p. 858-859).

O ordenamento constitucional, assim, assegura a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos e dos agentes políticos, vedando, contudo, a vinculação dos reajustes concedidos aos servidores àqueles concedidos aos agentes políticos.

No caso em tela, entretanto, os dispositivos legais impugnados estenderam ao Prefeito, ao Vice-Prefeito, aos Secretários Municipais e aos Vereadores o aumento real da remuneração concedido aos servidores públicos municipais (6,58%, a partir do dia 1º de janeiro de 2017), o que configura afronta ao texto constitucional, em razão da vedação da vinculação de espécies remuneratórias (artigo 115, inciso XV, da Carta Bandeirante) para fins de revisão geral anual.

A propósito, o Colendo Supremo Tribunal Federal já assentou que **"revela-se inconstitucional a vinculação dos subsídios devidos aos agentes políticos locais (Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores) à remuneração estabelecida em favor dos servidores públicos municipais"** (AgReg no Recurso Extraordinário nº 411.156 SP, Rel. Min. Celso de Mello, em 29/11/11, DJe de 16/12/11).

Não é só. Especialmente com relação aos Vereadores, o artigo 29, inciso VI, da Constituição Federal, estabelece as regras da anterioridade da legislatura para fixação do subsídio dos agentes políticos parlamentares municipais e da inalterabilidade do subsídio durante tal período, que decorrem do princípio da moralidade administrativa agasalhado tanto no artigo 111 da Constituição Estadual quanto no artigo 37 da Constituição Federal.

Com supedâneo nesta premissa, firmou-se entendimento neste Colendo Órgão Especial e que se ajusta à recente decisão do Supremo Tribunal Federal proferida pelo Ministro Dias Toffoli no RE nº 1059303, julgado em 28 de junho de 2018**, "a regra da legislatura não tem aplicação em relação aos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Secretários Municipais, haja vista que prevista apenas no inciso VI do art. 29 da Constituição Federal, que diz respeito exclusivamente aos Vereadores"** (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0204013-10.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, j. 14/05/2014).

Acesso ao Sumário

Na mesma linha:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Arts. 3ºs. das Leis nºs. 1.564, de 22.01.04; 1.771, de 12.06.08 e 2.238, de 04.11.14 e Leis nºs. 1.578, de 31.03.04; 1.654, de 07.02.06; 1.706, de 23.04.07; 1.762, de 27.03.08; 1.813, de 03.03.09; 1.923, de 16.03.10; 2.014, de 08.06.11; 2.075, de 20.03.12; 2.201, de 18.03.14; 2.219, de 17.06.14;

2.273, de 23.04.15 e 2.316, de 05.04.16. Prefeito e Vice-Prefeito. Vinculação da revisão anual dos subsídios à revisão geral anual dos servidores públicos. Inadmissibilidade. Remuneração mediante subsídio. Alteração sujeita a regramento próprio. Vereadores. Vinculação da revisão anual à revisão anual dos servidores públicos. Inadmissibilidade. Necessária observância à regra da legislatura. Reajuste descabido. Manifesta afronta ao art. 115, incisos XI e XV da Constituição Estadual. Precedentes deste Eg. Órgão Especial. Ação procedente, ressalvada a irrepetibilidade, dado seu caráter alimentar, dos valores recebidos de boa-fé até a data da concessão da liminar. Procedente a ação, com observação." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2228609-82.2017.8.26.0000, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. em 11 de abril de 2018).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 5º da Lei nº 2.031-A, de 03 de outubro de 2008, do município de São Vicente, que assegura ao Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais o direito à 'revisão geral anual, na mesma data e sem distinção de índices em relação aos servidores municipais'. Ofensa às disposições dos artigos 111, 115, inciso XV, e 144 da Constituição Estadual. Reconhecimento. Revisão que não pode ficar atrelada aos mesmos índices e à mesma data da revisão geral anual dos servidores públicos, porque esse vínculo de revisão (entre os subsídios e os vencimentos) configura ofensa ao art. 37, inciso XIII, da Constituição Federal e art. 115, XV, da Constituição Estadual. Precedentes deste C. Órgão Especial e do STF. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente, com efeito 'ex tunc', ressalvada a irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé até a data do presente julgamento, diante da natureza alimentar dessa verba." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2010986-86.2017.8.26.0000, rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 20 de setembro de 2017).

"Ação direta de inconstitucionalidade. Osasco. Legislação municipal que estende ao Prefeito, Vice-Prefeito e Secretários Municipais o índice de reajuste que vier a ser aplicado ao funcionalismo municipal por ocasião da revisão geral anual de vencimentos. Inconstitucionalidade caracterizada. Violação ao disposto nos artigos 115, XV, da Constituição Estadual e 37, XIII, da Constituição Federal. Revisão dos subsídios de agentes políticos que não pode ser vinculada à dos vencimentos dos servidores. Precedentes do Órgão Especial. Ação julgada procedente." (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2064306-51.2017.8.26.0000, rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. em 20 de setembro de 2017).

Acesso ao Sumário

Conclui-se, pois, da inconstitucionalidade do **parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 4.405, de 24 de janeiro de 2017**, do Município de Jardinópolis, e do **artigo 2º da Lei nº 4.406, de 24 de janeiro de 2017**, do Município de Jardinópolis, por ofensa aos artigos 111, 115, incisos XI, XV, e 144, da Constituição Bandeirante.

Assim, uma vez declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos combatidos, com efeito retroativo (*ex tunc*), não há cogitar da devolução dos valores já pagos, diante da natureza alimentar do benefício, que impede a repetição de valores recebidos de boa-fé.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo procedente o pedido, com ressalva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2267887-56.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, NA PARTE CONHECIDA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 4659/19)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, 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, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS e BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 27 de março de 2019.

ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, Relator

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Jundiaí. Lei Municipal n. 8.106, de 04 de dezembro de 2013, de iniciativa parlamentar, que "Veda cirurgia de eliminação de cordas vocais de cães e gatos",

Acesso ao Sumário

com fixação de multa. Parâmetro de aferição da constitucionalidade. Contraste entre lei ordinária municipal e dispositivos constantes da Lei Orgânica Municipal. Inadmissibilidade. Inteligência dos arts. 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, VI, da Constituição Paulista. Legislação impugnada que, ao dispor sobre tema já regulado por completo por lei estadual, afastou-se do interesse local. Inviabilidade do exercício da competência legislativa suplementar do Município na hipótese. Caracterização de ofensa ao princípio do pacto federativo. Incompatibilidade com o disposto nos arts. 1º e 144, da Constituição do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade caracterizada. Precedentes deste Órgão Especial. Ação procedente, na parcela conhecida.

VOTO

V I S T O S.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de Jundiaí em face da Lei n. 8.106, de 04 de dezembro de 2013, do Município de Jundiaí, que *"Veda cirurgia de eliminação de cordas vocais de cães e gatos"*, com previsão de multa (p. 29), apontando ofensa aos arts. 2º, *caput*; 24, XII, e 84, II e III, da Constituição Federal; aos arts. 5º; 47, II, XI e XIV, da Constituição do Estado de São Paulo; e aos arts. 4º e 46, IV e V, da Lei Orgânica do Município de Jundiaí. De acordo com a narrativa do autor, a legislação arrostada, de iniciativa parlamentar, usurpou a competência da União e dos Estados para dispor acerca da *"saúde"*, conforme se depreende do citado art. 24, XII, da Constituição Federal; disse que a norma em comento também violou o princípio da separação de poderes e invadiu a iniciativa do Chefe do Poder Executivo para dispor a respeito das atribuições dos órgãos públicos municipais (Tema 917, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral), na medida em que, ainda que não expressamente, imiscuiu-se nas atribuições do Departamento de Bem Estar Animal (DEBEA), adstrito à Unidade de Gestão e Planejamento Urbano e Meio Ambiente do Município de Jundiaí, setor incumbido das ações de estímulo à guarda responsável de animais domésticos naquela localidade; aduziu que o tema já foi regulado pela Lei Estadual n. 11.488, de 10 de outubro de 2003, que não se trata de matéria de interesse predominantemente local e que, consequentemente, fica afastado o exercício da competência legislativa suplementar do Município (art. 30, I e II, da CF). Não houve pedido de medida liminar (p. 33). O Presidente da Câmara Municipal de Jundiaí prestou informações a p. 35/37, nas quais aludiu

Acesso ao Sumário

unicamente ao trâmite do Projeto de Lei n. 11.112, que deu origem à norma impugnada. Citada, nos termos do artigo 90, § 2º, da Constituição Estadual, a Procuradora Geral do Estado se absteve de defender o ato impugnado por se tratar de matéria de interesse exclusivamente local (p. 70/71). A douta Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer pela procedência do pedido (p. 74/83).

É o relatório.

Pretende o Prefeito Municipal ver declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 8.106 de 04 de dezembro de 2013, do Município de Jundiaí, que *"Veda cirurgia de eliminação de cordas vocais de cães e gatos"*, com o teor seguinte (p. 29):

"Art. 1º. É vedada a realização de cirurgia de eliminação de cordas vocais (cordoblastia e cordectomia ou cordoctomia) em cães e gatos, exceto se for necessária para a manutenção da vida do animal.

Art. 2º. A infração desta lei implica multa no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), dobrada na reincidência.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação."

Preliminarmente, cumpre consignar que o pedido não comporta conhecimento quanto à suposta incompatibilidade da norma impugnada com o disposto nos arts. 4º e 46, IV e V, da Lei Orgânica do Município de Jundiaí, haja vista que, nos termos dos arts. 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, IV, e 90, da Constituição Estadual, o controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal opera-se unicamente em relação à Constituição do Estado.

Nesse sentido é o entendimento deste C. Órgão Especial:

"PARÂMETRO DE CONSTITUCIONALIDADE Compatibilidade entre a Lei nº 5.995, de 08.03.16, e a Lei Orgânica Municipal. Inadmissibilidade. Aplicação dos artigos 125, § 2º, da Constituição Federal, e 74, VI, da Constituição do Estado de São Paulo. Precedentes. Não conheço da ação quanto ao parâmetro apontado – LOM. *AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei nº 5.995, de 08 de março de 2016, dispondo 'sobre a garantia de prioridade de vagas em creches e escolas públicas municipais, próximas de suas residências, para crianças e adolescentes portadores de deficiência física e para os filhos de pessoas também portadoras de deficiência'. Inadmissibilidade. Competência legislativa privativa da União. Inocorrência. Matéria relativa à proteção à infância e à juventude. Assunto de interesse local. Lei se refere apenas a estabelecimentos municipais. Invalidação da norma não se justifica sob tal fundamento. Vício de iniciativa. Ocorrência. Cabe, privativamente, ao Executivo a iniciativa legislativa de projetos que interfiram na gestão administrativa. Precedentes. Desrespeito ao princípio constitucional da 'reserva de administração'. Precedentes do STF. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º; 47, incisos II, XI, XIV e XIX; e*

Acesso ao Sumário

144 da Constituição Estadual). Ação procedente, na parte conhecida." (ADI n. 2196572-36.2016.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 22.02.2017, g.n.).

Em relação ao mérito, importante lembrar que a mencionada Lei n. 8.106 de 04 de dezembro de 2013, do Município de Jundiaí, originou-se de projeto de iniciativa parlamentar e que, após veto total do Prefeito Municipal, foi promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal.

Examinado o ato normativo em questão, não resta dúvida de que é efetivamente incompatível com o disposto no art. 1º da Constituição do Estado de São Paulo, cuja observância é obrigatória pelos Municípios (v. art. 144).

Com efeito, é cediço que a Constituição da República atribuiu competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre proteção ao meio ambiente, *in verbis*:

"Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

[...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência da lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário."

De outro lado, o artigo 30, incisos I e II, da nossa Lei Maior, guardou competência aos Municípios para, respectivamente, *"legislar sobre assuntos de interesse local"* e *"suplementar a legislação federal e a estadual no que couber"*.

Segundo Toshio Mukai, *"a competência do município é sempre concorrente com a da União e a dos Estados-membros, podendo legislar sobre todos os aspectos do meio ambiente, de acordo com a autonomia local, prevalecendo sua legislação sobre qualquer outra,* ***desde que inferida do seu predominante interesse; não prevalecerá em relação às outras legislações, nas hipóteses em que estas forem diretamente inferidas de suas competências privativas, subsistindo a do Município, entretanto, embora observando as mesmas****"*. E segue: *"Ainda sobre a possibilidade de o Município legislar sobre meio ambiente... Outra alteração que se deu com a nova carta de 1988 foi a*

Acesso ao Sumário

inclusão da possibilidade do ente municipal legislar suplementando a norma federal e estadual, inclusive nas matérias dispostas no artigo 24, da Constituição Federal, ***suprindo omissões e lacunas, mas sem confrontá-las****: Em que pese a nova permissibilidade de competência municipal, deve ela ser analisada com cautela, levando-se em consideração cumulativamente o* ***interesse local*** *disposto no inciso I, do mesmo artigo 30 e a competência comum prevista nos incisos V e VI, do artigo 23"* (*in* Direito Ambiental sistematizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002., g.n.).

No caso em apreço, a Lei n. 8.106 de 04 de dezembro de 2013, do Município de Jundiaí, ao estabelecer norma que proíbe a realização de cirurgias que eliminam as cordas vocais de cães e gatos, inequivocamente regulou matéria de polícia administrativa relacionada à proteção do meio ambiente; porém, referido diploma local desbordou da autorização conferida pelo art. 30, da Constituição Federal, na medida em que não se estava diante de lacuna legislativa, tampouco de situação que caracterizasse predominância do interesse local.

Conforme ponderou o autor, no Estado de São Paulo foi editada a Lei n. 11.488, de 10 de outubro de 2003, que se encontra vigente e eficaz. Referida lei *"Proíbe a cirurgia de cordotomia em cães e gatos."* e dispõe nos seguintes termos:

"Artigo 1.º – Ficam os médicos veterinários proibidos de realizar a cirurgia de cordotomia em cães e gatos.

Artigo 2.º – O descumprimento do disposto no Artigo 1.º desta lei sujeitará os infratores às seguintes sanções:

I – multa, no valor de 5000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo – UFESPs;

II – exclusão.

Artigo 3.º – As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias, consignadas no orçamento e suplementadas se necessário, devendo os orçamentos futuros destinar recursos específicos para seu fiel cumprimento.

Artigo 4.º – O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar de sua publicação.

Artigo 5.º – Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.".

Assim, existindo lei estadual que disciplina exaustivamente a matéria, não há espaço para que o Município exerça a competência legislativa prevista no artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal, até mesmo porque ocorreria indesejável sobreposição de legislações sobre o mesmo tema – no caso concreto, inclusive no que diz respeito à previsão de multa.

Acesso ao Sumário

Em outras palavras, ao disciplinar matéria cuja competência foi atribuída concorrentemente a outros entes federativos, o legislador municipal extrapolou sua competência limitada a regular matéria de interesse predominantemente local. Pode-se afirmar, portanto, que a lei municipal que tratar de matéria cuja competência é do legislador federal ou estadual está, ao desrespeitar a repartição constitucional de competências, a violar o princípio federativo.

Acerca do exercício da competência legislativa suplementar pelos Municípios, confiram-se os seguintes julgados deste Órgão Especial:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 816, de 3 de maio de 2017, do Município de Guatapará, que 'autoriza o executivo municipal a implantar no sistema educacional a inclusão, nos cursos de formação de educação especial, de fonoaudiologia e de magistério, em seus níveis infantil, fundamental e médio, do ensino da língua brasileira de sinais – LIBRAS, como parte integrante dos parâmetros curriculares nacionais – PCNs, e dá outras providências'. Preliminar – Análise de ofensa a dispositivos da Lei Orgânica do Município – Inadmissibilidade – Ausência de parametricidade. Mérito – Tema relacionado a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência – Art. 24, XIV da CF/88 – Competência normativa da União para estabelecer regras gerais – ***Ausência de singularidade no texto da norma a justificar a regulação da matéria no âmbito do Município – Violação de regra de repartição constitucional de competência legislativa e, por consequência, do princípio federativo de que trata o art. 144 da Constituição Estadual*** *– Inconstitucionalidade reconhecida – Ação procedente."* (ADI n. 2084656-60.2017.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno, j. 30.08.2017, g.n.).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS – Lei Complementar n. 27/15, do Município de Indaiatuba – Tema analisado em sede de repercussão geral, tendo-se decidido que a matéria deve ser regulamentada em norma de caráter nacional – Efeito vinculante da decisão proferida pelo E. STF – Ausência de interesse local a justificar eventual competência legislativa municipal – Ação julgada procedente." (ADI n. 2227166-33.2016.8.26.0000, Rel. Des. Moacir Peres, j. 10.05.2017).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n. 5.976, de 24 de novembro de 2015, que dispõe sobre a proibição aos postos de combustíveis de continuarem o abastecimento de veículos após o acionamento da trava de segurança das bombas de combustíveis – ***Matéria tratada na lei impugnada que diz respeito ao direito do consumidor, bem como preservação ao meio ambiente****, com a redução de emissão de gases no ato do abastecimento, além de se relacionar com a proteção do trabalhador (frentista) – Competência privativa da União ou concorrente com os Estados – Inteligência dos artigos 22, I e 24, VIII, ambos da Constituição Federal –* ***Inexistência de interesse***

Acesso ao Sumário

local a justificar a atuação suplementar do Município *– Inconstitucionalidade declarada – Ação procedente."* (ADI n. 2002413-93.2016.8.26.0000, Rel. Des. Salles Rossi, j. 11.05.2016, g.n.).

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei municipal dispôs: '... as agências e postos de serviços dos estabelecimentos bancários localizados no Município de São José do Rio Preto ficam proibidos de recusarem ou oferecerem resistência ao recebimento de boletos bancários de outras instituições, desde que dentro do prazo de vencimento'. Vício de iniciativa. Inocorrência. Matéria não elencada no art. 24, § 2º, da Constituição Estadual. Inobservância ao princípio da separação de Poderes. Descabimento. O exercício da fiscalização e autuação de eventuais infratores, nos termos da lei impugnada, em tese, seria inerente ao poder de polícia da Administração, não lhe acarretando despesas extraordinárias. ***Desrespeito ao pacto federativo. Ocorrência****. Lei Municipal que não apenas invade a competência privativa da União para legislar sobre instituições financeiras e suas operações, mas também se imiscui indevidamente na política regulatória do Conselho Monetário Nacional e atribui ao Poder Executivo local atividade que se encontra dentro do poder de fiscalização do Banco Central.* ***Ausência, ademais, de interesse local apto a justificar a criação do diploma impugnado.*** *Sendo o pacto federativo princípio fundamental da República, identifica-se absoluta incompatibilidade entre a lei municipal e o art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo. Procedente a ação."* (ADI n. 2096926-87.2015.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 26.08.2015).

Nesse passo, admitir-se-ia a suplementação se a lei municipal objetivasse apenas adaptar a legislação da esfera alheia às especificidades e particularidades locais, na medida do interesse local, o que não ocorreu nesta hipótese, em que a norma do Município de Jundiaí dispôs sobre tema que não estava sujeito à sua alçada, além de já ter sido regulado por lei estadual.

Ademais, mesmo que não houvesse legislação estadual a respeito do tema, ausente estaria o interesse local e sua predominância, que é a cláusula geral de competência municipal, sendo, portanto, inviável a edição do ato normativo pelo Município.

Oportuno aludir, em arremate, à Tese n. 145 de Repercussão Geral, fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 586224, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 05.03.2015:

"O Município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c.c. 30, I e II, da Constituição Federal)".

Como se vê, é irrecusável a incompatibilidade da legislação municipal

Acesso ao Sumário

impugnada com os artigos 1º e 144, da Constituição Estadual, razão pela qual deve mesmo ser declarada inconstitucional, pelas razões acima externadas.

Ante o exposto, conhece-se em parte e julga-se procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 8.106, de 04 de dezembro de 2013, do Município de Jundiaí.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2110196-76.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE AVARÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE AVARÉ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "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 31621)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), JACOB VALENTE, 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, 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, 27 de março de 2019.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO XIV DO ARTIGO 27 E INCISO XV E PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28, AMBOS DA LEI ORGÂNICA DA INSTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ.

1) ESTABELECIMENTO DE NECESSIDADE DE LEI DA CÂMARA MUNICIPAL PARA A AUTORIZAÇÃO DE FORMALIZAÇÃO DE CONSÓRCIOS COM OUTROS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE (ART. 144

Acesso ao Sumário

DA CE). INCOMPATIBILIDADE COM A RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO (ARTS. 5º E 47, II, XIV E XIX, 'A', DA CE). AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XIV DO ARTIGO 27 DECLARADA COM EFEITOS *EX TUNC*.

2) PREVISÃO DE LEI ESPECÍFICA PARA A AUTORIZAÇÃO DE CONVÊNIOS, ACORDOS OU CONTRATOS QUE RESULTEM PARA O MUNICÍPIO ENCARGOS NÃO PREVISTOS NA LEI ORÇAMENTÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE DO STF (ADI 331-PB, TRIBUNAL PLENO. REL. MIN. GILMAR MENDES, 03-04-2014. V.U. DJE 02-05-2014). RECONHECIMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO XV E PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28.

PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido liminar, proposta pelo Prefeito do Município de Avaré, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do inciso XIV do artigo 27 e do inciso XV e do parágrafo único do artigo 28, ambos da Lei Orgânica da Instância Turística de Avaré, os quais dispõem sobre a necessidade de prévia autorização da Câmara Municipal, por lei específica, para que o Município possa formalizar qualquer tipo de convênio.

Alega o promovente, em síntese, que os dispositivos atacados são inconstitucionais por afrontar os artigos 5º, 47, incisos II, e XIX, e 144 da Constituição Estadual e, por via reflexa, os artigos 2º e 84, inciso VI, letra "a" da Constituição Federal, pois cabe exclusivamente ao Poder Executivo a decisão quanto à celebração de contratos administrativos, não dependendo de autorização legislativa para a sua realização e formalização. Afirma que é patente a violação ao princípio da separação de poderes.

Pediu "in limine" a imediata suspensão da eficácia do inciso XIV do artigo 27 e do inciso XV e parágrafo único do artigo 28 da Lei Orgânica do Município de Avaré.

A liminar foi inicialmente denegada pelo Exmo. Des. Relator João Negrini Filho, nos seguintes termos: *"Ausentes os pressupostos legais, indefiro a liminar requerida. Isso porque a Lei Orgânica do Município de Avaré foi promulgada*

Acesso ao Sumário

há mais de 20 anos, sendo que os dispositivos impugnados tiveram alteração em sua redação pelas Emendas nº 63/2004, 72/2008 e 73/2009 e, neste interregno, sua constitucionalidade jamais foi discutida. Nada obsta, portanto, que se aguarde o julgamento do feito antes de suspender os efeitos da referida norma".

Contra a referida decisão, o requerente interpôs agravo regimental, em que trouxe elementos novos que apontaram o preenchimento do requisito do *periculum in mora*, consubstanciado na necessidade de firmar um convênio com a União, para a delegação de exploração de um aeroporto local, o qual, em razão dos dispositivos impugnados, não foi autorizado pela Câmara Municipal, fato que afirmou prejudicar a administração atual, ainda que a Lei Orgânica tenha vinte anos de vigência (fls. 112/120). Diante da constatação de que restaram preenchidos os pressupostos legais para a concessão da liminar, o agravo regimental foi provido, deferindo-se a liminar pleiteada, para a suspensão dos efeitos dos artigos arts. 27, XIV e 28, XV, parágrafo único da Lei Orgânica Municipal de Avaré. (fls. 196/199).

Citado o Sr. Procurador-Geral do Estado, declinou do interesse na defesa do ato normativo impugnado (fls. 94/95), por tratar-se de matéria de interesse local.

Requisitadas informações à Câmara Municipal de Jundiaí estas foram prestadas às fls. 97/104, oportunidade em que defendeu a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, invocando o artigo 29, *caput*, e o inciso XI, da Constituição Federal. Afirmou que as disposições previstas na Lei Orgânica do Município de Avaré não ofendem a harmonia e independência dos Poderes, uma vez que cabe ao Legislativo Municipal fiscalizar a administração direta e indireta, coibindo eventual deficiência no controle externo posterior e que a necessidade da prévia autorização da Câmara Municipal para celebração de convênios, tal como disposto na Lei Orgânica do Município de Avaré, decorre do seu poder de auto-organização e fiscalização da administração direta e indireta. Juntou jurisprudência (fls. 107/110).

O i. Procurador-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 209/223, pelo parcial provimento do pedido. Constou da ementa do parecer:

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE AVARÉ. DISPOSITIVOS ALTERADOS PELAS EMENDAS 63/2004, 72/2008 E 73/2009. I – ESTABELECIMENTO DE NECESSIDADE DE LEI DA CÂMARA MUNICIPAL PARA A AUTORIZAÇÃO DE FORMALIZAÇÃO DE CONSÓRCIOS COM OUTROS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE (ART. 144 DA CE). INCOMPATIBILIDADE COM A RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO (ARTS. 5º E 47, II, XIV E XIX, 'A', DA CE). II – PREVISÃO DE LEI ESPECÍFICA PARA A AUTORIZAÇÃO DE CONVÊNIOS, ACORDOS OU CONTRATOS QUE RESULTEM PARA O

Acesso ao Sumário

MUNICÍPIO ENCARGOS NÃO PREVISTOS NA LEI ORÇAMENTÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE DO STF (ADI 331-PB, TRIBUNAL PLENO. REL. MIN. GILMAR MENDES, 03-04-2014. V.U. DJE 02-05-2014). PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. Norma impugnada que dispõe sobre a necessidade de lei da Câmara Municipal para a autorização de formalização de consórcios com outros municípios. Invasão da esfera da gestão administrativa, reservada ao Poder Executivo, porquanto envolve a prática de atos de administração e o exercício da direção superior da administração municipal, de sorte a malferir a separação dos poderes (arts. 5º e 47, II, XIV e XIX, 'a', da Constituição Paulista). Ademais, em atenção ao conceito de causa de pedir aberta, inerente ao contencioso direto de constitucionalidade de lei ou ato normativo, a disciplina referente a consórcios públicos ofende a competência normativa da União a qual se remete o artigo 144 da Constituição Estadual. Violação, por conseguinte, aos arts. 22, XXVII, 23, parágrafo único, e 241, da Constituição Federal.

2. Norma impugnada que prescreve a obrigatoriedade de lei específica para a autorização de convênios, acordos ou contratos que resultem para o município encargos não previstos na lei orçamentária. Constitucionalidade. Precedente do STF, ADI 331-PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, 03-04-2014, v.u., DJe 02-05-2014).

3. Parecer pela parcial procedência do pedido, para o fim de declarar apenas a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 27, reconhecendo-se a constitucionalidade do inciso XV e do parágrafo único do artigo 28, ambos da Lei Orgânica de Avaré".

É o relatório.

O presente incidente tem como intenção discutir a constitucionalidade do inc. XIV do art. 27 e do inc. XV e parágrafo único do art. 28, da Lei Orgânica da Estância Turística de Avaré, os quais têm a seguinte redação:

Art. 27. Compete à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, não exigida esta para o especificado no art. 28, exceto seu parágrafo único, dispor sobre todas as matérias de competência do Município e especialmente: (redação dada pela Emenda à Lei Orgânica nº 72/2008)

(...)

XIV – autorizar consórcios com outros municípios; (redação dada pela Emenda à Lei Orgânica nº 63/2004).

Art. 28. Compete, privativamente, à Câmara Municipal exercer as seguintes atribuições, dentre outras:

XV – autorizar ou aprovar convênios, acordos ou contratos que resultem para o município encargos não previstos na lei orçamentária; (redação dada pela Emenda à Lei Orgânica nº 73/2009) (renumerado pela Emenda à Lei Orgânica nº 72/2008)

Parágrafo único. O disposto nos incisos XIII e XV acontecerá apenas por

Acesso ao Sumário

lei específica. (redação dada pela Emenda à Lei Orgânica nº 72/2008).

Sustenta o requerente que as normas impugnadas são inconstitucionais porque, ao disporem sobre a necessidade de prévia autorização da Câmara Municipal, por lei específica, para que o Município possa formalizar qualquer tipo de convênio, violam os artigos 5º, 47, incisos II, e XIX, e 144 da Constituição Estadual, de modo que patente a violação ao princípio da Separação de Poderes.

Pois bem. O princípio da Separação de Poderes está consagrado na Carta Estadual de São Paulo no art. 5º[1], em ressonância do art. 2º da Constituição Federal[2], que conjugado com o disposto no art. 60, § 4º[3] desta, determinam 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[4], a competência para o exercício do Poder

1 **Constituição Estadual do Estado de São Paulo:** "**Art. 5º:** "São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

2 **Constituição Federal:** "**Art. 2º:** São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

3 **Constituição Federal:** "**Art. 60:** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
(;;;)
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I – a forma federativa de Estado;
II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
III – a separação dos Poderes;
IV – os direitos e garantias individuais".

4 **Constituição Estadual de São Paulo:** "**Artigo 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 de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
(...)
§ 2º Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:
1 – criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;
2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX;
3 – organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;
4 – declaração de utilidade pública de entidades de direito privado.
5 – militares, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para inatividade, bem como fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;
6 – criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos".

Executivo no art. 37[5], e a competência privativa do chefe do Executivo no art. 47[6], tudo o que resta aplicável aos Municípios por força do art. 144[7] 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

5 **Constituição Estadual de São Paulo:** "**Art. 37.** O Poder Executivo é exercido pelo Governador do Estado, eleito para um mandato de quatro anos, podendo ser reeleito para um único período subseqüente, na forma estabelecida na Constituição Federal".

6 **Constituição Estadual de São Paulo:** "**Art. 47.** Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:
I – representar o Estado nas suas relações jurídicas, políticas e administrativas;
II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;
III – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como, no prazo nelas estabelecido, não inferior a trinta nem superior a cento e oitenta dias, expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução, ressalvados os casos em que, nesse prazo, houver interposição de ação direta de inconstitucionalidade contra a lei publicada;
IV – vetar projetos de lei, total ou parcialmente;
V – prover os cargos públicos do Estado, com as restrições da Constituição Federal e desta Constituição, na forma pela qual a lei estabelecer;
VI – nomear e exonerar livremente os Secretários de Estado;
VII – nomear e exonerar os dirigentes de autarquias, observadas as condições estabelecidas nesta Constituição;
VIII – decretar e fazer executar intervenção nos Municípios, na forma da Constituição Federal e desta Constituição;
IX – prestar contas da administração do Estado à Assembleia Legislativa na forma desta Constituição;
X – apresentar à Assembleia Legislativa, na sua sessão inaugural, mensagem sobre a situação do Estado, solicitando medidas de interesse do Governo;
XI – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;
XII – fixar ou alterar, por decreto, os quadros, vencimentos e vantagens do pessoal das fundações instituídas ou mantidas pelo Estado, nos termos da lei;
XIII – indicar diretores de sociedade de economia mista e empresas públicas;
XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;
XV – subscrever ou adquirir ações, realizar ou aumentar capital, desde que haja recursos hábeis, de sociedade de economia mista ou de empresa pública, bem como dispor, a qualquer título, no todo ou em parte, de ações ou capital que tenha subscrito, adquirido, realizado ou aumentado, mediante autorização da Assembleia Legislativa;
XVI – delegar, por decreto, a autoridade do Executivo, funções administrativas que não sejam de sua exclusiva competência;
XVII – enviar à Assembleia Legislativa projetos de lei relativos ao plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, dívida pública e operações de crédito;
XVIII – enviar à Assembleia Legislativa projeto de lei sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos.
XIX – dispor, mediante decreto, sobre:
a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;
b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

7 **Constituição Estadual de São Paulo:** "**Art. 144:** Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição".

Acesso ao Sumário

matéria determina, 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, estão sendo impugnadas duas normas da Lei Orgânica do Município de Avaré: **I)** estabelecimento de necessidade de lei da Câmara Municipal para a autorização de formalização de consórcios com outros Municípios (inc. XIV do art. 27 da LOM) e **II)** previsão de lei específica para a autorização de convênios, acordos ou contratos que resultem para o Município encargos não previstos na lei orçamentária (inc. XV e parágrafo único do art. 28 da LOM).

Os consórcios e convênios estão previstos no art. 241 da Constituição Federal, estabelecendo que: *"a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos"*.

Sobre o conceito dos consórcios e convênio, ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro, que: *"os consórcios administrativos (ainda celebrados como acordos de vontade, sem adquirir personalidade jurídica) têm pontos comuns com os convênios, porque em ambos o objetivo é o de reunir esforços para a consecução de fins comuns às entidades consorciadas ou conveniadas. Em ambos, existe um acordo de vontades que não chega a ser um contrato, precisamente pelo fato de os interesses serem comuns, ao passo que, no contrato os interesses são contrapostos. As entidades têm competências iguais, exercem a mesma atividade, objetivam o mesmo resultado, estabelecem mútua cooperação. Portanto, a semelhança entre convênio e consórcio é muito grande; só que o convênio se celebra entre uma entidade pública e outra entidade pública, de natureza diversa, ou outra entidade privada. E o consórcio é sempre entre entidades da mesma natureza: dois ou mais Municípios, dois ou mais Estados, duas ou mais entidades autárquicas etc"*[8].

Diante do quanto acima exposto, é de se concluir que a celebração de convênios e a participação em consórcios municipais configuram atividades nitidamente administrativas, atos de gestão e administração e exercício da direção superior da Administração Municipal para satisfação das necessidades essenciais coletivas e, portanto, da esfera própria da atividade do Administrador Público, nos termos do art. 47, incs. II e XIX, "a", da Constituição Estadual[9].

8 Direito Administrativo, 31. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2018, pag. 383.

9 **Constituição Estadual de São Paulo.** "**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; (...)
XIX – dispor, mediante decreto, sobre:

De tal sorte que o condicionamento da celebração de convênios e consórcios à prévia autorização da Câmara Municipal define afronta manifesta aos artigos 5º, 47 e 144 da Constituição Estadual, violando o princípio da Separação dos Poderes.

No mesmo sentido, o parecer do i. Membro do Ministério Público, nos seguintes termos: *"(...) Cabe exclusivamente ao Poder Executivo a decisão quanto à celebração de convênios, nas diversas áreas de gestão, envolvendo os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual, ou entidades privadas, bem como a de consórcios com outros municípios, prescindindo de autorização legislativa para tanto. Tal se dá porque tais atos configuram atos de administração e exercício da direção superior da administração municipal. Esta característica administrativa de tais atos vem reforçada pela norma do art. 241 da Constituição Federal, que atribui competência privativa aos Municípios para disciplinar, por meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Exige-se, portanto, lei geral tão só para disciplinar aspectos genéricos dos consórcios e convênios públicos, e não lei específica, autorizando de modo direto a realização de convênio determinado. Assim, quando a Lei Orgânica do Município estabelece que cabe ao Poder Legislativo Municipal autorizar a celebração de convênios com entidades públicas ou particulares e de consórcios com outros municípios – tal como ocorre com o inciso XIV do art. 27 da Lei Orgânica de Avaré –, tal previsão é inconstitucional por invadir, indevidamente, esfera que é própria da atividade do Administrador Público, violando o princípio da separação de poderes."* (fls. 213).

Este C. Órgão Especial já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema. Confira-se as seguintes ementas:

> "Ação direta de inconstitucionalidade. Inciso XIV do artigo 8º da Lei Orgânica do Município de Itu. Necessidade de autorização legislativa prévia à celebração de convênios e consórcios. Inconstitucionalidade. Invasão de competência exclusiva do Poder Executivo. Descabimento. Desrespeito aos artigos 5º, caput, 47, incisos II e XIX, alínea 'a' e 144 da Constituição do Estado. Ação procedente."[10]
>
> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (...) – Ação visando a declaração de inconstitucionalidade do inciso VIII do artigo 19, da Lei Orgânica do Município de Guaratinguetá – Norma que estatui caber à Câmara Municipal, 'com a sanção do Prefeito', dispor sobre 'convênios com Entidades públicas ou particulares e Consórcios com

Acesso ao Sumário

a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos";

10 ADIN nº 2251487-98.2017.8.26.0000, Rel. Borelli Thomaz, j. 09.05.2018.

outros Municípios' – Matéria submetida à reserva de Administração, prescindindo de prévia autorização legislativa – Atividade inserida na esfera do poder discricionário da administração, cabendo ao Poder Executivo decidir a respeito da conveniência e oportunidade – Norma, ademais, que submetendo o ajuste de consórcios à iniciativa da Câmara, ofende o princípio federativo – Legislação local que adentra o campo da iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, violando o princípio da separação de Poderes (arts. 5º; 47, II, XIV e XIX, e 144 da CE), além de violar o princípio federativo no que toca à questão atinente ao estabelecimento de consórcios (arts. 22, XXVII, 23, parágrafo único, e 241, da CF, aplicáveis aos Municípios por força dos arts. 144 da CE e 29 *caput* da CF) – Inconstitucionalidade declarada."[11]

"DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INCISO XII, DO ARTIGO 35, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE JARDINÓPOLIS QUE ATRIBUI À CÂMARA MUNICIPAL O PODER DE AUTORIZAR CONVÊNIOS CELEBRADOS PELO PODER EXECUTIVO COM ENTIDADES PÚBLICAS OU PARTICULARES, BEM COMO CONSÓRCIOS COM OUTROS MUNICÍPIOS – ATO TÍPICO DE ADMINISTRAÇÃO, A CARGO DO CHEFE DO EXECUTIVO LOCAL QUE NÃO PODE SER SUBMETIDO À AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA SOB PENA DE OFENSA À INDEPENDÊNCIA DOS PODERES – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA APENAS DO INCISO XII, DO ARTIGO 35, DA LOM DE JARDINÓPOLIS – DECRETO DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO"[12]

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO XII DO ARTIGO 18 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE JALES QUE IMPÕE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA A CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS E CONSÓRCIOS PELO PODER EXECUTIVO. INCONSTITUCIONALIDADE. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PLENAMENTE DISPENSÁVEL, NA MEDIDA EM QUE A CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS E CONSÓRCIOS É ATO TÍPICO DE ADMINISTRAÇÃO, A CARGO DO CHEFE DO EXECUTIVO LOCAL, SENDO QUE QUALQUER INTERFERÊNCIA OU LIMITAÇÃO FERE O CONSECTÁRIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES, CONSAGRADO NO ARTIGO 5º DA CARTA ESTADUAL. (...). AÇÃO PROCEDENTE".[13]

Conclui-se, então, ocorrer a inconstitucionalidade do inc. XIV do art. 27 da Lei Orgânica da Estância Turística de Avaré.

Por outro lado, perfeitamente constitucional a previsão contida no inc. XV, do art. 28 da Lei Complementar do Município de Avaré, ou seja, a autorização prévia pela Câmara Municipal para realização de convênios, acordos ou contratos **que resultem para o Município encargos não previstos na lei orçamentária**. **(n/ grifo)**.

Acesso ao Sumário

11 ADIN nº 2112489-53.2017.8.26.0000, Rel. João Carlos Saletti, j. 14.03.2018.
12 ADIN nº 2182140-75.2017.8.26.0000, Rel. Ferraz de Arruda, j. 21.02.2018.
13 ADIN nº 2112498-15.2017.8.26.0000, Rel. Xavier de Aquino, j. 13.09.2017.

Referida autorização pelo Legislativo encontra guarida no inciso XIX do art. 20 da Constituição Estadual, o qual dispõe: *"Art. 20. Compete, exclusivamente, à Assembleia Legislativa: (...) XIX – 'autorizar ou aprovar convênios, acordos ou contratos de que resultem para o Estado encargos não previstos na lei orçamentária";*

Quanto ao tema, ensina também Maria Sylvia Zanella di Pietro: *"Quanto à necessidade de autorização legislativa para a celebração de convênio ou consórcio, embora exigida em algumas leis orgânicas, a exigência é inconstitucional, por implicar o controle do Legislativo sobre atos administrativos do Poder Executivo, em hipótese não prevista na Constituição. Nesse sentido o entendimento do STF (RDA 140/68).* ***No entanto, se o convênio ou o consórcio envolverem repasse de verbas não previstas na lei orçamentária, daí sim é necessária autorização legislativa****".*[14] (n/ grifo).

Do mesmo modo, o posicionamento do C. Supremo Tribunal Federal, ao fundamentar decisão no sentido de que: *"acordos ou convênios que podem gerar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual podem ser submetidos à autorização do legislativo local, sem violar o princípio da separação dos poderes."*[15]

Conclui-se, pois, que não cabe à Câmara Municipal autorizar previamente a celebração de convênios ou consórcios, eis que tal autorização constitui ingerência na atividade reservada ao Executivo, **salvo** se envolverem repasse de verba que resulte para o Município encargos não previstos na lei orçamentária.

É o suficiente, pois, para julgar o pedido parcialmente procedente, para o fim de declarar a inconstitucionalidade apenas do inciso XIV do art. 27, com efeito *ex tunc*, reconhecendo-se a constitucionalidade do inciso XV e do parágrafo único do artigo 28, ambos da Lei Orgânica de Avaré.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a ação, nos termos do v. acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2251259-89.2018.8.26.0000, 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,

14 idem, pag. 384.

15 STF:

1) ADI 331-PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.04.2014.

2) RE 488065/SP – São Paulo, Rel. Min Marco Aurélio, j. 27.03.2017

proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.689)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, 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, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei Municipal nº 14.242, de 28 de setembro de 2018, que institui a Lei Lucas que dispõe sobre a obrigatoriedade de realização de cursos de primeiros socorros para funcionários e professores de estabelecimentos no Município de Ribeirão Preto voltados ao ensino ou recreação infantil e fundamental e cria o selo "Lei Lucas", conforme especifica – Ausência de violação à separação de poderes – Matéria que não se inclui às de iniciativa reservada ao poder Executivos – Artigos 5º e 144, da Constituição Estadual – Violação ao princípio federativo por usurpação de competência da união e dos estados para legislar sobre proteção à saúde tão somente em relação ao art. 9º e parágrafo único do art. 10 da lei local. Disposições diversas da legislação estadual. Ação Procedente, em parte.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, relativa à Lei Municipal nº 14.242, de 28 de setembro de 2018, que institui a Lei Lucas que dispõe sobre a obrigatoriedade de realização de cursos de primeiros socorros para funcionários e professores de estabelecimentos no Município de Ribeirão Preto voltados ao ensino ou recreação infantil e fundamental e cria o selo "Lei Lucas", conforme especifica.

Acesso ao Sumário

Alega que as normas legais mencionadas contrariam o disposto nos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144, da Constituição Estadual.

Deferida a liminar (fls. 37/38).

A Câmara Municipal apresentou de informações (fls. 51/55).

Citada, a Procuradoria Geral do Estado deixou de apresentar defesa por entender lhe falecer interesse (fls.47/48).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pela parcial procedência da ação (fls. 103/116).

É o relatório.

A Lei Municipal ora guerreada, assim se encontra redigida:

Art. 1º Fica instituída a obrigatoriedade da realização de cursos de noções básicas de primeiros socorros para professores, funcionários e colaboradores de estabelecimentos no Município de Ribeirão Preto voltados ao ensino ou recreação infantil e fundamental, em consonância com a Lei Estadual 15.661/2015.

Art. 2º A obrigatoriedade que rege esta lei se dará aos seguintes estabelecimentos: I – escolas particulares e estabelecimentos privados de recreação infantil; II – escolas da rede pública de ensino.

Art. 3º As escolas terão que oferecer treinamento a todos seus funcionários e professores em cursos de primeiros socorros, uma vez ao ano, com carga horária mínima de 8 horas, para atendimento em todos os períodos de funcionamento.

§ 1º Não haverá necessidade de contratação de funcionários ou professor com função específica para atendimento em primeiros socorros.

§ 2º Ainda que de contratos de modo temporário, os profissionais serão obrigados à realização do curso.

§ 3º Os estabelecimentos ficarão dispensados do oferecimento deste curso a profissionais que já possuírem a certificação, seja aquela conferida quando o profissional estiver vinculado a outro estabelecimento de ensino, seja aquela outorgada em curso realizado individualmente pelo profissional.

§ 4º Serão válidas todas as certificações conferidas por pessoa jurídica de direito público ou privado que sejam credenciadas para o oferecimento do curso, não sendo necessário que o curso seja oferecido nesta cidade ou neste estado, bastando apenas que o curso tenha reconhecimento nacional.

§ 5º Os novos professores e funcionários, quando contratados pelos estabelecimentos, deverão realizar o curso de primeiros socorros contados 180 (cento e oitenta) dias de sua contratação.

Art. 4º Os estabelecimentos poderão oferecer os cursos de primeiros socorros às pessoas mediante contratação de empresa

Acesso ao Sumário

especializada ou através de convênio, quando possível, com órgãos públicos municipais, estaduais ou federais especializados em práticas de auxílio imediato e emergencial à população, tendo como objetivo:

I – identificar e agir preventivamente em situações de emergência e urgências médicas;

II – intervir no socorro imediato do acidentado até que o suporte médico especializado, local ou remoto, torne-se possível.

§ 1º Poderão ser solicitadas para os cursos as seguintes entidades: Corpo de Bombeiros, Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU), Defesa Civil, Forças Policiais, Secretarias de Saúde, Cruz Vermelha ou serviços assemelhados.

§ 2º No caso da rede pública de ensino municipal, os critérios estabelecidos pelas secretarias competentes deverão considerar o uso da estrutura interna da própria administração pública, tanto de pessoal capacitado para a cessão dos treinamentos, preferencialmente com a presença de profissionais de entidades públicas supracitadas neste artigo, não gerando gastos ao erário.

Art. 5º O Poder Executivo poderá regulamentar a presente lei, indicando neste ato, qual o órgão da administração que será responsável por fiscalizar e no que for possível sem que represente custo ao município.

Parágrafo Único. Será considerada preferencialmente a Secretaria Municipal de Educação para a fiscalização e orientação da aplicação da presente norma legal com o auxílio do Conselho Municipal de Educação.

Art. 6º Os estabelecimentos que constam no artigo 2° desta lei deverão ter kits de primeiros socorros conforme orientação das entidades especializadas em atendimento emergencial à população.

Art. 7º Os estabelecimentos que possuírem profissionais que não estejam ainda certificados com o curso de primeiros socorros terão o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da publicação desta lei, para se adequarem.

Art. 8º O não cumprimento desta lei acarretara em multas e sanções a serem regulamentadas pelo Poder Executivo Municipal por decreto.

Art. 9º Fica facultado aos estabelecimentos e profissionais participantes a adoção do "Selo Lei Lucas", garantindo a adequação dos mesmos ao programa previsto da presente lei.

Art. 10. O selo "Lei Lucas" seguirá modelo do movimento nacional "Vai Lucas".

Parágrafo Único. As entidades poderão exibir o selo em local visível, estando autorizadas sua divulgação em seus materiais.

Art. 11. O Poder Executivo poderá regulamentar a presente lei

Acesso ao Sumário

naquilo que for necessário ao seu fiel cumprimento.

Art. 12. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Procede, em parte, a ação.

Não se verifica a alegada violação aos arts. 5º, 24, § 2º, 2, 47, incisos II, XIV e XIX, a, e 144 da Constituição Estadual, apontada na inicial.

Assim prevê o artigo 5º, *caput*, da Constituição Estadual:

Art.5º "São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

O mesmo princípio se aplica no âmbito municipal, conforme dispõe o artigo 144 da Carta Estadual, *in verbis*:

Art.144 – "Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição"

Segue-se, pois, que nos Municípios o Executivo e o Legislativo guardam independência entre eles, sem prejuízo, é óbvio, da harmonia em suas relações.

No caso em exame, o ato normativo impugnado cuidava, tão somente, da obrigatoriedade de instalação de câmeras de monitoramento em escolas públicas municipais e cercanias, protegendo, mediante a imposição de prestações positivas ao Poder Público, direitos fundamentais de segunda geração relacionados à criança e ao adolescente, conforme preceitua o art. 227 da Constituição Federal.

Sendo assim, a norma guerreada, que prevê a obrigatoriedade de profissional treinado e capacitado para primeiros socorros nas escolas, não cria ou altera a estrutura ou a atribuição de órgãos da Administração Pública local, nem trata do regime jurídico de servidores públicos e nem invade a reserva da administração.

Outro ponto a ser analisado é a questão dos limites da competência legislativa municipal suplementar, no que se refere à violação do art. 24 da Constituição Federal, e a resposta é negativa.

Acesso ao Sumário

A lei em exame, não cuida de educação e nem de proteção à infância e juventude, mas sim de proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), sendo a competência para legislar sobre referida matéria concorrente da União e dos Estados, cabendo aos Municípios suplementar a legislação federal e estadual no que couber, na medida do interesse local.

O Estado de São Paulo, no exercício da competência legislativa concorrente, editou a Lei Estadual nº 15.661/2015, de modo que remanesceria interesse local ao Município para disciplinar a questão no âmbito das escolas municipais, como ocorre no presente caso, sendo a lei objurgada, inclusive, em muitos aspectos mais protetiva que a Lei Estadual.

No entanto, em um ponto incorre em incorreção a lei municipal em exame.

O disposto nos artigos 9º, e parágrafo único do art. 10, nos quais se verifica que a norma local dispôs de forma diversa da lei estadual regente da matéria, extrapolando de fato, os limites da competência suplementar do Município, com isso afrontando o modelo constitucional de repartição de competência legislativa.

A Lei estadual nº 15.661/2015 estabelece que:

Artigo 2º-A – A instituição de ensino deverá fixar em local visível e de fácil acesso o selo de identificação, padronizado para todas as unidades escolares, denominado Selo "Lucas Begalli Zamora", com a finalidade de atestar que seus funcionários são habilitados no curso periódico de procedimentos de primeiros socorros.

De sua parte o artigo 9º e o parágrafo único do art. 10 da lei local estabelecem que a exibição do selo é facultativa. Contrariando, assim o comando legislativo estadual, pois inexiste, nesse assunto, nenhuma situação que decorre de peculiaridade local que atenda a particularidades ou especificidades do Município.

Isto posto, julga-se, procedente, em parte, a ação, para declarar a inconstitucionalidade do art. 9º e o parágrafo único do art. 10, ambos da Lei nº 14.242, de 28 de setembro de 2018 do Município de Ribeirão Preto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2230786-82.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITO 'EX TUNC'. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.568)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI,

Acesso ao Sumário

GERALDO WOHLERS e ELCIO TRUJILLO.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

CRISTINA ZUCCHI, Relatora

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 8.971, de 06 de junho de 2018, do Município de Jundiaí. Legislação de iniciativa parlamentar, que institui, na rede municipal de saúde, o "Programa de Informatização dos dados da Vacinação", abrangendo matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, nos termos da Constituição do Estado de São Paulo (artigos 5º, 24, § 2º, 2). Aplicação, ao caso, da repercussão geral nº 917 do STF. Violação, ademais, à reserva da administração, na medida em que compete ao Chefe do Executivo legislar sobre organização do serviço público (art. 47, incs. II, XIV, XIX "a", da Constituição Estadual). Ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade da norma, com efeito *ex tunc*.

VOTO

O Prefeito do Município de Jundiaí ajuizou a presente ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 8.971, de 06 de junho de 2018, que institui, na rede municipal de saúde, o "PROGRAMA DE INFORMATIZAÇÃO DOS DADOS DE VACINAÇÃO".

Sustenta o autor que a lei municipal, ora impugnada, embora com louvável escopo de cuidados com os dados de vacinação, acaba por dispor sobre a gestão municipal da saúde, invadindo competência que é do Chefe do Poder Executivo. Alega que a lei objurgada fere o princípio expresso da separação dos poderes, previsto diretamente no art. 2º, *caput*, da Constituição Federal, bem como o da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo quanto à administração pública, consoante art. 84, inc. II e III, também da Carta Federal, previsões estas que estão, respectivamente, espelhadas nos arts. 5º, 47 e 144 da Constituição Estadual Paulista.

Diante disso, requereu, liminarmente, a suspensão da vigência e eficácia da Lei nº 8.971, de 06 de junho de 2018, do Município de Jundiaí, até o final julgamento desta ação, sob o argumento de que restou devidamente demonstrado o *fumus boni juris*, ante a patente inconstitucionalidade formal das normas

Acesso ao Sumário

impugnadas, e que o *periculum in mora* está caracterizado, eis que a adoção de um programa diferente do já instalado nas salas de vacina do Município de Jundiaí (Sistema de Informações do Programa Nacional de Imunização do Ministério da Saúde, meio eletrônico obrigatório no Sistema Único de Saúde), além de dispendioso, será contraproducente, por tornar dúplice o trabalho dos servidores, sem que haja justificativa plausível para tanto.

A liminar foi deferida, nos seguintes termos: *"Diante da natureza da pretensão e dos elementos constantes dos autos, em exame perfunctório próprio deste momento processual, vislumbro presentes os pressupostos legais para a concessão da liminar (art. 10, § 3º, da Lei 9.868/99): o 'fumus boni iuris' e 'periculum in mora', porquanto há elementos a indicar a probabilidade de violação dos dispositivos constitucionais invocados, bem como de prejuízo ao Município, pelas despesas que a lei em exame cria ao erário ante a necessidade de operacionalização de informática e de treinamento para as unidades de vacinação, pelo que* ***DEFIRO a liminar*** *pleiteada, com a suspensão dos efeitos da Lei nº 8.971 de 06 de junho de 2018, do Município de Jundiaí"*. (fls. 68).

Requisitadas informações à Câmara Municipal de Jundiaí, estas foram prestadas às fls. 39/41. Indicou que: 1) tanto a Procuradoria Jurídica, quanto a Comissão de Constituição e Justiça, apresentaram pareceres desfavoráveis, em razão da inconstitucionalidade formal do Projeto de Lei, contudo, o projeto foi efetivamente aprovado pela Casa Legislativa; 2) o Chefe do Poder Executivo, no prazo tempestivo, houve por bem vetar totalmente a legislação de iniciativa parlamentar, encaminhando suas motivações, tendo a Procuradoria Jurídica reafirmado seu posicionamento inicial e acolhido as razões de veto, assim como a Comissão de Justiça e Redação elaborou parecer pela mantença do veto; 3) ao final do processo legislativo, o veto foi rejeitado, sendo promulgada a Lei nº 8.971, de 06 de junho de 2018.

Citado o Sr. Procurador-Geral do Estado, declinou do interesse na defesa do ato normativo impugnado (fls. 77/78), por tratar-se de matéria exclusivamente local.

O i. Subprocurador-Geral de Justiça manifestou-se às fls. 81/93, pela procedência da ação. Constou da ementa do parecer:

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 8.971, DE 06 DE JUNHO DE 2018, QUE INSTITUI, NA REDE MUNICIPAL DE SAÚDE, O PROGRAMA DE INFORMATIZAÇÃO DOS DADOS DA VACINAÇÃO. INICIATIVA PARLAMENTAR. SEPARAÇÃO DE PODERES. RESERVA DE INICIATIVA LEGISLATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO. GERAÇÃO DE DESPESA PÚBLICA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.
>
> 1. Lei Municipal nº 8.971, de 06 de junho de 2018, de iniciativa parlamentar,

que institui, na rede municipal de saúde, o Programa de Informatização dos dados da Vacinação.

2. A criação de órgãos ou serviços públicos do Poder Executivo, ou a conferência de respectivas atribuições, é matéria que se insere na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo se houver geração de despesa ou à reserva da Administração se não ocorrer (arts. 5º, 24, § 2º, 2 e 47, II, XIV e XIX, a, CE/89).

3. Quando lei de iniciativa parlamentar cria ou fornece atribuição ao Poder Executivo ou a seus órgãos demandando diretamente a realização de despesa pública não prevista no orçamento para atendimento de novos encargos, com ou sem indicação de sua fonte de cobertura inclusive para os exercícios seguintes, ela também padece de inconstitucionalidade por incompatibilidade com os arts. 25, 174, III, e 176, I, CE/89.

4. Procedência da ação." (fls. 81/82).

É o relatório.

O presente incidente tem como intenção discutir a constitucionalidade da Lei Municipal nº 8.971, de 06 de junho de 2018, a qual tem a seguinte redação:

"Art. 1º. É instituído o 'PROGRAMA DE INFORMATIZAÇÃO DOS DADOS DE VACINAÇÃO' na rede municipal de saúde, por meio do arquivamento em banco de dados eletrônicos das informações referentes à vacinação dos munícipes.

§ 1º. A infraestrutura de todos os estabelecimentos municipais de saúde será tornada adequada à execução do Programa, com computadores com acesso à internet e banco de dados para o armazenamento das informações.

§ 2º. Os servidores responsáveis pela alimentação do banco de dados serão treinados quanto à sua utilização e atualização.

§ 3º. Somente serão informatizadas as vacinações realizadas a partir da vigência desta lei.

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação". (fls. 13).

A procedência da ação é de rigor.

Acesso ao Sumário

O princípio da Separação de Poderes está consagrado na Carta Estadual de São Paulo no art. 5º, em ressonância ao art. 2º da Constituição Federal que, conjugado com o disposto no art. 60, § 4º desta, determinam que o legislador constituinte, ao adotar os Poderes independentes e harmônicos da República, cada qual com sua função soberana, buscou a finalidade maior de alcançar a segurança para o cidadão, evitando o arbítrio. Preservando o princípio da Separação dos Poderes, o constituinte pretendeu manter o equilíbrio entre os detentores das funções estatais. Portanto, entre os Poderes Legislativo e Executivo municipais, cuja harmonia está estruturada neste sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances*) devem ser atendidos o respeito e observância recíprocos.

Dentro dessa reciprocidade de controle e de atuação, a Constituição do Estado de São Paulo também estabelece a competência legislativa exclusiva do Chefe do Executivo no art. 24, § 2º[1], a competência para o exercício do Poder Executivo no art. 37[2], e a competência privativa do Chefe do Executivo no art. 47[3], tudo o que resta aplicável aos Municípios por força do art. 144[4] 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 Municipal nº 8.971 de 06 de junho de 2018, de iniciativa parlamentar, ao dispor sobre a instituição do "Programa de Informatização dos dados da Vacinação", determinando arquivamento em banco de dados eletrônico referentes à vacinação dos munícipes de Jundiaí, indicando que a infraestrutura de todos os estabelecimentos de saúde da rede municipal deverá ser adequada à execução do programa, com computadores com acesso à internet e banco de dados para o armazenamento das informações, envolve questão afeta a criação de órgãos ou serviços públicos do Poder Executivo (art. 24 da Constituição Estadual) e afeta ao âmbito da atividade administrativa do Município (art. 47 da Constituição Estadual), matéria, pois, de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, com o que restaram violados a harmonia e o sistema estruturado no princípio da Separação dos Poderes naquele Município.

1 **Constituição do Estado de São Paulo: art. 24:** A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral da Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
§ 1º – *omissis*;
§ 2º: Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:
1– *omissis*;
2– criação e extinção de Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 47, XIX (NR);
Redação dada pela Emenda Constitucional Estadual nº 21, de 14/02/2006.

2 **Constituição do Estado de São Paulo: art. 37:** O Poder Executivo é exercido pelo Governador do Estado, eleito para um único período subseqüente, na forma estabelecida na Constituição Federal (NR).
Redação dada pela Emenda Constitucional Estadual nº 21, de 14/02/2006.

3 **Constituição do Estado de São Paulo: art. 47:** Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:
.....

4 **Constituição do Estado de São Paulo : art. 144:** Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Acesso ao Sumário

À Câmara compete estabelecer normas de administração, *de caráter regulatório, genérico e abstrato*[5], sem executar o que tenha sido reservado exclusiva ou privativamente ao Executivo, ou ainda sem disciplinar a atividade do Executivo.

Portanto, a norma em exame malfere a disciplina constitucional porquanto foi de iniciativa parlamentar numa hipótese de competência exclusiva do Chefe do Executivo Municipal, nos termos dos art. 24, § 2º, 2[6], e art. 47, II, XIV, XIX "a"[7], todos da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da referida carta.

No mesmo sentido, o parecer do i. membro do Ministério Público, nos seguintes termos: *"(...) Tal atividade é nitidamente administrativa, representativa de atos de gestão, de escolha política para a satisfação das necessidades essenciais coletivas e de proteção a bem difuso, vinculada aos direitos fundamentais. Assim, é privativa do Poder Executivo e está inserida na esfera do poder discricionário da administração. Não consiste, evidentemente, em atividade sujeita à disciplina legislativa. Logo, o Poder Legislativo não pode, através de lei, ocupar-se da administração, sob pena de se permitir que o legislador administre invadindo área privativa do Poder Executivo. Quando o Poder Legislativo do Município edita leis disciplinando atuação administrativa, como no presente caso, invade, indevidamente, esfera que é própria da atividade do administrador público, violando o princípio da separação de poderes. Cabe essencialmente à Administração Pública, e não ao legislador, deliberar a respeito da conveniência e da oportunidade da criação e implantação de 'Programa de Informatização dos dados da Vacinação'. A inconstitucionalidade, portanto, decorre da violação da regra da separação de poderes, prevista na Constituição Paulista e aplicável aos Municípios (arts. 5º, 47, II, XIV e XIX, a e 144)"* (fls. 87).

5 Meirelles, Hely Lopes, Direito Municipal Brasileiro. Ed RT, pg.. 444.

6 **Constituição Estadual. "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 de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
(...)
§ 2º Compete, 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 artigo 47, XIX;

7 **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;
(...)
XIX – dispor, mediante decreto, sobre:
a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;

A jurisprudência deste Egrégio Tribunal tem decidido pela inconstitucionalidade de dispositivos legais como os da espécie dos autos:

> "Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 4.877, de 31 de março de 2015, que institui o 'Programa Eco-Ponto' e estabeleceu procedimentos para a coleta de lixo. Constituição Estadual. Parâmetro específico do controle de constitucionalidade de Lei Municipal. Inadmissível o controle abstrato de constitucionalidade por violação à norma infraconstitucional. Instituição de programas, campanhas e serviços administrativos. Matéria de nítido caráter administrativo. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Vulneração à reserva da Administração. Desrespeito à competência normativa, consoante disposto nos artigos 5º, 24, parágrafo 2º, item 2, 47, incisos II, XIV e XIX, 144 e 176, inciso I, da Constituição Estadual. Afronta ao artigo 25 da Constituição Bandeirante. Inexistência. Precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da mencionada norma[8]"
>
> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE − LEI Nº 5.947, DE 16 DE AGOSTO DE 2018, DO MUNICÍPIO DE CATANDUVA QUE 'INSTITUI O PROGRAMA 'NA MESMA MESA' PARA AS ESCOLAS MUNICIPAIS DE EDUCAÇÃO INFANTIL E ENSINO FUNDAMENTAL, NA FORMA QUE ESPECIFICA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS' − ATO NORMATIVO DE ORIGEM PARLAMENTAR QUE ESTENDEU AOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO A ALIMENTAÇÃO FORNECIDA AOS ALUNOS DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO, DISPÔS SOBRE REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES E IMPÔS NOVAS ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS ÀS UNIDADES EDUCACIONAIS, RESPECTIVAS EQUIPES GESTORAS E DE APOIO, À SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO, AOS FUNCIONÁRIOS ENVOLVIDOS NO PROJETO E AO SUPERVISOR ESCOLAR − INADMISSIBILIDADE − TEMA 917 DA REPERCUSSÃO GERAL (ARE Nº 878.911/RJ) − VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES − OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 24, § 2º, ITENS 2 E 4, 47, INCISOS II, XIV E XIX, LETRA 'A', E 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL − INEXISTÊNCIA, CONTUDO, DE AFRONTA AO ARTIGO 25 DA CARTA BANDEIRANTE − INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA − AÇÃO PROCEDENTE". "O Executivo goza de autonomia e independência em relação à Câmara Municipal, que não podem ser violadas mediante elaboração legislativa que tenha por escopo impingir ao Prefeito o que deve ser feito em termos de administração pública". "A ingerência da Câmara Municipal na esfera de competência exclusiva do Prefeito implica transgressão ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Estadual". "Fere a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo ato normativo de origem parlamentar que cria órgãos da administração pública e estabelece novas atribuições". "A ausência de dotação orçamentária apenas conduz à inexequibilidade da norma no ano em

8 ADIN n 2246835-72.2016.8.26.0000, Rel. Sérgio Rui, j. 05.04.2017.

Acesso ao Sumário

que foi aprovada, não traduzindo infringência ao disposto no artigo 25 da Constituição Estadual"[9].

"Ação direta de inconstitucionalidade. Jundiaí. Lei municipal n. 8.124, de 23 de dezembro de 2013, de iniciativa parlamentar, que 'Institui o 'Programa Médicos nas Creches''. (...) Violação, entretanto, à reserva da administração, na medida em que compete ao Chefe do Executivo legislar sobre organização do serviço público. Lei impugnada que importou a prática de atos de caráter administrativo, próprios do Poder Executivo. Matéria cuja regulamentação está inserida na esfera privativa do Chefe do Poder Executivo. Inconstitucionalidade caracterizada. Precedentes deste C. Órgão Especial. Ação procedente, na parcela conhecida".[10].

Assim, inegável tratar-se de norma que interfere na atuação do Executivo Municipal, com invasão da esfera da iniciativa reservada ao Prefeito do Município de Jundiaí.

Ademais, a questão está pacificada, conforme se observa no Tema de Repercussão Geral n. 917, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento de que há vício de iniciativa de Lei, em decorrência de interferência entre Poderes, na hipótese de propositura por parlamentar local, quando tratar (i) **da estrutura ou atribuição de órgãos do Executivo**, ou ainda, (ii) dispuser sobre o regime jurídico dos servidores públicos[11]. (**n/ grifo**).

Destarte, por tudo quanto exposto, julgo procedente o pedido, entendendo ser inconstitucional, por vício formal, a Lei nº 8.971, de 06 de junho de 2018, do Município de Jundiaí, por se encontrar em flagrante desarmonia com os preceitos constitucionais estaduais, restando violada a supremacia constitucional cujo controle se impõe.

Pelo exposto, julgo procedente a ação, com efeito *ex tunc*, nos termos do acórdão.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2254162-97.2018.8.26.0000, da Comarca de São

9 ADIN 2189186-81.2018.8.26.0000, Rel. Renato Sartorelli, j. 28.11.2018.

10 ADIN 2016701-75.2018.8.26.0000, Rel. Antonio Celso Aguilar Cortez; j. 06.06.2018.

11 "Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido." (STF. Tribunal Pleno. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 878.911/RJ, rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 29 de setembro de 2016).

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 38.166)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI e CARLOS BUENO.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

FERRAZ DE ARRUDA, Relator

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº 7.621, DE 13 DE MARÇO DE 2018, DO MUNICÍPIO DE GUARULHOS, QUE DISPÕE SOBRE A ENTREGA DE INSULINA EM DOMICÍLIO – NORMA DE INICIATIVA PARLAMENTAR – VÍCIO DE INICIATIVA – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA AFETA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL PARA DISPOR SOBRE PLANEJAMENTO, ORGANIZAÇÃO, DIREÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO CARACTERIZAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELA CRIAÇÃO DE DESPESA SEM INDICAÇÃO DA FONTE DE CUSTEIO – LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL – AÇÃO PROCEDENTE.

VOTO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito Municipal de Guarulhos em face da Lei Municipal nº 7.621, de 13 de março de

2018, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre a obrigatoriedade da entrega gratuita de insulina em domicílio para todos os pacientes acamados.

Alega o autor, em síntese, a existência de vício de iniciativa caracterizado pela indevida incursão do Poder Legislativo na seara de competência do Poder Executivo, implicando, também, em violação ao princípio da Separação dos Poderes.

Sustenta, ainda, que a norma impõe indevido aumento de despesa pública sem indicação dos recursos próprios disponíveis para atender aos novos encargos, comprometendo a atuação do Executivo na execução do orçamento.

A liminar foi concedida (pág. 36).

O Procurador Geral do Estado manifestou desinteresse na defesa do ato (págs. 45/46) e a Câmara Municipal prestou informações (págs. 49/58).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (págs. 62/74).

É o relatório.

Eis a norma impugnada:

Lei nº 7.621, de 13 de março de 2018, do Município de Guarulhos:

Art. 1º Fica garantida a entrega gratuita de insulina a todos pacientes acamados.

Art. 2º O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar da data de sua publicação.

Art. 3º As despesas decorrentes da execução da Lei serão consignadas no Orçamento e suplementadas, se necessário.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Em que pese vetada pelo Prefeito Municipal, ora autor, a supra transcrita lei foi promulgada e publicada pelo Legislativo Municipal, após rejeição do veto.

Pois bem. Tenho para mim que a ação é procedente.

Acesso ao Sumário

E isto porque a leitura da norma permite entrever, de maneira clara, a violação ao princípio da separação de poderes na medida em que a Edilidade legislou sobre matéria afeta à conveniência e oportunidade do Executivo Municipal, consistente em ato de típica gestão da coisa pública.

Não bastasse isso, a norma em apreço traz como consequência basilar a adoção de providências por parte da Administração Municipal, tanto no planejamento do programa, quanto na distribuição do medicamento, tornando viciada sua iniciativa eis que a matéria é de iniciativa reservada do Chefe do Executivo.

Ora, como bem leciona o saudoso Hely Lopes Meirelles, *(...) as atribuições*

do prefeito são de natureza governamental e administrativa: ***governamentais*** *são todas aquelas de condução dos negócios públicos, de opções políticas de conveniência e oportunidade na sua realização – e, por isso mesmo, insuscetíveis de controle por qualquer outro agente, órgão ou Poder;* ***administrativas*** *são as que visam à concretização das atividades executivas do Município, por meio de atos jurídicos sempre controláveis pelo Poder Judiciário e, em certos casos, pelo Legislativo local* (*in* "Direito Municipal Brasileiro", São Paulo: Malheiros Editores, 2006, 14ª. edição, p. 711).

Noutro giro, a função legislativa da Câmara Municipal deve ser de caráter genérico e abstrato. A Edilidade não administra o Município. Nesse sentido, cita-se novamente o escólio do insigne administrativista:

> *A atribuição típica e predominante da Câmara é a normativa, isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre sua execução. Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura; edita, tão-somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada nem aplica as rendas locais; apena 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 Câmara não pode delegar funções ao prefeito, nem receber delegações do Executivo. Suas atribuições são incomunicáveis, estanques, intransferíveis (CF, art. 2º). Assim como não cabe à Edilidade praticar atos do Executivo, não cabe a este substituí-la nas atividades que lhe são próprias.*
>
> *Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos – e convém se repita que o Legislativo provê 'in genere', o Executivo 'in specie'; a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em 'ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental'.*

Acesso ao Sumário

(...)

Usurpando funções do Executivo, ou suprimindo atribuições do prefeito, a Câmara praticará ilegalidade reprimível por via judicial. (*in* ob. cit, p. 605/606)

Nesse passo, observado o princípio da simetria versado no art. 61, § 1º da Constituição Federal, a Constituição Estadual prevê:

Artigo 47 – Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

(...)

II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

(...)

XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;

(...)

XIX – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar em aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;

(...)

Dispositivos aplicáveis aos Municípios por força do disposto no art. 144 da mesma Carta, reputando-se, pois, cristalino, o vício de iniciativa justamente porque, como dito alhures, a deflagração do processo legislativo competia ao Chefe do Poder Executivo Municipal.

Em igual sentido, julgados deste Órgão Especial:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 3.021, de 25 de maio de 2018, do Município de Martinópolis, de iniciativa parlamentar, que "dispõe sobre a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos mediante apresentação de receitas prescritas por médicos particulares, no âmbito da rede pública do Município de Martinópolis". Ofensa aos princípios da separação dos poderes e à iniciativa reservada ao Chefe do Executivo. Aumento de despesa, ainda, que afronta o planejamento global municipal. Violação dos artigos 5º; 24, parágrafo 2º; 47, II, XIV e XIX; 144 e 176, I, da Constituição Estadual. Ação procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2144003-87.2018.8.26.0000; Relator: Sérgio Rui; Órgão Especial; Data do Julgamento: 12/12/2018).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei nº 11.869, de 16.02.16. A norma "dispõe sobre a entrega domiciliar gratuita de medicamentos de uso contínuo à pessoa portadora de necessidade especial e/ou idosa, no âmbito do município de São José do Rio Preto

Acesso ao Sumário

– SP e dá outras providências". Inadmissibilidade. Vício de iniciativa. Cabe, privativamente, ao Executivo a iniciativa legislativa de projetos que interfiram na gestão administrativa. Precedentes. Desrespeito ao princípio constitucional da 'reserva de administração'. Precedentes do STF. Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º; 25; 47, incisos II, XI, XIV e XIX e 144 da Constituição Estadual). Fonte de custeio. Possível a indicação de fonte de custeio genérica (art. 5º). Precedentes dos Tribunais Superiores. Ação procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2035546-29.2016.8.26.0000; Relator: Evaristo dos Santos; Órgão Especial; Data do Julgamento: 27/07/2016).

Com relação à alegação de inconstitucionalidade por aumento de despesa sem indicação de fonte de custeio, entendo não caracterizado o vício. Isso porque a circunstância implica apenas na ineficácia da norma no exercício financeiro respectivo à sua vigência. Este é o entendimento do STF:

Ação direta de inconstitucionalidade. Leis federais nº 11.169/2005 e 11.170/2005, que alteram a remuneração dos servidores públicos integrantes dos Quadros de Pessoal da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Alegações de vício de iniciativa legislativa (arts. 2º 37, X, e 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal); desrespeito ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Carta Magna); e inobservância da exigência de prévia dotação orçamentária (art. 169, § 1º, da CF). Não configurada a alegada usurpação de iniciativa privativa do Presidente da República, tendo em vista que as normas impugnadas não pretenderam a revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos. Distinção entre reajuste setorial de servidores públicos e revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos: necessidade de lei específica para ambas as situações. Ausência de violação ao princípio da isonomia, porquanto normas que concedem aumentos para determinados grupos, desde que tais reajustes sejam devidamente compensados, se for o caso, não afrontam o princípio da isonomia. ***A ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro. 8. Ação direta não conhecida pelo argumento da violação do art. 169, § 1º, da Carta Magna. Precedentes: ADI 1585-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ 3.4.98; ADI 2339-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, maioria, DJ 13.6.2003.*** *9. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada improcedente.* (grifei – ADI 3599/DF – DJ-e de 14.09.07 – Rel. Min. **GILMAR MENDES**).

Por todo o exposto, verificada a violação do disposto nos artigos 5º, 47, II,

Acesso ao Sumário

XI e XIV e 144, da Constituição Estadual, de rigor o decreto de **procedência da ação** para declarar-se inconstitucional a Lei nº 7.621, de 13 de março de 2018, do Município de Guarulhos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2272553-03.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTA BÁRBARA D'OESTE e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO IMPROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.143)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), 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, JACOB VALENTE, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 10 de abril de 2019.

FERREIRA RODRIGUES, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 3.953, de 10 de julho de 2017, do município de Santa Bárbara D'Oeste, que institui processo seletivo para a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações sociais.

Alegação de ofensa aos princípios da moralidade, impessoalidade e da igualdade. Rejeição. Norma impugnada que, longe de estabelecer privilégios, foi editada para conferir transparência aos atos

da Administração. Vale dizer, seu objetivo foi regulamentar a forma de qualificação de entidades como organizações sociais e, nesse contexto, facultou ao Poder Executivo a realização de processo seletivo (objetivo e impessoal) e sem restrições de qualquer natureza. Daí a inexistência de ofensa aos princípios constitucionais, sobretudo porque a própria norma estabelece que os processos seletivos "serão precedidos de publicação da convocação pública, através do Diário Oficial do Estado e do Município, indicando as condições essenciais para que todas as organizações sociais interessadas possam se apresentar para a qualificação" (art. 1º, § 2º) e que o Poder Público "dará ainda publicidade das fases essenciais dos processos de seleção e qualificação das organizações sociais, da realização dos contratos e suas execuções" (art. 1º, § 3º). Nesse caso, a Administração convoca as entidades interessadas, credenciando não apenas uma, e sim todas aquelas que preencham os requisitos genéricos e impessoais do artigo 2º. E, dentre as organizações qualificadas, selecionará – para celebrar o contrato de gestão – a que melhor atender o interesse público, sem necessidade de licitação (ADI 1923), mas, "observados os princípios inseridos no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 111 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 101 de 2000" (conforme art. 7º da lei impugnada), o que não destoa do padrão de razoabilidade.

Ação julgada improcedente.

VOTO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo *PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO*, com pedido de liminar, tendo por objeto a Lei nº 3.953, de 10 de julho de 2017, do município de Santa Bárbara D'Oeste, que institui processo seletivo para a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações sociais, tendo em vista a formalização de contrato de gestão das Unidades Escolares localizadas no Jardim Santa Rosa II e no Bairro Mollon IV. O autor alega que essa norma é incompatível com os princípios da moralidade, da impessoalidade e da igualdade, porque *"a instituição do processo seletivo tem que se dar entre as entidades qualificadas. Não é razoável a instituição de*

Acesso ao Sumário

processo seletivo para a qualificação, que constitui direito de todas as entidades que preencherem os requisitos exigidos em lei". Ou seja, *"a contratação da entidade pode ser submetida a processo seletivo, e não a qualificação como organização social"*.

Não houve deferimento de liminar (fls. 107/108).

O Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal foram notificados e apresentaram informações a fls. 124/131 e 145/149.

O Procurador Geral do Estado foi citado (fls. 116/117) e apresentou manifestação a fls. 119/120, alegando que os dispositivos da lei impugnada versam sobre matéria exclusivamente local, motivo pelo qual não tem interesse na causa.

A douta Procuradoria de Justiça, com as considerações de fls. 152/166, requereu a procedência da ação.

É o relatório.

A lei acoimada de inconstitucional é aquela constante do documento de fls. 22/27, redigida da seguinte forma:

"Art. 1º Fica autorizado o Poder Executivo a qualificar como organização social pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à educação com o fim de formalização de contrato de gestão das unidades escolares do Jardim Santa Rosa II, situada na Rua José Paiosin, 315 e no Bairro Mollon IV, situada na Rua Atílio Bagarolo, n° 90.

§ 1º A qualificação como organização social será precedida de processo seletivo público e específico para a transferência de gestão e contratação de cada uma das unidades escolares indicadas no 'caput'.

§ 2º Os processos seletivos de que trata o parágrafo anterior, serão precedidos de publicação da convocação pública, através do Diário Oficial do Estado e do Município, indicando as condições essenciais para que todas das organizações sociais interessadas possam se apresentar para a qualificação.

§ 3º O Poder Público dará ainda publicidade das fases essenciais do processo de seleção e qualificação das organizações sociais, da realização do contrato e sua execução.

Art. 2º São requisitos específicos que as entidades privadas referidas no artigo anterior se habilitem ao processo seletivo para qualificação como organização social:

I – comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos;

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

c) previsão expressa de ter a entidade, como órgãos de deliberação

Acesso ao Sumário

superior e de direção, um Conselho de Administração e uma Diretoria, definidos nos termos do Estatuto, assegurado àquele composição e atribuições normativas e de controle básicos previstos nesta lei;

d) composição e atribuições do órgão de direção da entidade;

e) obrigatoriedade de publicação anual dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

f) em caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

g) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

h) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação da entidade, ao patrimônio de outra entidade de natureza similar, ou ao patrimônio do Município, na proporção dos recursos e bens por este alocados;

II – comprovar possuir ter oferecido e prestado efetivamente serviços próprios na área ou atividade específica para a qual pretenda se qualificar há mais de 3 (três) anos". (sic)

O autor alega que essa norma é incompatível com a disposição do artigo 111 da Constituição Estadual, pois, no seu entendimento, *"a instituição do processo seletivo tem que se dar entre as entidades qualificadas"* e *"não é razoável a instituição de processo seletivo para a qualificação, que constitui direito de todas as entidades que preencherem os requisitos exigidos em lei"* (fl. 06).

A ação, entretanto, é improcedente.

É que o reconhecimento de nulidade de atos normativos por ofensa à disposição do artigo 111 da Constituição Estadual é cabível apenas quando a disciplina legislativa não atende padrões mínimos de razoabilidade, ou seja, quando o ato estatal decorre de evidente abuso ou desvio de poder, em hipóteses envolvendo, por exemplo, "exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometem e afetam os fins que regem a prática da função de legislar" (ADI nº 2667 MC/DF, Rel. Min. Celso de Melo, j. 19/06/2002).

Não é o caso dos autos, pois, a Lei Municipal nº 3.947, de 10 de julho de 2017, longe de estabelecer privilégios, foi editada (exatamente) para conferir transparência aos atos da Administração. Vale dizer, seu objetivo foi regulamentar a forma de qualificação de entidades como organizações sociais e, nesse contexto, facultou ao Poder Executivo a realização de **processo seletivo**

Acesso ao Sumário

(objetivo e impessoal) e **sem restrição de qualquer natureza**, daí a inexistência de ofensa aos princípios da impessoalidade, igualdade e razoabilidade, sobretudo porque a própria norma estabelece que os processos seletivos *"serão precedidos de publicação da convocação pública, através do Diário Oficial do Estado e do Município, indicando as condições essenciais para que todas as organizações sociais interessadas possam se apresentar para a qualificação"* (art. 1º, § 2º) e que o Poder Público *"dará ainda publicidade das fases essenciais dos processos de seleção e qualificação das organizações sociais, da realização dos contratos e suas execuções"* (art. 1º, § 3º)

O que se extrai da norma é que a Administração deve convocar as entidades interessadas com a finalidade de qualificar como **organização social**, não apenas uma, e sim (e na verdade), todas aquelas que atendam os requisitos genéricos e impessoais do artigo 2º (sem estabelecer competição). E, dentre as organizações qualificadas, selecionará – para firmar o contrato de gestão – a que melhor atende o interesse público, *"observados os princípios inseridos no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 111 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 101 de 2000"* (art. 7º), o que não destoa do padrão de razoabilidade.

A preocupação do autor, no caso, está baseada na possibilidade de violação do princípio da impessoalidade, porque a norma estaria **restringindo o acesso de interessados**. Essa hipótese, entretanto, não ocorre porque a fase preliminar de qualificação (credenciamento) é inclusiva, ou seja, **inexistindo competição**, é possível qualificar todos os interessados que preencham as condições do artigo 2º, sem que tal implique nem mesmo na exclusão de futuros interessados (em firmar contratos de gestão), porque a qualificação de que trata a lei impugnada **é específica para as unidades escolares indicadas no artigo 1º**. Vale dizer, para futuras contratações será necessária nova convocação de interessados, dai o reconhecimento de validade da lei.

Nesse sentido já decidiu este C. Órgão Especial na ADIN nº 2059983-66.2018.8.26.0000 (Rel. Des. Antônio Carlos Malheiros, j. 15/08/2018), quando questão semelhante ficou definida nos seguintes termos:

> *"...Não há que se falar em ofensa aos princípios da impessoalidade, igualdade e razoabilidade.*
>
> *Na verdade, a interpretação dada pela inicial de que houve uma inversão no processo seletivo é equivocada, pois não existe óbice algum na participação de qualquer empresa que tenha interesse na prestação do serviço, no entanto, após a verificação pela Administração Pública dos requisitos legais, é que essa pessoa jurídica passará a ser denominada, na contratação, como Organização Social.*
>
> *Portanto, a ordem estabelecida pela lei em exame, nada mais é que o caminho para a aferição dos requisitos por ela estabelecidos.*

Acesso ao Sumário

De outro lado, realmente, não há como se confundir os princípios da razoabilidade e igualdade.

A razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devam ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. Desta forma, exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente sobrejacentes. Interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional, como o princípio do devido processo legal.

Assim, na interpretação das normas legais deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o extraordinário.

A razoabilidade exige, ainda, a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é desconsiderado pela generalização legal. Em alguns casos, em razão das especificidades, a norma geral não pode ser aplicável por se tratar de caso anormal.

Temos que, a saúde é direito fundamental, e assim reconhecido constitucionalmente, como dever do Estado na sua prestação, ou seja, a normalidade é o Município prestar serviços médicos, e a anormalidade, é este mesmo ente, transferir seu dever a terceiros, que é o objetivo da lei ora guerreada.

Anote-se ainda que, não se verificou, como entende a d. Procuradoria Geral de Justiça, a pretensão do legislador em excluir eventuais interessados que não possuam os requisitos determinados na lei, haja vista que a futura contratação tem um fim específico, e para tal aquele que irá prestá-lo, deverá atender às particularidades da atividade.

Por fim, da leitura da norma, o que se percebe é uma rigorosa ação da Administração Pública com o fim de evitar futuros transtornos, como os que acontecem, diariamente, em outros Municípios, que transferem a gestão da saúde pública".

Talvez nem fosse preciso ao Município convocar os interessados para prévio credenciamento (antes de selecionar com quem será firmado o contrato), mas, essa medida, por constituir um *"plus"* (e não um *"minus"*) no trato com a coisa pública, não pode ser invalidada, se não ofende nenhum dispositivo constitucional.

Trata-se de posicionamento alinhado à orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de afastar – sempre que possível – interpretação **excessivamente abrangente** capaz de sufocar o espaço que deveria ser deixado aos agentes eleitos.

Ademais, como ensina LUÍS ROBERTO BARROSO, *"havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo*

Acesso ao Sumário

o preceito em vigor" ("Interpretação e Aplicação da Constituição". Ed. Saraiva/SP, 1998, p. 164 165).

Ante o exposto, julga-se improcedente a ação.

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0049628-31.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de Valinhos, em que é agravante MARIA JOSÉ FARINACCI DE FREITAS (JUSTIÇA GRATUITA), é agravada 38ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.025)**

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, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, 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, JACOB VALENTE e ADEMIR BENEDITO.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

PEREIRA CALÇAS, Presidente e Relator

Ementa: Agravo Interno – Arguição de suspeição arquivada – Oposição contra Desembargador da 38ª Câmara de Direito Privado, no julgamento de agravo de instrumento, sob a alegação de parcialidade – Inexistência de qualquer fato concreto hábil a macular a imparcialidade do arguido – Agravo não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Inconformada com a decisão que, com o permissivo no art. 113 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, determinou o arquivamento da petição de arguição de suspeição oposta em face do Desembargador Achile Alesina, da 38ª Câmara de Direito Privado, no julgamento do agravo de instrumento nº 2204182-21.2017.8.26.0000, Maria José Farinacci de Freitas interpôs agravo interno, sob a alegação de parcialidade.

Anota-se o oferecimento de contraminuta (fls. 230/243).

É o relatório.

Recurso infundado.

Com efeito, a arguição de suspeição é meio pelo qual a parte, denunciando a falta de capacidade subjetiva do juiz, provoca seu afastamento da relação processual (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 2º vol. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 197). As hipóteses hábeis a comprometer a capacidade subjetiva do julgador vêm contempladas no art. 145 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

*Art. 145. **Há suspeição do juiz:***

I – amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II – que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III – quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV – interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

De acordo com a jurisprudência desta Corte Bandeirante, a norma *supra* encerra um **rol taxativo** (*numerus clausus*), não comportando interpretação ampliativa (*v.* Exceção de Suspeição nº 0006824-19.2016.8.26.0000; Relator(a): Ana Lúcia Romanhole Martucci; Órgão Julgador: Câmara Especial. Data do Julgamento: 25/07/2016; Incidente de Suspeição nº 0009445-18.2018.8.26.0000; Relator(a): Fernando Torres Garcia. Órgão Julgador: Câmara Especial. Data do Julgamento: 14/05/2018). Não é outra, aliás, a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme enfatiza o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. CAUSA DE SUSPEIÇÃO. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ALÍNEA "C". NÃO CONHECIMENTO. 1. O Tribunal a quo

Acesso ao Sumário

consignou: "Portanto, os fatos alegados pelo excipiente não têm o condão de provar a inimizade alegada ou quaisquer hipóteses previstas no art. 145, do CPC/2015, de forma que o presente feito carece de suporte legal. Com essas considerações, REJEITO a presente exceção de suspeição". 2. ***A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que o rol do art. 145 do CPC/2015 (art. 135 do CPC/1973) é taxativo. Necessária ao provimento da exceção de suspeição a presença de uma das situações dele constantes.*** *Precedentes: AgInt no AREsp 858.138/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 8.3.2017; AgRg no AREsp 689.642/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14.8.2015; REsp 1.454.291/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18.8.2014; e AgRg no AREsp 748.380/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28.10.2015 (grifei). 3. Modificar a conclusão a que chegou a Corte de origem, de modo a acolher a tese da recorrente, demanda reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7/STJ. 4. A incidência da Súmula 7/STJ também inviabiliza o conhecimento do Recurso Especial pela alínea "c" do permissivo constitucional. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1686946/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017).*

Ademais, para que se promova o afastamento do Magistrado, não basta a mera alegação de uma das causas previstas no art. 145 do CPC, sendo também indispensável a demonstração cabal do efetivo comprometimento de sua imparcialidade. Do contrário, abrir-se-ia perigoso precedente, a possibilitar que a parte "escolhesse" seu julgador, seja por conta de decisões que lhe foram desfavoráveis no próprio processo em curso, seja por já conhecer posicionamentos jurídicos adotados pelo Magistrado em feitos semelhantes.

Na espécie, contudo, **sequer se indicou especificamente qual seria o suposto interesse do Magistrado na solução da causa**, como seria de se exigir e, nas informações prestadas, Sua Excelência rechaçou qualquer óbice que pudesse afastar sua atuação.

Acesso ao Sumário

Ressalte-se que em suas razões a agravante não apresentou novos argumentos, além dos já apreciados no momento da prolação da decisão recorrida.

Vale lembrar, ainda, que *"reiteradas decisões contrárias aos interesses do excipiente, no estrito exercício da atividade jurisdicional, não tornam o juiz excepto suspeito para o julgamento da causa"*, segundo indica a Súmula nº 88 deste E. Tribunal.

Em suma, inexistindo qualquer fato concreto *que possa macular a*

imparcialidade do julgador, ficando a alegação somente no campo da retórica, não rende ensejo ao acolhimento de exceção de suspeição (AgRg na ExSusp. 87/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, julgado em 09-09-2009, DJE 16-09-2009).

Destarte, era mesmo o caso de arquivamento da arguição de suspeição.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego** provimento ao agravo.

Agravos Regimentais

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental nº 2212454-67.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE, é agravado PREFEITO MUNICIPAL DE SANTA BÁRBARA D'OESTE.

ACORDAM, em Órgão Especial 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 31.117)**

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, JACOB VALENTE, 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 março de 2019.

RENATO SARTORELLI, Relator

Ementas: "AGRAVO REGIMENTAL – LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ILEGITIMIDADE RECURSAL DA CÂMARA MUNICIPAL – PRECEDENTES DO E. SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL E DO C. ÓRGÃO ESPECIAL – PEÇA RECURSAL, ADEMAIS, ASSINADA DIGITALMENTE POR PROCURADOR SEM PODERES ESPECIAIS – INADMISSIBILIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO".

"A legitimidade recursal no controle concentrado de constitucionalidade segue a mesma regra da legitimidade ad causam ativa, restringindo-se a prerrogativa de recorrer das decisões tomadas em sede de ação direta ao rol de legitimados do artigo 90 da Carta Bandeirante".

"Apenas a Mesa da Câmara detém a legitimidade para recorrer de decisão que lhe seja eventualmente desfavorável, e não a Câmara Municipal por meio de seu procurador legislativo".

VOTO

Agravo regimental tirado contra decisão do eminente Desembargador Ademir Benedito no impedimento ocasional deste Relator, exarada às fls. 89/91, que deferiu liminar pleiteada em ação direta de inconstitucionalidade.

Sustenta, em apertada síntese, a agravante a ausência pressupostos legais para a concessão da liminar, aduzindo que a norma impugnada tem natureza de lei tributária interpretativa, apenas reconhecendo a ilegalidade perpetrada pela Administração local quanto à cobrança de ISSQN sobre a atividade dos contabilistas estabelecidos no Município em desacordo com legislação federal. Alega, em acréscimo, que o ato normativo questionado não isentou ou remiu créditos tributários e tampouco anistiou as infrações decorrentes, descabendo cogitar de violação ao artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal na medida em que a necessidade de realização de estudo de impacto financeiro de projetos que envolvam renúncia de receitas pressupõe a constituição lícita de créditos tributários, o que não se verifica no caso. Acenando, de resto, com a possibilidade de ***periculum in mora*** inverso, busca a reconsideração da decisão agravada ou, na hipótese de mantença, que o recurso seja submetido ao exame do C. Órgão Especial.

Houve resposta, nos termos do art. 1.021, § 2º, do CPC. Mantido o ato judicial combatido, os autos foram encaminhados à mesa para julgamento.

É o relatório.

O agravo, a meu ver, não comporta conhecimento.

Com efeito, a jurisprudência do Pretório Excelso tem sufragado o entendimento no sentido de que a legitimidade recursal no controle concentrado

Acesso ao Sumário

de constitucionalidade segue a mesma regra da legitimidade ***ad causam*** ativa, restringindo a prerrogativa de recorrer das decisões tomadas em sede de ação direta aos legitimados para a sua propositura, ***verbis***:

> ***"Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade. Ilegitimidade recursal do Estado-membro nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Agravo não provido.***
>
> ***1. A teor da jurisprudência da Corte, a legitimidade recursal no controle concentrado é paralela à legitimidade processual ativa, não se conferindo ao ente político a prerrogativa de recorrer das decisões tomadas pela Corte em sede de ação direta, seja de modo singular (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99) seja colegiadamente (art. 26 da mesma legislação). A jurisprudência da Corte não merece qualquer tipo de revisão, uma vez que espelha a decorrência lógica da previsão, em rol taxativo, dos legitimados a provocar o processo objetivo de controle de constitucionalidade e a nele atuar como partes (CF, art. 103).***
>
> ***2. Agravo ao qual se nega provimento"*** *(ADI nº 1.663 AgR-AgR/AL, Tribunal Pleno, Relator Ministro Dias Toffoli).*

Dentro deste contexto e considerando o rol taxativo do artigo 90 da Constituição Bandeirante[1], somente a **Mesa da Câmara Municipal**, órgão específico do Poder Legislativo local, detém legitimidade para recorrer de decisão que lhe seja eventualmente desfavorável *(art. 90, inciso II, da Constituição Estadual)*, e não a própria Câmara por meio de seu procurador legislativo.

Destaco, a propósito, precedentes da lavra do E. Supremo Tribunal Federal, ***verbis***:

> ***"O presente recurso não apresenta condições de conhecimento.***
>
> ***Com efeito, conquanto a Constituição Federal não exija estreita correlação entre os legitimados à propositura de ação direta perante o Supremo e os legitimados a propor representação no âmbito dos Tribunais de Justiça, a previsão destes nas Constituições Estaduais, assim como ocorre no tocante ao rol do art. 103 da CF/88, é de observância obrigatória.***
>
> ***No âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, detém legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade e recorrer das***

1 *"Artigo 90 – São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse:*
I – o Governador do Estado e a Mesa da Assembleia Legislativa;
***II** – o Prefeito e a **Mesa da Câmara Municipal**;*
III – o Procurador-Geral de Justiça;
IV – o Conselho da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil;
V – as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso;
VI – os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa, ou, em se tratando de lei ou ato normativo municipais, na respectiva Câmara".

Acesso ao Sumário

decisões nela proferidas a Mesa da Câmara Municipal (art. 71, § 2º, inciso VI, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte).

No caso dos autos, o recurso extraordinário foi interposto pela Câmara Municipal, e não pela Mesa da Câmara Municipal, não havendo o Presidente da Câmara Municipal sequer assinado a petição recursal, de modo que a peça foi subscrita apenas por procuradores judiciais.

A teor da jurisprudência desta Corte, a legitimidade recursal no controle concentrado é paralela à legitimidade processual ativa, sendo restrita a prerrogativa de recorrer das decisões tomadas em sede de ação direta. In casu, somente a Mesa da Câmara detém a legitimidade para recorrer de decisão que lhe seja eventualmente desfavorável, e não a própria Câmara através de seus procuradores" *(RE nº 1.003.137/RN, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 29/09/2017). No mesmo sentido: RE nº 763.492/RN, Relator Ministro Ricardo Lewandowski; RE nº 864.558/SP, Relator Ministro Celso de Mello.*

Na mesma diretriz, o entendimento perfilhado por este C. Órgão Especial, ***verbis***:

AGRAVO REGIMENTAL. Decisão que deferiu pedido liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.367/16, que 'promove a desafetação de área pertencente ao Município de Viradouro, para fins de permuta com área de propriedade particular, com o objetivo de ampliar o aterro sanitário municipal'. Hipótese em que a Edilidade não possui legitimidade recursal. Precedentes deste C. Órgão Especial. Recurso não conhecido" *(Agravo Interno nº 2247147-77.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Alex Zilenovski).*

"EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – OPOSIÇÃO FORMULADA PELA 'CÂMARA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE SALESÓPOLIS' – AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE RECURSAL – PRECEDENTES – DECLARATÓRIOS NÃO CONHECIDOS" *(Embargos de Declaração nº 2116188-18.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Francisco Casconi).*

"AGRAVO INTERNO. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Interposição contra decisão que deferiu liminar suspendendo a eficácia da norma impugnada. Interposição pela Câmara Municipal. Ilegitimidade. Conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, 'a legitimidade recursal no controle concentrado é paralela à legitimidade processual ativa, sendo restrita a prerrogativa de recorrer das decisões tomadas em sede de ação direta (...) somente a Mesa da Câmara detém a legitimidade para recorrer de decisão que lhe seja eventualmente desfavorável, e não a própria Câmara através de seus procuradores' (RE nº 1.003.137/RN, Relator). Agravo

Acesso ao Sumário

não conhecido" *(Agravo Interno nº 2149079-29.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Ferreira Rodrigues).*

Mas não é só.

No âmbito do controle abstrato, o ajuizamento de ação direta e a interposição de recursos por meio de advogado ou procurador **reclamam a juntada de procuração com poderes especiais, com indicação objetiva e individualizada do ato normativo impugnado**, ***verbis***:

> ***"(...) o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar questão de ordem suscitada na ADI 2.187/BA, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, determinou que todas as procurações ou delegações outorgadas pelos autores de ação direta (CF, art. 103), a seus Advogados e Procuradores, contenham poderes especiais para a instauração do pertinente processo de controle normativo abstrato perante esta Corte, com a indicação objetiva do diploma legislativo ou do ato normativo, e respectivos preceitos (quando for o caso), que devam expor-se, especificamente, à impugnação em sede de ação direta de inconstitucionalidade"*** *(ADI nº 4.373, Relator Ministro Celso de Mello – decisão proferida em 14 de fevereiro de 2011).*

Paralelamente, tratando-se de processo eletrônico, a validade do documento está condicionada à existência de procuração concedida ao titular do certificado digital que, no caso, pertence ao Procurador Luiz Otávio Pereira Paula, desprovido de mandato outorgado pela Mesa da Câmara Municipal.

Na verdade, o Procurador Legislativo não pode ajuizar, singularmente, ações de controle abstrato de constitucionalidade e tampouco manejar os recursos cabíveis, sem que referidas peças processuais também estejam subscritas pelo representante legal da Mesa da Câmara ou tenham sido por ele ratificadas, decorrendo, daí, a inadmissibilidade do agravo regimental ostentar unicamente a assinatura eletrônica do procurador, ***verbis***:

> ***"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 5.9.2017. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO CHEFE DO PODER LEGISLATIVO DO DF. PROCURADOR DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL. ILEGITIMIDADE.***
>
> ***1. A legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem como dos recursos dela decorrentes pertence à Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, nos termos do inciso IV do art. 103 da Constituição Federal, norma repetida, por simetria, no art. 8º, § 2º, II, da Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal.***
>
> ***2. O Procurador-Geral da Câmara Legislativa do Distrito Federal não pode ajuizar, singularmente, ações de controle abstrato de***

Acesso ao Sumário

constitucionalidade e respectivos recursos cabíveis, inclusive o recurso extraordinário, sem que as referidas peças processuais também estejam subscritas ou ratificadas pelo Presidente da Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Sem honorários, por se tratar de recurso oriundo de ação direta de inconstitucionalidade" *(ARE nº 1.058.824 AgR/DF, Relator Ministro Edson Fachin – grifo nosso).*

No mesmo sentido, ***verbis***:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Acórdão proferido em ação direta de inconstitucionalidade – Ilegitimidade recursal do embargante (Município de Morungaba) – Peça recursal subscrita somente pelo Procurador Municipal e sequer acompanhada de instrumento de procuração com poderes especiais para fazê-lo – Não conhecimento, na esteira da jurisprudência desta Corte e do C. Supremo Tribunal Federal – Embargos de declaração não conhecidos" *(Embargos de Declaração nº 2203445-18.2017.8.26.0000, Relator Desembargador João Carlos Saletti – grifo nosso).*

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Legitimidade e capacidade postulatória, em ação direta de constitucionalidade, pertencem à Mesa da Câmara. Recurso subscrito somente pelos Procuradores Jurídicos sem poderes especiais para tanto. Falta de legitimidade inviabiliza o conhecimento do recurso. Precedentes da Suprema Corte e deste C. Órgão Especial. Embargos não conhecidos" *(Embargos de Declaração nº 2184042-63.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Evaristo dos Santos – grifo nosso).*

Ante o exposto, não conheço do agravo regimental.

Acesso ao Sumário

Arguições de Inconstitucionalidade

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0006768-78.2019.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo,

proferir a seguinte decisão: "NÃO CONHECERAM DO INCIDENTE. V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O ADV. DR. RENE VIEIRA DA SILVA JUNIOR.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.686)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 13 de março de 2019.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – Acórdão da 8ª Câmara de Direito Público que, em vista da alegação de inconstitucionalidade de lei municipal e com invocação da Súmula 10, do STF, deu provimento a apelação interposta em embargos à execução fiscal, submetendo a questão ao Órgão Especial – Ausência de pronunciamento da Câmara suscitante sobre a inconstitucionalidade alegada e inobservância da subsequente suspensão do julgamento, inerente à cisão funcional da competência – Art. 97, da Constituição Federal e artigos 948 e 949, do Código de Processo Civil – Incidente não conhecido.

VOTO

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade de Lei, suscitado pela 8ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, em face do Decreto 18.718/2015, do Município de Campinas, especificamente de seu artigo 9º, inciso II.

É o relatório.

Não merece ser conhecido o presente incidente.

Ocorre, que não houve expressa manifestação da Colenda Câmara suscitante acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma

Acesso ao Sumário

municipal criadora do tributo, o que era pressuposto do incidente, o julgamento até chegou a ser finalizado, não se observando, porém, a suspensão inerente *à cisão funcional da competência*.

Neste sentido, já se decidiu este Órgão Especial no julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade nº 174.944.0/3-00, rel. Des. José Roberto Bedran:

> ***"Com efeito, estabelecida a reserva de plenário no art. 97, da CF, pela qual 'somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público', regra esta anterior até mesmo à Constituição de 1946, houve quem entendesse que estaria afastado o exame das alegações fundadas na inconstitucionalidade pelos juízes singulares ou órgãos fracionários do Tribunal.***
>
> ***Mas, esse entendimento não prevaleceu, porquanto desconsideradas outras diversas regras reflexivas da possibilidade de qualquer juiz exercer o controle difuso de constitucionalidade, notadamente a do art. 102, inciso III, 'c', da própria Constituição Federal de 1988, a qual, não há dúvida alguma, recepcionou os arts. 480 e 481, do CPC, cuja redação normativa é bastante clara:***
>
> ***'Art. 480 – Arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do recurso.***
>
> ***Art. 481 – Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno' Em preciosa obra sobre o tema, esclarece LUÍS ROBERTO BARROSO que: 'A declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal é feita em duas etapas: a primeira perante o órgão fracionário e a segunda perante o pleno ou órgão especial. De fato, arguida a inconstitucionalidade – por qualquer das partes, pelo Ministério Público, pelo juiz de 1º grau, pelo relator ou por um de seus pares –, o relator submeterá a questão à turma, câmara, grupo de câmaras, seção ou qualquer outro órgão do tribunal ao qual incumba proceder ao julgamento do caso. Se a arguição for rejeitada, o processo prosseguirá regularmente, com a aplicação da norma questionada, cuja eficácia não terá sido afetada. Se, todavia, o órgão fracionário acolher a arguição de inconstitucionalidade – isto é, se considerar que a norma indigitada é inconstitucional –, lavrará acórdão nesse sentido e encaminhará a questão para ser submetida ao tribunal pleno ou ao órgão especial, ficando o processo suspenso no órgão fracionário. O tribunal, então, deliberará a respeito, observando o quorum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade (CF, art. 97). Declarada ou não a inconstitucionalidade, o julgamento será retomado no***

Acesso ao Sumário

órgão fracionário, tendo como premissa lógica a decisão proferida pelo tribunal: se a norma tiver sido declarada inconstitucional, não será aplicada. Na hipótese contrária, incidirá regularmente sobre o caso concreto. O órgão fracionário do tribunal, se considerar a lei inconstitucional, não poderá prosseguir no julgamento, salvo se, como visto, já tiver havido manifestação do plenário ou do órgão especial do próprio tribunal ou do Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 481). No controle incidental realizado perante tribunal, opera-se a cisão funcional da competência, pela qual o pleno (ou órgão especial) decide a questão constitucional e o órgão fracionário julga o caso concreto, fundado na premissa estabelecida no julgamento da questão prejudicial" (O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, Saraiva, 2008, 3ª ed., p. 89/90 – os grifos não são do original)".

Portanto, não há como este Órgão Especial conhecer do incidente instaurado, cabendo restituir os autos à Colenda 8ª Câmara de Direito Público, para os fins de direito.

Isto posto, não se conhece do incidente.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência nº 0005200-27.2019.8.26.0000, da Comarca de Ibitinga, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitada 33ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 32.027)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO

Acesso ao Sumário

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, JACOB VALENTE, ARTUR MARQUES e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 13 de março de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE VEÍCULO EM RAZÃO DE BURACO NÃO SINALIZADO EM RODOVIA. NEGLIGÊNCIA DO PODER PÚBLICO EM MANTER EM PERFEITO ESTADO DE CONSERVAÇÃO AS VIAS E LEITOS CARROÇÁVEIS, DECORRENDO DAÍ A PRETENSA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. TEMA QUE SE INSERE NA COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. APLICAÇÃO DO ART. 3º, I, ITEM "I.7", DA RESOLUÇÃO Nº 623/2013 DO TJSP. PRECEDENTES DO COLENDO ÓRGÃO ESPECIAL. CONFLITO PROCEDENTE, COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DA CORTE.

VOTO

Cuida-se de conflito de competência suscitado pela 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO em face da 33ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos da ação de reparação de danos que tramitou perante a 1ª Vara Cível de Ibitinga, na qual foi a Fazenda do Estado de São Paulo condenada ao pagamento de indenização por danos materiais oriundos de acidente de veículo, desencadeado pela existência de buraco não sinalizado na Rodovia SP 331, alegando a Câmara suscitante que tal hipótese não se enquadra em nenhuma das previstas no artigo 3º da Resolução nº 623/2013 do TJSP; acrescenta que a matéria é da competência de uma dentre as Câmaras da Terceira Subseção de Direito Privado, uma vez que a matéria posta se refere a acidente de trânsito, nos termos do artigo 5º, III.15 da referida Resolução, sendo a competência para processar e julgar o feito da Câmara suscitada.

Acesso ao Sumário

A douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de oferecer manifestação, por entender tratar-se de questão que envolve direitos de notória disponibilidade, nos termos do Ato nº 313, de 24/06/2003 – PGJ/CGMP.

É o relatório.

Procede o conflito, competente a colenda 6ª Câmara de Direito Público desta Corte.

Trata-se de conflito de competência tirado de ação de reparação de danos contra o Estado de São Paulo, o Departamento de Estradas e Rodagem e os Municípios de Alvinlândia e Lupércio, alegando o autor que, ao transitar na Rodovia SP 331 no dia 03/11/2016 às 0h45, seu veículo passou por buraco não sinalizado, o que ocasionou a quebra e desprendimento da roda dianteira esquerda e posterior colisão com placa existente na via, gerando danos em seu automóvel.

Com efeito, é regra do artigo 103 do Regimento Interno desta Corte, que disciplina a competência jurisdicional, *verbis*: *"**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."*.

Na esteira de tal definição é que se entendeu, no Colendo Órgão Especial, pela irrelevância da qualidade da parte ao firmar-se a competência para julgamento, pois consoante já se decidiu, ***"Conflito de competência – Ação regressiva de indenização – Acidente de trânsito envolvendo preposto de pessoa jurídica de direito público. 1. O critério balizador da competência recursal é estabelecido com vistas ao conteúdo da petição inicial, em que são definidos os limites da lide, compreendidos pedido e causa de pedir..."***[1]

Neste passo, a Resolução nº 623/2013 dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça e a competência de suas Seções, estabelecendo em seu artigo 3º, *verbis*:

> "Art. 3º. A Seção de Direito Público, formada por 8 (oito) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, salvo o 1º Grupo, que é integrado pelas três primeiras Câmaras, e o 7º Grupo, que é integrado pelas Câmaras 14ª, 15ª e 18ª, é constituída por 18 (dezoito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, assim distribuídas:
>
> I – 1ª a 13ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias:
>
> (...)
>
> I.7 – Ações de responsabilidade civil do Estado, compreendidas as decorrentes de ilícitos:
>
> a. previstos no art. 951 do Código Civil, quando imputados ao Estado,

1 Conflito de Competência nº 0159754-27.2013.8.26.0000, Rel. Des. ITAMAR GAINO, Órgão Especial, j. 23.10.2013.

aos Municípios e às respectivas autarquias e fundações;

b. extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução;"

A ressalva de que trata o item I.7, "b", do artigo 3º, *supra* referido, é em relação à competência para a Seção de Direito Privado para julgar, *litteris*:

"Art. 5º

III.15. **– Ações de reparação de dano causado em acidente de veículo, ainda que envolvam a responsabilidade civil do Estado, concessionárias e permissionárias de serviços de transporte, bem como as que digam respeito ao respectivo seguro, obrigatório ou facultativo, além da que cuida o parágrafo primeiro;...".**

Ocorre que não se trata aqui de dano causado em "acidente de veículo" que pressupõe o envolvimento de veículos em trânsito, não se podendo alargar o significado da expressão para a fixação da competência.

No caso em *sub analise*, o autor da ação sofreu acidente com seu veículo em razão de buraco em plena via pública, sem nenhuma placa de advertência no local. Vale dizer, houve, em tese, negligência do Poder Público em manter em perfeito estado de conservação as vias e leitos carroçáveis, decorrendo daí a pretensa obrigação de indenizar.

Neste sentido, aliás, confira-se:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de reparação de danos – Ato ilícito cuja responsabilidade é atribuída a concessionária de serviço público (SABESP) – Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público – Aplicação do art. 3º, I, item 'I.7', da Resolução n° 623/2013, alterada pela Resolução nº 648/2014 – Competência da Seção de Direito Público – Fixação da competência da 9ª Câmara de Direito Público – Conflito procedente." (TJSP. Conflito de Competência 0064124-70.2015.8.26.0000 – Órgão Especial, Relator: Desembargador ADEMIR BENEDITO, j. em 27/01/2016).

Do referido julgado colhe-se que:

"A lide principal está jungida, portanto, à reparação por danos sofridos em ilícito extracontratual, consubstanciado em acidente ocasionado por buraco deixado aberto na via pública, em razão de obra de responsabilidade da SABESP, o que evidencia falha na prestação de serviço realizado por concessionária de serviço público, e que demanda a competência das Câmaras integrantes da Seção de Direito Público deste E. Sodalício.

Isso porque a matéria debatida nos autos efetivamente se insere dentre aquelas passíveis de discussão nas denominadas 'ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público,

Acesso ao Sumário

que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução', e que são da competência da Seção de Direito Público (da 1ª à 10ª Câmaras), nos termos da redação do artigo 3º, inciso I, item I.7, da Resolução nº 623/2013, alterada pela Resolução nº 648/2014.

Em casos análogos, o Colendo Órgão Especial deste E. Tribunal de Justiça assim já decidiu: 'COMPETÊNCIA. DÚVIDA. Responsabilidade civil extracontratual, decorrente de ato ilícito supostamente praticado por concessionária de serviço público. Morte de transeunte por eletrocussão, supostamente decorrente de inadequada manutenção nos fios de alta tensão pela concessionária-ré. Competência da d. Câmara suscitante, 2ª Câmara de Direito Público desta Corte, diante da nova redação dada ao inciso I.7, do artigo 3º, da Resolução nº 623/2013, pela Resolução nº 648/2014. Precedentes da Corte. Dúvida procedente, com fixação da competência da 2ª Câmara de Direito Público, para processar e julgar o apelo' (TJSP, Conflito de Competência nº 0041874-43.2015.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 26/08/2015).

'CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Reparação de danos causados em razão do rompimento de um ramal externo (duto) pertencente à SABESP. Responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público. Competência recursal definida nos termos do inciso I.7, do art. 3º, da Resolução nº 623/2013, com a alteração introduzida pela Resolução nº 648, de 11 de junho de 2014, que prevê a competência da Seção de Direito Público para: 'I.7 Ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução'. Conflito procedente. Competência da 12ª Câmara de Direito Público' (TJSP, Conflito de Competência nº 0039872-37.2014.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, j. em 03/12/2014).

Como, ademais, bem salientado pela D. Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer: '3. Nestes autos, o pedido inicial visa a condenação da ré-apelante SABESP – que é uma empresa da administração indireta do Estado, porém, prestadora de serviços públicos, relacionados ao saneamento básico –, aos danos (materiais e morais) **que resultaram ao Autor-apelado, decorrentes da inadequada e imprópria manutenção da via pública, quando da reparação da rede de água e esgoto, deixando um buraco no local do fato, motivo das lesões corporais sofridas pela vítima.**

4. Trata-se, ao que se depreende, desde logo e ao menos em tese, de responsabilidade civil extracontratual, mas, diretamente relacionada ao objeto da Empresa-ré, ou seja, à prestação de serviço público, originada, contudo, da prática de ato ilícito pela Ré-apelante.

Acesso ao Sumário

Os danos causados não decorrem da relação jurídica contratual entre o Autor e a Ré, mas, tem como motivo gerador a prática de ato ilícito relacionado à prestação do serviço público a esta cabível.

Entre as partes envolvidas, nestes autos, inexiste qualquer vinculação pactuada, ao menos os prejuízos não têm como fato gerador anterior contrato, nem mesmo os efeitos jurídicos dele.

5. Inolvidável, outrossim, que o Autor-apelado, a vítima, transitava pelo local do fato pedalando sua bicicleta, quando dela caiu, por ter adentrado em um buraco deixado no leito carroçável daquela via,, motivo de suas lesões corporais.

Conquanto a Vítima transitasse em uma bicicleta, esse veículo não fora o motivo do infortúnio, mas, sim, o dito buraco na via pública; destarte, aquele transporte não tipifica, neste caso, um acidente de trânsito."

Idêntico entendimento adotou este Colendo Órgão Especial em recente julgado, de relatoria do eminente Desembargador RICARDO ANAFE, cuja ementa segue:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Reparação de danos materiais – Demanda ajuizada contra a Companhia de Engenharia de Tráfego de São Paulo, alegando a falta de sinalização de lombada ocasionando o acidente – Apelação distribuída à 26ª Câmara de Direito Privado que, entendendo pela incompetência do órgão julgador, não conheceu do recurso – Autos redistribuídos à 3ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência – Pretensão da demanda que se refere à responsabilidade civil extracontratual de empresa concessionária de serviço público – Faute du service – Matéria afeta à competência da Seção de Direito Público, nos termos da Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência procedente. Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 3ª Câmara de Direito Público para o julgamento do recurso." (Conflito de Competência 0026873-13.2018.8.26.0000; Data do Julgamento: 03/10/2018; Data de Registro: 09/10/2018).

Acesso ao Sumário

Digno de transcrição trecho da fundamentação do referido julgado, que aborda a hipótese do *faute du service*:

"Como se vê dos autos, conquanto se trate de ação de indenização de danos materiais em veículo automotor, o fundamento invocado pelo autor decorre do fato da inadequada prestação de serviço público (ausência de sinalização de lombada) pela Companhia de Engenharia de Tráfego de São Paulo – CET, concessionária de serviço público, o que teria causado o acidente. Essa é a causa de pedir da ação.

Assim, cumpre observar que a hipótese *sub exame* não pode ser cuidada sob a temática da responsabilidade objetiva (artigo 37, § 6º, da Sexta Carta Republicana), dado que não se trata aqui de apreciação de *facere*

danoso (Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in Responsabilidade Extracontratual do Estado por Comportamentos Administrativos, *in* RT 552/14), mas sim de um *non facere* de repercussão danosa, caracterizando a hipótese clássica da *faute du service* dos franceses, aqui denominada na doutrina como culpa anônima, ou meramente, por tradução, falta de serviço, que constitui a responsabilidade do Estado por comportamento ilícito, sob o perfil do descumprimento de um dever de agir, no qual a omissão é propositada (dolo) ou gerada por singela incúria, na modalidade de imprudência, negligência ou imperícia – esse ponto merece um parênteses, na medida em que parte dos especialistas entende que mesmo na omissão, a responsabilidade do Estado, quer por força da exegese da norma inserta no artigo 107 da Constituição Federal anterior, quer em razão do preceito esculpido no artigo 37, § 6º, da atual Carta, a Administração responde por responsabilidade objetiva e não subjetiva, conforme desvendado (Cf. Desembargador Álvaro Lazzarini, *in* Responsabilidade Civil do Estado por Atos Omissivos de Seus Agentes, *in* RJTJESP 117/8).

Dessa forma, ainda que se possa discutir a responsabilidade subjetiva ou objetiva, *in casu*, a matéria debatida nos autos efetivamente se insere dentre aquelas passíveis de discussão nas denominadas 'ações de responsabilidade civil do Estado, inclusive as decorrentes de ilícitos extracontratuais de concessionárias e permissionárias de serviço público, que digam respeito à prestação de serviço público, ressalvado o disposto no item III.15 do art. 5º desta Resolução', e que são da competência da Seção de Direito Público (da 1ª à 10ª Câmaras), nos termos da redação do artigo 3º, inciso I, item I.7, da Resolução nº 623/2013."

Portanto, de rigor o reconhecimento da competência da Câmara suscitante, nos termos do artigo 3º, item "I.7", da Resolução TJSP nº 623/2013.

Diante do exposto, **JULGO PROCEDENTE** o presente conflito, declarando a competência da colenda Câmara suscitante, 6ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, para processar e julgar o recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0009184-19.2019.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante 8ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, é suscitado 22ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 22ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL

DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31557/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, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI e RICARDO ANAFE.

São Paulo, 20 de março de 2019.

ÁLVARO PASSOS, Relator

Ementa: COMPETÊNCIA RECURSAL – Ação de obrigação de fazer consistente na entrega de faturas pagas dos últimos anos com a finalidade de examinar a regularidade da cobrança de ICMS – Objeto da lide que diz respeito a obrigações irradiadas de contrato de prestação de serviço, fornecido pela concessionária, e não diretamente a questões do serviço em geral e nem a aspectos tributários – Ainda que haja ligação com questões fiscais, questionamento trata de informação sobre o serviço oferecido ao consumidor – Aplicação do Art. 5º, § 1º, Resolução nº 623/2013 – Competência preferencial das Câmaras compreendidas nas Seções de Direito Privado II e III – Redistribuição para a Câmara suscitada – Conflito procedente.

Acesso ao Sumário

VOTO

Vistos.

Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o fundamento de que a demanda versa sobre aspectos decorrentes do serviço de energia elétrica fornecido pela concessionária Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL e, ainda que voltada à análise posterior da cobrança de tributo, diz respeito à regularidade de prestação de serviço, cuja competência pertence às Seções de Direito Privado.

Foi interposta apelação contra a r. sentença que, nos autos de ação de obrigação de fazer em que se busca a apresentação de faturas dos últimos 5

anos para averiguar irregularidades na cobrança de ICMS, indeferiu a petição inicial por falta de interesse processual, sob o fundamento de que desnecessária a prestação jurisdicional, pois a segunda via de todas as contas pode ser obtida no endereço eletrônico da empresa.

Inicialmente, a distribuição foi feita à 22ª Câmara de Direito Privado, que remeteu o caso a uma das Câmaras de Direito Público devido à pretensão tratar de cobrança de ICMS nas faturas, e a 8ª 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.

Como se vê, o cerne da discussão é a pretensão de obter as faturas dos últimos anos da Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL com a finalidade de examinar se existe eventual irregularidade cobrança de ICMS.

Com efeito, não se trata diretamente de questões de serviço público em geral e nem fiscais, 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 corretamente o serviço. Desse modo, a solução não diz respeito a aspecto tributário 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, nos termos de seu artigo 5º; § 1º: "A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas: (...) § 1º. Serão da competência preferencial e comum às Subseções Segunda e Terceira, compostas pelas 11ª a 38ª Câmaras, as ações relativas a 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".

Registre-se que, não obstante a demanda tenha ligação com questões fiscais em razão de a pretensão do autor estar ligada à posterior verificação de correta cobrança de ICMS nas faturas de energia elétrica, o fato é que se trata de questionamento do consumidor em face da concessionária, buscando informação clara sobre os serviços prestados.

Acerca de caso semelhante sobre o tema, confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Conflito de competência – Ação

Acesso ao Sumário

proposta por consumidor em face de prestadora de serviços de fornecimento de energia elétrica, visando a exibição das faturas pagas nos últimos cinco anos, com o fim de verificar eventual cobrança irregular de ICMS embutida na tarifa – Núcleo da demanda concernente ao serviço de fornecimento de energia elétrica, de natureza privada – Enquadramento no Art. 5º, § 1º, Resolução nº 623/2013 – Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para reconhecer competente a Colenda 20ª Câmara de Direito Privado deste E. Tribunal de Justiça (Conflito de Competência nº 0048662-68.2018.8.26.0000 – Campinas – Órgão Especial – Rel. Salles Rossi – J. 13/02/2019)

Ante o exposto, **julga-se procedente o presente conflito**, declarando-se competente a C. Câmara suscitada para conhecer e julgar a Apelação nº 1016794-04.2018.8.26.0114.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0005374-36.2019.8.26.0000, da Comarca de Mococa, em que é suscitante 35ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ARTUR MARQUES E EVARISTO DOS SANTOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 23.747)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA e ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 20 de março de 2019.

ALEX ZILENOVSKI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: Conflito de Competência suscitado pela 35ª

Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Apelação cível interposta em face de sentença que trata da restituição de valores descontados de benefício previdenciário a título de contribuição complementar, bem como cessação de descontos dos proventos do beneficiário, com base na Lei Estadual nº 4.819/1968.

Do exposto, percebe-se que a questão ventilada no recurso de apelação se amolda perfeitamente ao item I.1, da Resolução nº 623/13, deste Colendo Órgão Especial, de sorte que se impõe o reconhecimento da competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Público, suscitada.

Julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 6ª Câmara de Direito Público para o julgamento do recurso.

VOTO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação nº 0001335-27.2012.8.26.0360, interposta pela Fundação CESP – Centrais Elétricas de São Paulo S/A.

Refere-se à apelação cível interposta buscando a reforma da r. sentença que julgou procedentes os pedidos deduzidos por **WALTER FALARINI** no bojo de ação declaratória cumulada com repetição de indébito, ajuizada em face da Fundação CESP e que condenou esta última à obrigação de não fazer, consistente na imediata cessação dos descontos indevidos feitos a título de contribuição para o benefício de complementação de aposentadoria do requerente, sob pena de multa diária de R$ 200,00 (duzentos reais), pelo descumprimento, limitado a sessenta (60) dias, bem como para o fim de condenar a Fundação CESP a restituir ao autor o valor integral de todas as contribuições indevidamente descontadas desde 13.04.1992.

O recurso foi distribuído à 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de forma livre (fls. 587), que, por V. Acórdão, em votação unânime, não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos para redistribuição a uma das Câmaras de Direito Privado III, deste Tribunal, com competência preferencial para as *"ações relativas a Previdência Privada"*, com arrimo no item III.16, do artigo 5º, da Resolução nº 623/2013, deste Colendo Órgão Especial (fls. 591/596).

Acesso ao Sumário

O feito foi, então, distribuído à 35ª Câmara de Direito Privado (fls. 600).

Em seguida, o douto Relator Sorteado determinou a suspensão do recurso, com vistas ao decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.370.191/RJ, de controvérsia repetida, no qual se questionava a legitimidade do patrocinador para responder solidariamente com a entidade fechada em demandas envolvendo revisão de benefício do regulamento de previdência privada (fls. 601).

Retomado o curso do recurso, por v. Acórdão, prolatado pela Colenda 35ª Câmara de Direito Privado desta Corte, a apelação não foi conhecida e foi suscitado o presente conflito de competência (fls. 246/250).

A DD. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido de que seja julgado procedente este Conflito de Competência, reconhecendo a Colenda 6ª Câmara da Seção de Direito Público para conhecer, processar e julgar o recurso (fls. 624/633).

É o relatório.

Trata-se de ação declaratória cumulada com repetição de indébito ajuizada por **WALTER FALARINI** em face da Fundação CESP, na qual o autor postula a declaração de inexigibilidade dos débitos referentes a qualquer contribuição para custeio da complementação de aposentadoria e a imediata cessação dos descontos incidentes sobre proventos, **com base na Lei Estadual nº 4.918/1958.** Busca, ainda, a devolução da totalidade dos valores cobrados indevidamente.

Assiste razão à Câmara suscitante.

É sabido, que a competência recursal é definida de acordo com os argumentos deduzidos pelo autor na petição inicial.

Nesse sentido dispõe o artigo 103, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado 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."*

A despeito da conclusão do V. Acórdão da Colenda 6ª Câmara de Direito Público, que não conheceu do recurso, sob o argumento de que a Apelação se refere a *"ações relativas a Previdência Privada"*, no meu sentir, esta não parece ser a melhor solução.

Conforme ressaltado anteriormente, a pretensão do autor está ancorada no disposto na Lei Estadual nº 4.819/1958.

É sabido que a Resolução nº 623/2013, deste Colendo Órgão Especial preceitua, no item I.16, do artigo 5º que compete à Terceira Subseção, composta pelas 25ª a 36ª Câmaras, da Seção de Direito Privado conhecer de *"ações relativas a Previdência Privada"*, no entanto, a competência para julgar a

Apelação é da Seção de Direito Público.

Com efeito, o I.1, do artigo 3º, da mesma Resolução nº 623/2013 contém competência específica para julgamento de matérias afeitas à Lei Estadual nº 4.819/1958, conforme se nota no excerto abaixo:

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;***

Assim a jurisprudência deste Colendo Órgão Especial:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Discussão acerca de restituição de valores descontados de benefícios previdenciários a título de contribuição por receberem os requerentes benefício previdenciário complementar previsto na Lei estadual nº 4.819/58. Artigo 3º, inciso I.1, da Resolução nº 623/13, deste C. Órgão Especial, que estabelece a competência da Seção de Direito Público para conhecer e julgar os recursos que versem ações fundadas no mencionado diploma legal. Reconhecida a competência da 6ª Câmara de Direito Público, suscitante. Conflito desacolhido.

(TJSP, Conflito de Competência nº 0017118-62.2018.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Geraldo Wohrlers, j. 20.06.2018).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO FUNDADA NA LEI 4.819/58 – A Resolução nº 623/2013 conferiu à Seção de Direito Público a competência para julgamento de ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual nº 4.819/1958 (art. 3º, inc. I, I.1, com redação dada pela Resolução nº 693/2015) Conflito procedente – Precedentes deste C. Órgão Especial. Competência da 6ª Câmara de Direito Público para o conhecimento e julgamento do recurso.

(TJSP, Conflito de Competência nº 0055544-80.2017.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Moacir Peres, j. 07.02.2018).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PRETENSÃO VOLTADA À CESSAÇÃO DOS DESCONTOS E DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS JÁ DESCONTADAS, A TÍTULO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, INCIDENTES SOBRE A COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA PREVISTA NA LEI Nº 4.819/58. RESOLUÇÃO Nº 623/2013 QUE ESTABELECE A COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

Acesso ao Sumário

PARA AS AÇÕES QUE VERSEM SOBRE QUESTÕES PREVIDENCIAIS E AÇÕES FUNDADAS NA LEI ESTADUAL Nº 4.819/1958. ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 693/2015, QUE PROCLAMA A COMPETÊNCIA DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO, APENAS PARA AS AÇÕES QUE CUIDEM DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. OBEDIÊNCIA AO PREVISTO NO ART. 3º, ITEM I.1, DA RESOLUÇÃO 623/13. COMPETÊNCIA DA E. 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO. PRECEDENTES RECENTES DESTE ÓRGÃO ESPECIAL NESSE SENTIDO. CONFLITO ACOLHIDO, PARA PROCLAMAR COMPETENTE A COLENDA CÂMARA SUSCITANTE.

(TJSP, Conflito de Competência nº 0051612-84.2017.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Amorim Cantuária, j. 31.01.2018).

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação Cível – Ação fundada na Lei Estadual nº 4.819/58 – Competência atribuída à Subseção de Direito Público – Inteligência do art. 3º, I.1, da Resolução TJSP nº 623/2013 – Precedentes – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 4ª Câmara de Direito Público"

(TJSP, Conflito de Competência nº 0040990-43.2017.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Carlos Bueno, j. 22.11.2017).

Desta feita, percebe-se que a questão ventilada no recurso de Apelação se amolda perfeitamente ao item I.1, do artigo 3º, da Resolução nº 623/13, deste Colendo Órgão Especial, de sorte que se impõe o reconhecimento da competência da Colenda 6ª Câmara de Direito Público, suscitada.

Ante o exposto, pelo meu voto, **JULGO PROCEDENTE** o presente conflito de competência, para declarar a competência da Colenda Câmara suscitada (6ª Câmara de Direito Público) para conhecer e julgar a Apelação nº 0001335-27.2012.8.26.0360.

ACÓRDÃO

Acesso ao Sumário

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0007749-10.2019.8.26.0000, da Comarca de Cajuru, em que é suscitante 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 7ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. MOACIR PERES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.685)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES e XAVIER DE AQUINO.

São Paulo, 20 de março de 2019.

ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Relator

Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de interdição e internação compulsória – Previsão expressa no art. 5º, inciso I, item I.8 da Resolução 623/2013 desta Corte – Dúvida acolhida, reconhecida a competência da Câmara Suscitante 7ª Câmara de Direito Privado.

VOTO

Trata-se de dúvida suscitada pela 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em razão do V. Acórdão, proferido pela 7ª Câmara de Direito Público, que se deu por incompetente para o julgamento do recurso necessário nº 0001479-98.2014.8.26.0111 interposto contra r. sentença proferida em ação de interdição e internação compulsória, julgada procedente.

É o relatório.

Depreende-se da petição inicial e dos documentos que a instruíram, que no caso presente, o Ministério Público manejou ação visando à interdição e internação compulsória de S.J.L., sob a alegação de ser este dependente de múltiplas drogas.

Julgada procedente, a ação ingressou nesta Corte por força de recurso necessário.

Consta do art. 5º, inciso I, item I.8 a seguinte redação:

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

Acesso ao Sumário

competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: I.8 – Ações de interdição;

Assim, não paira dúvida que a competência preferencial, "ratione materiae", para a cognição e julgamento deste recurso é da Seção de Direito Privado, e uma das Câmaras que compõem a sua 1ª Seção.

Isto posto, acolhe-se a presente dúvida e julga-se competente suscitante 7ª Câmara de Direito Privado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0029840-31.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 26ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 6ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. EVARISTO DOS SANTOS E RENATO SARTORELLI.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.551)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, 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, 27 de março de 2019.

JACOB VALENTE, Relator

Ementa: *CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação de complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada fundada na Lei 4.819/58 – Competência recursal que se orienta pelo pedido principal (artigos 103 e 104 do RITJ) – Aplicação, no

Acesso ao Sumário

caso em testilha, do estabelecido no artigo 3º, inciso I, item I.1, da Resolução nº 623/2013 do Colendo Órgão Especial – Conflito acolhido, fixada a competência da 6ª Câmara de Direito Público.*

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência suscitado incidentalmente em recurso de Agravo de Instrumento em processamento na Colenda 6ª Câmara de Direito Público deste E. Tribunal, no bojo de discussão envolvendo complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada fechada (Economus). Diz a Câmara suscitante, em síntese, que matéria atinente à previdência privada recai sob a competência da Subseção 3 de Direito Privado, no caso, a suscitada 26ª Câmara, nos termos da Resolução nº 693/2015 que alterou a redação do artigo 3º da Resolução nº 623 /2013 para incluir o inciso III.16 que remete a essa questão.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opina pela procedência do incidente, mantendo-se a competência da suscitante, 6ª Câmara de Direito Público (fls. 185/193).

É o sucinto relatório.

2. DA COMPETÊNCIA

Leitura da ação principal copiada as fls. 13/41 revela que Antonio Roberto Correa (e outros), na qualidade de antigos funcionários do Banco Nossa Caixa do Estado de São Paulo, incorporado pelo agravante Banco do Brasil, buscam a complementação das aposentadorias com base na contagem do tempo de serviços considerado os 'avos' e não no percentual fixo de 70%, segundo o regulamento interno da ré Economus Instituto de Seguridade Social, entidade criada por aquele banco patrocinador.

Pois bem. De início é irretocável a assertiva de que a competência entre as Seções e Subseções deste Tribunal de Justiça se firma com base no pedido principal apresentado na ação tramitada no primeiro grau de jurisdição e nos termos em que devolvida à instância recursal e extensiva a qualquer espécie de processo ou procedimento (artigos 103 e 104 do RITJ).

Acesso ao Sumário

Basta simples análise do pedido inicial para aferir se tratar de disputa sobre diferença de complementação de aposentadoria adquirida no regime geral (CLT), com base em contrato de previdência complementar celebrado com ECONOMUS INSTITUTO DE SEGURIDADE SOCIAL e BANCO NOSSA CAIXA (sucedido pelo Banco do Brasil), direito outorgado pela **Lei Estadual 4.819/1958** que criou o "Fundo de Assistência Social do Estado" com a finalidade de conceder aos servidores das autarquias, das sociedades anônimas em que o Estado seja detentor da maioria das ações e dos serviços industriais de propriedade e administração estadual, dentre outras vantagens, já concedidas aos demais servidores públicos, a complementação das aposentadorias e concessão de pensões nos termos das Leis nºs 1.386, de 19 de dezembro de 1951, e 1974, de 18 de dezembro de 1952.

Notadamente, como a causa remota do pedido é pacto previdenciário regido pela Lei 4.819/1958, a competência se insere na hipótese expressa do artigo 3º, inciso I, item I.1, da Resolução 623/2013, *in verbis*: ***'ações relativas a concursos públicos, servidores públicos em geral, questões previdenciais e ações fundadas na Lei Estadual 4.819/1958.'***

Este é o reiterado posicionamento deste Colendo Órgão Especial em inúmeros precedentes idênticos ao presente:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Ação fundada na Lei Estadual nº 4.819/1958 – Matéria atribuída à Subseção de Direito Público – Art. 3º, I.1. da Resolução 623/2013 deste E. Tribunal – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. (CC 0008624-82.2016.8.26.0000, Rel. Des. Neves Amorim, j. 01/06/2016)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Apelação Cível. Ação fundada na Lei Estadual nº 4.819/58. Competência atribuída à Subseção de Direito Público. Inteligência do art. 3º, I.1, da Resolução TJSP nº 623/2013. Precedentes. Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 4ª Câmara de Direito Público. (CC 0047519-78.2017.8.26.0000, Rel. Des. Carlos Bueno, j. 29/11/2017)

Conflito de competência. Previdência Privada. Ação fundada na Lei nº 4.819/58. Inteligência do artigo 3º, I.1 da Resolução nº 623/13 do Órgão Especial. Conflito acolhido, fixada a competência na C. 8ª Câmara de Direito Público. (CC 0057227-55.2017.8.26.0000, Rel. Des. Borelli Thomaz, j. 14/03/2018.)

3. Destarte, nos termos acima especificados, pelo meu voto, **julgo procedente o conflito para fixar a competência da suscitante, 6ª Câmara de Direito Público.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0006047-29.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM O CONFLITO PROCEDENTE E COMPETENTE A 5ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.733OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "CONFLITO DE COMPETÊNCIA – Apelação Cível – Ação de cobrança – Contrato administrativo – Autora massa falida – Ré sociedade de economia mista – Aplicação do princípio da universalidade do juízo falimentar – Inocorrência – Incidência da exceção prevista no art. 76, caput, in fine, da Lei nº 11.101, de 9-2-2005: 'O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo (negritos do relator) – Aplicação do art. 3º, I, I.2 da Resolução TJSP nº 623/2013 – Contratos de natureza administrativa e precedidos de licitação, nos termos

Acesso ao Sumário

do art. 1º do parágrafo único da Lei nº 8.666, de 21-6-1993 – Controvérsia que diz respeito à correta interpretação e aplicação das cláusulas contratuais – Conflito conhecido e provido para determinar o retorno dos autos à C. 5ª Câmara de Direito Público."

VOTO

A C. 6ª Câmara de Direito Privado suscitou conflito de competência nos autos da Apelação Cível nº 0029427-44.2004.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, sendo suscitada a C. 5ª Câmara de Direito Público.

Distribuídos os autos, a 5ª Câmara de Direito Público não conheceu do recurso e determinou sua remessa a uma das C. Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, fls. 1774/1781. Por prevenção, nos termos do enunciado da Súmula TJSP nº 98, o processo foi redistribuído à 6ª Câmara de Direito Privado que entendeu ser a competência para julgar o caso afeta à Seção de Direito Público ou a uma das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, suscitando o presente conflito, fls. 1787/1791.

Às fls. 1801/1808, a d. Procuradoria-Geral de Justiça apresenta parecer no qual entende ser a 5ª Câmara de Direito Público competente para julgar o recurso de apelação.

É o relatório.

Conflito negativo de competência suscitado pela 6ª Câmara de Direito Privado, tendo como suscitada a 5ª Câmara de Direito Público.

Argumenta a suscitante que o juízo universal da falência não é competente para julgar ação que envolve quantia indenizatória ainda ilíquida, art. 6º, § 1º, da Lei nº 11.101, de 9-2-2005, ou, ainda que assim não se entenda, a competência para julgar a apelação seria de uma das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, porque a concordata foi convolada em falência na vigência da Lei de Falências, art. 192, § 4º, ratificando a tese da Câmara Suscitada: "Competência Recursal – Ação de indenização fundada na existência de valores em aberto decorrentes de contrato de prestação de serviços celebrado – Ação na qual se demanda quantia ilíquida e não fica sujeita do juízo universal da falência – Suscitação de Conflito de Competência para decisão do Órgão Especial deste E. Tribunal.".

Acesso ao Sumário

De outro lado, argui a suscitada que a demanda versa sobre pedido de cobrança ajuizado por massa falida, por isso a competência para o julgamento do recurso compete a uma das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, nos termos dos art. 6º da Resolução nº 623/2013 do TJSP e art. 76 da Lei Federal nº 11.101, de 9-2-2005: "RECURSOS DE APELAÇÃO AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO – COBRANÇA DE VALORES DECORRENTES DA CELEBRAÇÃO DE CONTRATO PARA A EXECUÇÃO

DE OBRAS E SERVIÇOS DE TERRAPLANAGEM EDIFICAÇÃO DE UNIDADES HABITACIONAIS – ALEGAÇÃO DE MORA DA PARTE RÉ – DESEQUILÍBRIO ECONÔMICOFINANCEIRO – AÇÃO AJUIZADA POR MASSA FALIDA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. 1. Inteligência do artigo 6º da Resolução nº 623/13, da E. Presidência deste C. Tribunal de Justiça. 2. Incidência da 'vis attractiva' do Juízo falimentar. 3. Competência recursal das C. Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. 4. Recursos de apelação, apresentados por ambas as partes litigantes, não conhecidos, com determinação.".

O processo trata de ação civil movida pela Empresa Brasileira de Obras Técnicas de Engenharia – E.B.O.T.E. –, sucessora de Construtécnica Engenharia Ltda. contra a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo CDHU –, objetivando a condenação da ré ao pagamento de valores a título de ressarcimento por despesas decorrentes da prorrogação do prazo de execução de contrato por atraso da CDHU no encaminhamento dos projetos executivos; pelo pagamento que foi obrigada a assumir, contra expressa disposição contratual, em virtude da imprescindível contratação de empresa expert em ensaios tecnológicos; por valores pagos a menor pela ré por serviços suplementares prestados. Pleiteia também que a ré seja condenada a pagar quantia decorrente da adequada aplicação do índice de reajuste sobre os valores medidos entre 16 e 31 de outubro de 2000 e entre 1º e 31 de outubro de 2001, bem como correção monetária, juros, custas processuais e honorários advocatícios. Em 16-7-2010, a MM. Juíza da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo convolou a concordata da autora em falência, fls. 1069/1074. Julgados parcialmente procedentes os pedidos, Massa Falida de E.B.O.T.E. e CDHU interpuseram recurso de apelação, distribuídos à 5ª Câmara de Direito Público, o que gerou o presente conflito de competência.

De início, pertinente anotar que a competência do órgão jurisdicional em segundo grau é determinada pelos elementos que compõe o pedido inicial, nos termos do art. 103 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça: "a competência dos diversos órgãos do Tribunal firma-se pelos termos do pedido inicial, ainda que haja reconvenção ou ação contrária ou o réu tenha arguido fatos ou circunstância que possam modificá-lo". E ainda, segundo o art. 104 do mesmo estatuto, "a competência em razão da matéria, do objeto ou do título jurídico é extensiva a qualquer espécie de processo ou tipo de procedimento".

A Câmara Suscitada sustenta que o juízo da falência seria o competente para julgar esta ação, por força do princípio da universalidade do juízo falimentar. Fundamenta seu entendimento com base no art. 6º da Resolução TJSP nº 623/2013 e art. 76 da Lei de Falências. Mencionados dispositivos têm a seguinte redação:

"Art. 6º. Além das Câmaras referidas, funcionarão na Seção de Direito

Acesso ao Sumário

Privado a 1ª e a 2ª Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, que formarão o Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, com competência, excluídos os feitos de natureza penal, para julgar os recursos e ações originárias relativos a falência, recuperação judicial e extrajudicial, principais, acessórios, conexos e atraídos pelo juízo universal, envolvendo a Lei nº 11.101/2005, bem como as ações principais, acessórias e conexas, relativas à matéria prevista no Livro II, Parte Especial do Código Civil (arts. 966 a 1.195) e na Lei nº 6.404/1976 (Sociedades Anônimas), as que envolvam propriedade industrial e concorrência desleal, tratadas especialmente na Lei nº 9.279/1996, e franquia (Lei nº 8.955/1994).” (Resolução TJSP nº 623/2013).

“Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.” (Lei nº 11.101, de 9-2-2005).

Embora a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial instaurem o juízo universal, não atraem ações que demandam quantia ilíquida, nem ações cuja matéria não seja regulada pela Lei de Falências em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

No caso dos autos, infere-se dos termos constantes da petição inicial que a autora, massa falida, postula indenização pelos prejuízos financeiros obtidos quando da execução dos Contratos Administrativos nº 1.03.03.00/6.00.00.00/0412/00, nº 1.03.03.00/6.00.00.00/0396/00, nº 1.03.03.00/6.00.00.00/0397/00, nº 1.03.03.00/6.00.00.00/0398/00 e nº 1.03.03.00/6.00.00.00/0399/00, respectivamente, referentes às Concorrências Públicas nº 024/00, nº 026/00, nº 027/00, nº 028/00 e nº 029/00. Alega que os sucessivos atrasos no encaminhamento dos projetos executivos aumentaram o custo indireto da obra, alterando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A ação fora ajuizada quando E.B.O.T.E. já estava sob regime de recuperação judicial, antes da decretação da falência.

Além de ilíquida a quantia demandada, incide a exceção prevista no art. 76, caput, in fine, da Lei nº 11.101, de 9-2-2005: “O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, **ressalvadas** as causas trabalhistas, fiscais e **aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo**”. (negritos do relator)

Dessa forma, se a massa falida for autora, e não se cuidar de ação regulada pela Lei de Falência, como no caso ora em análise, em que se discute descumprimento de cláusulas de contrato administrativo, não há que se falar em vis attractiva.

Acesso ao Sumário

Confirma esse entendimento o fato de o processo tramitar em primeiro grau perante a 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo.

Assim, o relator subscritor, com a devida vênia, entende inaplicável o art. 6º da Resolução nº 623/2013, devendo o feito ser redistribuído à Seção de Direito Público, por força do art. 3º, I, I.2 de mencionada Resolução:

"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.3 – Ações relativas a licitações e contratos administrativos;"

Isso porque, apesar de a ré CDHU ser constituída sob a forma de sociedade de economia mista e não ostentar prerrogativa de foro, por se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, os contratos entabulados pelas partes possuem natureza administrativa e foram precedidos de licitação, nos termos do art. 1º do parágrafo único da Lei nº 8.666, de 21-6-1993. A controvérsia diz respeito à correta interpretação e aplicação das cláusulas contratuais.

Nesse sentido:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Câmara de Direito Público e Câmara de Direito Privado. Ação ajuizada por empresa contratada por sociedade de economia mista municipal para recomposição de vias públicas. Ação de cobrança versando sobre quantias que a contratante teria retido indevidamente com a finalidade de se ressarcir de pagamentos de indenizações a terceiros por acidentes de veículo nas obras. Ação em que se discute a aplicação das cláusulas do contrato administrativo. Art. 3º, I.3, da Resolução nº 623/13 do Tribunal de Justiça. Matéria de competência da Seção de Direito Público. Conflito conhecido, declarada a competência da 1ª Câmara Extraordinária de Direito Público." (Conflito de Competência nº 0026761-49.2015.8.26.0000, rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. em 29-7-2015).

Em sendo assim, **julga-se procedente o conflito, determinando-se a redistribuição do feito para a C. 5ª Câmara de Direito Público**.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência

Cível nº 0005304-19.2019.8.26.0000, da Comarca de Bauru, em que é suscitante CÂMARA ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, é suscitada 2ª 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 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. V.U. IMPEDIDOS OS EXMOS. SRS. DES. ARTUR MARQUES, EVARISTO DOS SANTOS E ÁLVARO PASSOS.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.349)**

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, JACOB VALENTE, DAMIÃO COGAN, VICO MAÑAS, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e SALLES ROSSI.

São Paulo, 10 de abril de 2019.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Conflito de Competência.

Pedido de suspensão de visitas – Situação de risco da criança não evidenciada – Genitora que detém a guarda da criança – Conflito de interesses entre genitores – Feito processado perante a 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Bauru – Autos inicialmente distribuídos à Colenda 2ª 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 – A hipótese dos autos não se alinha entre aquelas previstas no rol do artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Matéria afeta ao juízo comum – Competência da Colenda 2ª Câmara de Direito Privado – Conflito de competência procedente.

Julga-se procedente o conflito de competência para

Acesso ao Sumário

declarar competente a Colenda 2ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça para o julgamento do recurso.

VOTO

1. Trata-se de conflito de competência em apelação interposta por S.M. contra decisão que, em ação por ela proposta em face de M.A.L., pai da menor A.L.M.L., julgou parcialmente procedente o pedido (fl. 171/176).

Os autos foram distribuídos à Colenda 2ª Câmara de Direito Privado que não conheceu do recurso, determinando a redistribuição à Colenda Câmara Especial (fl. 220/224).

Redistribuídos os autos, a Colenda Câmara Especial igualmente não conheceu do recurso e suscitou conflito de competência (fl. 238/243).

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é no sentido de reconhecer a competência da Colenda 2ª Câmara de Direito Privado para conhecer, processar e julgar o recurso (fl. 249/253).

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 A.L.M.L., nascida em (...) (fl. 19), ajuizou demanda judicial contra o genitor da menor, objetivando a suspensão de visitas, sob alegação de suposto abuso, perante a 1ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de Bauru.

A competência da Justiça da Infância e da Juventude é ditada pelo artigo 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente, estendendo-se aos pedidos de guarda e tutela apenas quando se tratar de criança ou adolescente que se encontre nas hipóteses elencadas no artigo 98 do mesmo diploma legal.

Discute-se, assim, se a menor em questão estaria, ou não, enquadrada em uma das situações previstas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que, segundo o parágrafo único do artigo 148, atrairia a competência para o Juízo da Infância e da Juventude.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece, na parte que aqui interessa:

> **"Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem**

Acesso ao Sumário

ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III – em razão de sua conduta.

(...)

Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para:

I – conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis;

II – conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo;

III – conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes;

IV – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;

V – conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis;

VI – aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente;

VII – conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.

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."

Acesso ao Sumário

Por sua vez, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo dispõe:

> **"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;"**

Com efeito, o artigo 148 do Estatuto trata da competência do Juizado da Infância e da Juventude, e seu parágrafo único aplica-se nas situações em que a guarda pretendida pode ser, em princípio, deferida por Juízo comum, como nos casos de nova regulamentação da guarda, de pedido de tutela ou destituição de pátrio-poder, dentre outros. Todavia, caso a criança esteja em situação prevista no artigo 98 do mesmo Estatuto, a competência, absoluta, é do Juizado da Infância e da Juventude. Ou seja, sempre que ocorrida a hipótese do artigo 98 do Estatuto, é competente o Juízo especializado para conhecer das questões elencadas no parágrafo único desse dispositivo. Claro, portanto, que ausente alguma dessas situações, as questões envolvendo guarda e tutela de crianças devem ser solucionadas pelo Juízo comum.

É inegável que a Justiça da Infância e da Juventude não pode receber, processar e julgar indiscriminadamente todos os feitos que versem sobre interesses de menores de idade, sob pena de desvirtuamento das finalidades a que se propôs o Estatuto.

In casu, se trata de pedido de regulamentação/suspensão de visitas feito pela própria genitora e, ainda que, *ad argumentandum*, a hipótese fosse de 'falta' dos genitores, necessário seria que a pequena estivesse abandonada, o que não se verifica, já que a requerente, mãe da menor, que detém sua guarda, como bem anotou o eminente Desembargador Renato Genzani Filho, **"atenta a possível situação de vulnerabilidade, promoveu os meios jurídicos necessários a elidir suposta situação de risco, situação que evidencia o amparo da criança"** (Cf. fl. 241).

Nesse sentido, lição de Paulo Lúcio Nogueira, segundo o qual **"o parágrafo único do artigo 148 do Estatuto refere-se às hipóteses do artigo 98, que, por sua vez, alude à aplicação de medidas protetoras sempre que os direitos reconhecidos no Estatuto forem ameaçados ou violados por 'falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável' (inciso II), é de se ter presente que o 'menor' estaria aí em estado de 'abandono', o que exige a intervenção de órgão público (promotor, defensor público ou dativo), o qual deve postular perante a justiça especializada, que é menorista"** (*In* "Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado" – Saraiva – 1993, pág. 234).

Acesso ao Sumário

Sobre o tema vale a referência ao julgado inserto em JTJ-Lex 169/23, acórdão do qual foi relator o Desembargador Dirceu de Mello. Confira-se o trecho a seguir transcrito:

> **"A Lei Federal 8.069, de 1990 prevê, para a Justiça da Infância e da Juventude, duas espécies de competência material: uma, exclusiva – para as hipóteses do artigo 148, caput, da lei; outra, concorrente – para as hipóteses do parágrafo único, do mesmo artigo 148. Esta última somente se justifica se a criança ou adolescente se encontrar em uma das situações previstas no artigo 98 do mesmo texto.**
>
> **Verifica-se que no caso sob exame, como anotado pelo Doutor Juiz de Direito, a adolescente encontrava- se na hipótese prevista no inciso II, do artigo 98, da lei especial. A melhor exegese do dispositivo é aquela que considera que os direitos da criança ou do adolescente estão ameaçados ou violados quando ocorre "falta, omissão ou abuso" por parte de ambos os genitores ou por parte de apenas um deles"** (JTJ-Lex n. 169, p. 24).

Nesse contexto, nada obstante os indícios de possível abuso sexual praticado pelo pai contra a menor, no caso presente, não se verifica situação de potencial risco à criança que, repita-se, consoante os termos da petição inicial, está sob a guarda da mãe, a lhe garantir efetiva proteção aos seus direitos, de tal arte que a competência para conhecer do pedido de suspensão/regulamentação de visitas é do Juízo comum, tanto que a sentença impugnada foi prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Bauru (fl. 171/176), sendo insuficiente, à evidência, eventual referência, no curso do processo, a algum dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente para tornar competente a Justiça especializada, azo pelo qual, em sede de recurso, nos termos do artigo 103 do RITJSP, resta afastada a competência da Colenda Câmara Especial.

Por epítome, conhece-se do conflito e julga-se procedente o conflito de competência para declarar competente a Colenda 2ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça 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 2ª Câmara de Direito Privado deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Acesso ao Sumário

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Criminal nº 2235395-11.2018.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são impetrantes JOSÉ RICARDO CORREA e ROBSON SANTIAGO GONÇALVES PEREIRA, é impetrado SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão 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 32.045)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, 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, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES e PINHEIRO FRANCO.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Relator

Ementa: ***HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO CONTRA O SECRETÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. INADMISSIBILIDADE, COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PARA A PROVIDÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DO REGIME PRISIONAL FECHADO PARA O SEMIABERTO, SE E QUANDO INDEFERIDA PELO MAGISTRADO.**

***HABEAS CORPUS*. PRETENDIDA TRANSFERÊNCIA DO REGIME PRISIONAL FECHADO PARA O SEMIABERTO, CUMPRIDOS OS REQUISITOS PARA TANTO. PROVIDÊNCIA TOMADA PELO MM. JUIZ DE DIREITO DA EXECUÇÃO. OBSERVAÇÃO DA INADMISSIBILIDADE DA PROGRESSÃO 'PER**

Acesso ao Sumário

SALTUM' PARA REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. PRECEDENTES. PREJUDICIALIDADE DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL.

ORDEM DENEGADA.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo advogado José Ricardo Correa em favor do paciente Robson Santiago Gonçalves Pereira, que se encontra preso na Penitenciária Augustinho Panúncio, cidade de Marabá Paulista, Estado de São Paulo, contra constrangimento ilegal sofrido por ato do Excelentíssimo Senhor Secretário da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, nos autos da ação de execução penal nº 0008843-35.2017.8.26.0041, em não apreciar pedido de transferência do paciente para o regime semiaberto, direito este que se consolidou em 09 de janeiro de 2018.

Alega o impetrante que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 2 (dois) meses de reclusão em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo qualificado prevista no artigo 157, § 2º do Código Penal, tendo sido preso em flagrante delito no dia 26 de dezembro de 2016; diz que somente em 15 de março de 2017 foi realizada a audiência de instrução e julgamento, ocasião em que lançada a sentença penal condenatória; assevera que durante o cumprimento da pena tem demonstrado comportamento exemplar e, por sua vez, humilhado em condição degradatória, convive no regime fechado até então; acrescenta que vários foram os pedidos de transferência encaminhados à d. autoridade impetrada sem nenhum resultado, o que autoriza a conclusão de que há evidente constrangimento ilegal uma vez que, alcançando o tempo para migração para o regime semiaberto, permanece em regime fechado; pretende, ainda, a aplicação da progressão *per saltum* uma vez que está em regime fechado e tem, comprovadamente, comportamento satisfatório, atingindo os prazos para progressão para o regime aberto ou livramento; daí porque, afirma o impetrante, transcorrido o prazo para progressão do regime fechado para o semiaberto, sem a providência por parte da d. autoridade impetrada, impõe-se o dever de analisar a sua progressão direta para o regime aberto, sem passar pela fase semiaberta.

Acesso ao Sumário

Distribuídos os autos à 3ª Câmara de Direito Criminal, foram processados sem a concessão de liminar (fls. 43/44).

Sobrevieram informações da d. autoridade coatora, dando conta de que em 28 de agosto de 2018 o paciente foi transferido para o CPP de São José do Rio Preto, em razão da progressão para o regime semiaberto (fls. 48/56).

Parecer da *i.* Procuradoria Geral de Justiça, pela prejudicialidade parcial do remédio constitucional e, na parte que remanesce, pelo não conhecimento da ordem.

A C. 3ª Câmara de Direito Criminal houve por bem declinar da competência para julgamento do presente *Habeas Corpus*, determinando o encaminhamento ao C. Órgão Especial (fls. 67/71).

Instado o impetrante a se manifestar sobre a alegada perda do objeto da ação mandamental, quedou-se o mesmo silente.

É o relatório.

Prima facie, anoto que é entendimento deste Colendo Órgão Especial a ilegitimidade passiva do Excelentíssimo Secretário da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo para figurar como autoridade coatora em *habeas corpus* onde se busca a transferência de um regime prisional para outro mais brando. Confira-se, a propósito, o HC 183-88.2011, Rel. Amado de Faria, j. em 25/11/2011 e HC 990.09.299157-4, Rel. Ademir Benedito.

É que a competência para analisar o pleito formulado pelo impetrante é do MM. Juiz da Vara das Execuções Penais, **se e quando** houver indeferimento da pretensão, o que não é o caso dos autos, em que o paciente aguardava pela promoção ao regime semiaberto, uma vez preenchidas as condições para tanto.

Não obstante, diante do desfecho do presente remédio constitucional, passa-se à análise do quanto requerido.

Consoante dos autos se colhe, no trâmite do presente, sobrevieram informações da d. autoridade coatora, dando conta de que em 28 de agosto de 2018 o paciente foi transferido para o CPP de São José do Rio Preto, em razão da progressão para o regime semiaberto (fls. 48/56).

Neste passo, cessado o apontado constrangimento ilegal, perdeu o ***writ*** o seu objeto.

Quanto à pretensão de promoção *per saltum* do regime fechado para o regime aberto, amparada na assertiva de que transcorrido o prazo para progressão sem a providência por parte da d. autoridade coatora, **cabe apenas anotar a inadmissibilidade**.

É que a progressão *per saltum* é inadmitida no regime prisional, consoante Súmula 491 do C. Superior Tribunal de Justiça. E razão para tanto está no fato de que a análise para a progressão deve ser feita pelo juízo da execução, atento sempre ao risco que eventualmente será submetida a sociedade, caso o condenado seja colocado em regime aberto sem o preenchimento de todos os requisitos para a progressão.

Assim também já decidiu este C. Órgão Especial:

"Regime prisional. Progressão ao estabelecimento semiaberto. Manutenção do sentenciado no fechado, enquanto aguarda o surgimento de vaga. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Transferência para a modalidade aberta. Impossibilidade. Inocorre constrangimento ilegal na manutenção do sentenciado no regime prisional fechado, enquanto

Acesso ao Sumário

aguarda o surgimento de vaga no semiaberto, a que faz jus, sendo impossível a sua transferência para a modalidade aberta, se não preenche os requisitos temporais para estar, mesmo provisoriamente, no regime mais ameno e se também não foram realizados os exames criminológicos para definir sobre sua capacidade e estar em contato normal com a sociedade, além do mais, não há lei ou artigo constitucional em nosso país a admitir seja colocada em liberdade pessoa condenada, por decisão passada em julgado, a cumprir pena inicial em regime segregacional" (Habeas Corpus n° 397078/4, Rel. LUIS GANZERLA, j. em 01/12/2001)."

Diante do exposto, uma vez concluída a providência reclamada, julgo prejudicado o presente *habeas corpus*, observando a inadmissibilidade da progressão *per saltum* pleiteada pelo impetrante.

Denega-se a ordem.

Mandados de Segurança

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2185145-71.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante MARCO ANTONIO DE OLIVEIRA JÚNIOR, é impetrado GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "CONCEDERAM A SEGURANÇA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 34.159)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), 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, JACOB VALENTE, 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, 13 de março de 2019.

FRANCISCO CASCONI, Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – EX-POLICIAL MILITAR – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU NA EXPULSÃO DA CORPORAÇÃO – PENA APLICADA PELO COMANDANTE-GERAL DA POLÍCIA MILITAR – PEDIDO DE REVISÃO DIRECIONADO AO GOVERNADOR DO ESTADO NÃO APRECIADO – SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELO SECRETÁRIO DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA QUE NÃO INFIRMA O INTERESSE PROCESSUAL DO IMPETRANTE – TRANSCURSO TEMPORAL SUPERIOR A 120 DIAS – VIOLAÇÃO DO QUE DISPÕE O ART. 33 DA LEI 10.177/1998 – DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

VOTO

Ação de segurança interposta contra ato atribuído ao Senhor Governador do Estado de São Paulo apontando omissão quanto à apreciação do "pedido de revisão" de ato administrativo (fls. 68/97) consubstanciado em decisão proferida pelo Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo, que não conheceu de formulação (fls. 39/65) objetivando reconsideração de ato que impôs pena de expulsão ao impetrante.

Nos termos decididos a fls. 1.114/1.115, ordenou-se emenda à inicial objetivando precisa delimitação da controvérsia, sobrevindo manifestação do impetrante a fls. 1.120/1.121.

Nas informações de fls. 1.130/1.137, o Senhor Governador do Estado de São Paulo apontou, em preliminar, falta de interesse processual, em vista de superveniente decisão, publicada aos 28.07.2018, proferida pelo Secretário de Estado de Segurança Pública, que não conheceu pleito do impetrante. No mais, defendeu sua ilegitimidade passiva para análise da pretensão, bem como a irrecorribilidade da decisão proferida pelo Comandante-Geral da Polícia Militar.

Parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça acostado a fls. 1.145/1.150, opinando pelo acolhimento da preliminar arguida.

É o breve Relatório.

Viável a ação de segurança para a defesa ou preservação de direito líquido e certo, não amparado por ***habeas corpus*** ou ***habeas data***, quando constatada a prática de ilegalidade ou abuso de poder por autoridade pública ou agente de

Acesso ao Sumário

pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, CR).

Em breve síntese, o impetrante foi policial militar até 05 de abril de 2018, data em que publicada decisão que o expulsou da corporação, após procedimento administrativo próprio, sob a lavra do Comandante-Geral da Polícia Militar. Em 10 de abril de 2018 o impetrante postulou reconsideração de aludido ato administrativo àquela autoridade, o qual não foi conhecido, por falta de amparo legal, consoante publicação levada a efeito aos 27.04.2018. Contra essa decisão formulou o requerimento reproduzido a fls. 68/97 ao Governador do Estado de São Paulo, afirmando omissão em seu exame até o momento da impetração.

In casu, controvérsia estabelecida envolve transcurso do prazo imposto pelo art. 33, *caput* e parágrafos, da Lei nº 10.177/1998, para apreciação – pelo Governador do Estado de São Paulo – do pleito de revisão interposto pelo ora impetrante (fls. 68/97).

O art. 3º, *caput*, da LCE nº 893/2001 dispõe que o Governador do Estado é o Chefe Supremo da Polícia Militar:

> *"**Artigo 3º** – Hierarquia policial-militar é a ordenação progressiva da autoridade, em graus diferentes, da qual decorre a obediência, dentro da estrutura da Polícia Militar, culminando no Governador do Estado, Chefe Supremo da Polícia Militar."*

Já os artigos 31, inciso I, e 32, *caput*, ambos da LCE no 893/2001, estabelecem que ao Governador do Estado é atribuída competência para aplicar as penalidades previstas em referida Lei:

> *"**Artigo 31** – A competência disciplinar é inerente ao cargo, função ou posto, sendo autoridades competentes para aplicar sanção disciplinar: **I** – o Governador do Estado: a todos os militares do Estado sujeitos a este Regulamento;*
>
> ***Artigo 32** – O Governador do Estado é competente para aplicar todas as sanções disciplinares previstas neste Regulamento […]"*

Em complemento, dispõe o art. 62 da Lei supramencionada:

> *"**Artigo 62** – As autoridades competentes para aplicar sanção disciplinar, exceto as ocupantes do posto de major e capitão, quando tiverem conhecimento, por via recursal ou de ofício, da possível existência de irregularidade ou ilegalidade na aplicação da sanção imposta por elas ou pelas autoridades subordinadas, podem praticar um dos seguintes atos: **I** – retificação; **II** – atenuação; **III** – agravação; **IV** – anulação. **§ 1º** – A anulação de sanção administrativa disciplinar somente poderá ser feita no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data da publicação do ato que se pretende invalidar. **§ 2º** – Os atos previstos neste artigo deverão ser motivados e publicados."*

Acesso ao Sumário

Da mesma forma, em princípio, interpretação dos artigos 30 e 66 do

Regulamento Disciplinar da Polícia Militar outorga, também, ao Governador do Estado, a competência para anulação de sanção disciplinar – ***ultima ratio*** perseguida pelo impetrante – em âmbito recursal, mediante representação do interessado, ou mesmo de ofício, em revisão administrativa.

> *"**Artigo 30** – Representação é toda comunicação que se referir a ato praticado ou aprovado por superior hierárquico ou funcional, que se repute irregular, ofensivo, injusto ou ilegal.*
>
> ***§ 1º** – A representação será dirigida à autoridade funcional imediatamente superior àquela contra a qual é atribuída a prática do ato irregular, ofensivo, injusto ou ilegal.*
>
> ***§ 2º** – A representação contra ato disciplinar será feita somente após solucionados os recursos disciplinares previstos neste Regulamento e desde que a matéria recorrida verse sobre a legalidade do ato praticado.*
>
> ***§ 3º** – A representação nos termos do parágrafo anterior será exercida no prazo estabelecido no § 1º, do artigo 62.*
>
> ***§ 4º** – O prazo para o encaminhamento de representação será de 5 (cinco) dias contados da data do ato ou fato que o motivar.*
>
> ***Artigo 66** – Anulação é a declaração de invalidade da sanção disciplinar aplicada pela própria autoridade ou por autoridade subordinada, quando, na apreciação do recurso, verificar a ocorrência de ilegalidade, devendo retroagir à data do ato."*

Tal contexto evidencia a manutenção do interesse processual do impetrante, a despeito da decisão reproduzida no documento de fls. 36, eis que independentemente de seu conteúdo, proferida por autoridade diversa (Secretário de Estado da Segurança Pública). Ademais, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça que o Comandante-Geral da Polícia Militar e o Secretário de Segurança Pública gozam de mesmo grau hierárquico na Administração Pública, não havendo subordinação entre estas figuras:

> *"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DISCIPLINAR. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO. PEDIDO DE REVISÃO. COMPETÊNCIA DA MESMA AUTORIDADE QUE APLICOU A PENALIDADE. NÃO CONHECIMENTO PELO SECRETÁRIO DE ESTADO. LEGALIDADE. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 893/2001. EXEGESE. TEMAS DE MÉRITO. NÃO EXAMINADOS NA ORIGEM. VEDAÇÃO À SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 515, § 3º, DO CPC. PRECEDENTES DO STF. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.*
>
> *1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra ato de Governador de Estado que não deu provimento ao recurso administrativo interposto contra pedido de revisão de pena disciplinar emitido pelo Secretário de Segurança Pública, não conhecido; o recurso ordinário pretende, também, a incursão pelo mérito administrativo da decisão disciplinar que não foi apreciado pela autoridade coatora.*
>
> ***2. A correta exegese dos arts. 32 e 62 da Lei Complementar***

Acesso ao Sumário

Estadual n. 893/2001, com atenção ao disposto no § 6º do art. 144 da Constituição Federal, demonstra que o pedido de revisão da pena deveria ter sido dirigido à autoridade que a aplicou (Comandante-Geral da Polícia Militar) ou, ainda, poderia ter sido efetivado recurso hierárquico ao Governador do Estado.

3. O teor do inciso I do art. 62 da Lei Complementar Estadual n. 893/2001 aloca o Secretário de Estado de Segurança Pública e o Comandante Geral da Polícia Militar no mesmo grau hierárquico para fins de aplicação de penas disciplinares e, assim, traduz a legalidade da decisão do Secretário de Segurança Pública que não conheceu do pedido de revisão protocolado pelo militar, assim como se mostra lícita a decisão do Governador que negou provimento ao recurso.

4. Cabe anotar que o mérito da decisão de exclusão do recorrente não foi apreciado pela autoridade coatora, que apenas negou provimento ao recurso interposto contra o não conhecimento do pedido de revisão e, no mesmo sentido, não foi sequer apreciado no Tribunal de origem; não é possível apreciar, em grau de recurso ordinário, tema que não foi analisado na instância de origem, uma vez que inaplicável o art. 515, § 3º, do CPC. Precedentes do STF: RE 621.473/DF, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, publicado no DJe em 23/3/2011, no Ementário vol. 2487-02, p. 255 e na LEXSTF v. 33, n. 388, 2011, p.418-424. Recurso ordinário improvido."

(STJ. Recurso em Mandado de Segurança nº 46.765/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. em 10 de fevereiro de 2015, negritado e sublinhado). No mesmo sentido, decisão monocrática – nos termos da Súmula 568 do STJ – proferida em sede de Recurso em Mandado de Segurança nº 51.533/STJ, em 29 de agosto de 2016, de lavra da eminente Min. REGINA HELENA COSTA.

Ainda, prevalece o mesmo entendimento no âmbito do C. Órgão Especial: Mandado de Segurança nº 2126052-51.2016.8.26.0000, Rel. Des. CARLOS BUENO, j. em 05/10/2016. No mesmo sentido: Mandado de Segurança 2089841-16.2016.8.26.0000, sob a mesma Relatoria e julgado na mesma data.

In casu, a violação ao direito líquido e certo do impetrante diz respeito ao prazo máximo para o exame do pleito revisional dirigido ao Governador do Estado de São Paulo.

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar não estabelece – seja para o recurso hierárquico (art. 58), seja para a representação (art. 30) – limite temporal para a análise respectiva. Por esta razão, aplica-se no caso em tela o disposto no art. 33 da Lei Estadual nº 10.177/1998, que "Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual":

"Artigo 33 – O prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração será de 120 (cento

Acesso ao Sumário

e vinte) dias, se outro não for legalmente estabelecido.

§ 1.º *– Ultrapassado o prazo sem decisão, o interessado poderá considerar rejeitado o requerimento na esfera administrativa, salvo previsão legal ou regulamentar em contrário.*

§ 2.º *– Quando a complexidade da questão envolvida não permitir o atendimento do prazo previsto neste artigo, a autoridade cientificará o interessado das providências até então tomadas, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.*

§ 3.º *– O disposto no § 1.° deste artigo não desonera a autoridade do dever de apreciar o requerimento."*

Portanto, aplicando-se subsidiariamente o dispositivo normativo supramencionado, conclui-se que o Governador do Estado de São Paulo, ao receber o pleito revisional interposto pelo impetrante em 04 de maio de 2018, deveria prolatar decisão sobre a matéria até 04 de setembro de 2018. Verifica-se que até a protocolização da prestação de informações pelo Governador do Estado – em 18 de dezembro de 2018 – não houve decisão, de sua lavra, no que tange ao pleito revisional, não bastando a tal finalidade a decisão retratada a fls. 36, como dito.

O direito líquido e certo violado refere-se, portanto, à duração razoável do processo. Neste sentido já se posicionou este C. Órgão Especial:

"MANDADO DE SEGURANÇA – PEDIDO DE REVISÃO DE PENA DISCIPLINAR FORMULADO PERANTE O GOVERNADOR DO ESTADO – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DA AUTORIDADE EM APRECIAR O PEDIDO DENTRO DO PRAZO LEGAL – LAPSO TEMPORAL DE 120 DIAS PARA TAL PROVIDÊNCIA AINDA NÃO EXPIRADO NO MOMENTO DA IMPETRAÇÃO, MAS ULTRAPASSADO NO CURSO DO PROCESSO – FATO NOVO QUE DEVE SER CONSIDERADO NO JULGAMENTO DO FEITO, SEGUNDO O ART. 462 DO CPC, RECONHECENDO-SE A EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – ORDEM CONCEDIDA, A FIM DE DETERMINAR QUE O PEDIDO DO IMPETRANTE SEJA EFETIVAMENTE ANALISADO PELA AUTORIDADE COATORA. Segurança concedida."

(TJ/SP. Mandado de Segurança nº 2215225-57.2014.8.26.0000, Rel. Des. JOÃO NEGRINI FILHO, j. em 17 de junho de 2015, negritado).

"MANDADO DE SEGURANÇA. Recurso Hierárquico interposto em face de decisão do Exmo. Sr. Comandante-Geral da Polícia Militar (que aplicou ao impetrante pena de expulsão dos quadros da Corporação), que ainda não foi apreciado pela i. autoridade apontada como coatora. Superveniente exame da irresignação pelo Exmo. Sr. Secretário de Segurança Pública que não implica perda de objeto do mandamus. Determinação para que o recurso seja apreciado pelo Exmo. Sr. Governador do Estado. *Pedido principal que deve ser analisado oportunamente pela d. autoridade apontada como coatora.*

Acesso ao Sumário

Pedido subsidiário acolhido. Segurança parcialmente concedida."

(TJ/SP. Mandado de Segurança nº 2230326-32.2017.8.26.0000, Rel. Des. GERALDO WOHLERS, j. em 18 de abril de 2018, negritado).

"MANDADO DE SEGURANÇA. *Impetração contra ato do Governador do Estado de São Paulo, que estaria se omitindo no exame de recurso hierárquico interposto por ex-Policial Militar (expulso da corporação por ato do Comandante Geral).* ***Preliminar de carência da ação por falta de interesse processual (superveniente). Alegação de que o recurso hierárquico foi recentemente decidido pelo Secretário de Segurança. Rejeição. Conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, 'o teor do inciso I do art. 62 da Lei Complementar Estadual n. 893/2001 aloca o Secretário de Estado de Segurança Pública e o Comandante Geral da Polícia Militar no mesmo grau hierárquico' (RMS nº 46765/SP, Rel. Min. Humberto Martins, j. 19/02/2015),*** *daí porque – considerando que o impetrante foi excluído da corporação pelo Comandante Geral – o recurso administrativo deveria ter sido decidido pelo Governador, e não pelo Secretário Estadual.* ***Mérito. Alegação de ilegalidade do ato impugnado. Reconhecimento. Em casos dessa natureza, envolvendo ausência (injustificada) de manifestação da Administração no exame de recurso administrativo ou de pedido de revisão, este C. Órgão Especial tem reconhecido a ilegalidade e abusividade do ato omissivo, por violação não só do art. 33 da Lei Estadual nº 10.177/98 (que fixa o prazo máximo de 120 dias para decisão de requerimentos de qualquer espécie), mas também por ofensa à disposição do artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal, pois o exercício do direito de petição (previsto nessa norma constitucional) compreende – em relação ao particular – não só a faculdade de provocar a autoridade competente para pronunciamento sobre determinada questão de seu interesse, mas também e principalmente o direito de obter resposta (positiva ou negativa) em tempo razoável (CF, art. 5º, inciso LXXVIII). Direito líquido e certo violado. Segurança concedida."***

(TJ/SP. Mandado de Segurança nº 2081983-94.2017.8.26.0000, Rel. Des. FERREIRA RODRIGUES, j. em 18 de outubro de 2017, negritado).

Resta, portanto, demonstrada a morosidade no exame do pleito revisional formulado pelo impetrante, tendo extrapolado o limite temporal de 120 dias legalmente imposto. Consequentemente, a hipótese comporta concessão da segurança.

Ante o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA, para determinar ao Governador do Estado a efetiva apreciação do pleito revisional apresentado pelo impetrante.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0038496-74.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante RODOLFO CECONI (JUSTIÇA GRATUITA), são impetrados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e DIRETOR PRESIDENTE DA EMPRESA PAULISTA DE PLANEJAMENTO METROPOLITANO S/A – EMPLASA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR VOTAÇÃO UNÂNIME, ACOLHERAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DIRETOR PRESIDENTE DA EMPRESA PAULISTA DE PLANEJAMENTO METROPOLITANO S/A – EMPLASA, E, POR MAIORIA DE VOTOS, DENEGARAM A SEGURANÇA. FARÁ DECLARAÇÃO DE VOTO O EXMO. SR. DES. XAVIER DE AQUINO.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 50.613OE)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO (vencido, com declaração), ANTONIO CARLOS MALHEIROS (vencido), MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI e RENATO SARTORELLI.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2019.

CARLOS BUENO, Relator

Ementa: "MANDADO DE SEGURANÇA – Concurso público – Cargo de Analista Administrativo da Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano - EMPLASA – Impetrante aprovado e classificado dentro do número de vagas previstas no edital do concurso – Direito subjetivo à nomeação – Regra relativa – Crise econômico-financeira – Situação excepcional demonstrada pelo Governador do Estado – Precedentes deste Órgão Especial – STF – RE-RG 598.099 – Repercussão Geral – Preliminar acolhida – Segurança denegada."

Acesso ao Sumário

VOTO

Rodolfo Ceconi, por advogada constituída, impetrou este mandado de segurança contra o Governador do Estado de São Paulo e o Diretor Presidente da Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano – EMPLASA, objetivando a concessão da ordem para que seja nomeado para o cargo de analista administrativo da EMPLASA, já que classificado e aprovado em 12º lugar no concurso realizado para o preenchimento de 12 vagas, sendo uma delas destinada a pessoas portadoras de deficiência, fls. 28/65 e 69/70. O concurso foi homologado em 9-5-2014, prorrogado uma vez, a contar de 10-5-2016, e com prazo de validade expirado em 9-5-2018, fls. 84. Alega que inobstante aprovado fora do número de vagas oferecidas inicialmente, tem direito subjetivo à nomeação porque os candidatos classificados em 1º, 5º e 7º lugares foram desclassificados, o que o fez subir três posições na classificação geral e figurar na 9ª colação, logo, dentro do número de vagas. Conclui que os impetrados violaram por ato omissivo direito líquido e certo. Dessa forma, objetiva a concessão da ordem para que lhe seja reconhecido o direito líquido e certo à nomeação, à posse e ao exercício no cargo de analista administrativo da secretaria da Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano.

Distribuído inicialmente à 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital, foi concedida a gratuidade processual, indeferida a liminar e notificado o Diretor Presidente da EMPLASA para prestar informações, fls. 90. Prestadas as informações às fls. 102/110, o MM. Juiz reconheceu a incompetência do Juízo e remeteu os autos a este Tribunal porque o impetrante incluiu no polo passivo da demanda o Governador do Estado de São Paulo, fls. 164.

Redistribuídos os autos a este Órgão Especial, o Governador do Estado de São Paulo informou às fls. 177/190 que o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital é relativo, podendo ser afastado em situações excepcionais, como no caso dos autos, ocasião em que alega impossibilidade orçamentária e necessidade de observância dos limites de despesa com pessoal, fatos esses que justificam a não nomeação de candidatos aprovados em concursos públicos dentro do número de vagas.

Acesso ao Sumário

Por fim, manifestou a d. Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem, fls. 207/218. Eis como a ementa da peça ministerial resume a questão:

"Mandado de segurança. Impetração contra Governador do Estado e outro, em virtude da ausência de nomeação de aprovado dentro do número de vagas no concurso público. Situações excepcionalíssimas concretamente demonstradas. Artigos 169, parágrafo 1º, da CF e 19, II, da Lei Complementar Federal nº 101/2000."

É o relatório.

Rodolfo Ceconi impetrou mandado de segurança com o objetivo de que se lhe reconheça o direito líquido e certo à nomeação – com a consequente posse e exercício – no cargo de analista administrativo da Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano S/A, sob o fundamento de que tem direito subjetivo à nomeação, porque foi aprovado dentro do número de vagas previstas no edital.

Preliminarmente, o Diretor Presidente da Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano S/A – EMPLASA não detém legitimidade para figurar no polo passivo do presente mandado de segurança.

Como estatui o art. 1º da Lei nº 12.016/09, autoridade coatora é aquela que ilegalmente ou com abuso de poder violou direito líquido e certo da impetrante e que tem o poder decisório sobre o ato ilegal ou abusivo. É quem praticou o ato impugnado ou do qual emanou a ordem para a sua prática, § 3º do art. 6º da Lei nº 10.016/09.

Pela clássica definição de Hely Lopes Meirelles, "Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela." (Mandado de Segurança, 31ª ed., atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros, 2008, pág. 66).

No caso em análise, como compete privativamente ao Governador prover os cargos públicos do Estado, art. 47, V, da CE/89, não há que imputar ato omissivo ao Diretor Presidente da EMPLASA, inexistindo responsabilidade direta sobre a nomeação da candidata.

No mérito, a ordem deve ser negada. Não houve abuso ou violação a direito líquido e certo do impetrante porque embora o candidato aprovado dentro do número de vagas tenha direito subjetivo à nomeação, essa regra não é absoluta, na medida em que situações excepcionalíssimas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público, podem relativizar esse direito, permitindo à Administração Pública não prover tais vagas.

Essa é a orientação firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal com o julgamento do RE-RG 598.099, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, julgado em 10-8-2011:

"Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Concurso público. Previsão de vagas em edital. Direito à nomeação dos candidatos aprovados. I. Direito à nomeação. Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher

Acesso ao Sumário

o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II. Administração pública. Princípio da segurança jurídica. Boa-fé. Proteção à confiança. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. III. Situações excepcionais. Necessidade de motivação. Controle pelo poder judiciário. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve

Acesso ao Sumário

ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. IV. Força normativa do princípio do concurso público. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público. V. Negado provimento ao recurso extraordinário."

O Órgão Especial, julgando os Mandados de Segurança nº 0040090-60.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Beretta da Silveira, 0038017-18.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Beretta da Silveira, 0041009-49.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Evaristo dos Santos, 2140309-47.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Evaristo dos Santos, 2155937-76.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Evaristo dos Santos, 2167130-88.2017.8.26.0000, Relator Alex Zilenovski, 2144072-56.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Ricardo Anafe, 2156865-27.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Alex Zilenovski, 2137697-39.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Sérgio Rui, 2153226-98.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Amorim Cantuária, 0038748-14.2017.8.26.0000, Relator Desembargador Alex Zilenovski, denegou a ordem ao acolher a justificativa do Governador de que a grave crise econômico-financeira que assola o país impactou na queda da receita orçamentária do Estado, o que justificou a postergação das nomeações de candidatos aprovados no concurso regido pelo Edital DP nº 2/321/14.

Acesso ao Sumário

A situação em análise nestes autos é idêntica às citadas acima. Em suas informações, pondera o Governador do Estado de São Paulo: "Não se pode

ignorar que no exercício de 2014, pouco depois da inauguração do certame pelo Edital nº 001/2013, a despesa total com pessoal correspondia a 50,71% da Receita Corrente Líquida, enquanto o limite de alerta era de 54% e o limite prudencial esta em 57% (**DOC. 01**). Entrementes, nos exercícios posteriores, houve evidente queda da arrecadação tributária e diante do cenário de crise nacional, os Demonstrativos da Despesa com Pessoal dos exercícios de 2015 (**DOC. 2**) e 2016 (**DOC. 03**) passaram a apontar que a despesa total com pessoal no Estado de São Paulo atingiu, respectivamente, as alarmantes cifras de 53,44% e 54,23% da Receita Corrente Líquida, tangenciando o limite prudencial determinado pelo artigo 59, § 1º, II da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou seja, no exercício de 2016 foi ultrapassado o limite de alerta.

"Assim, diante da situação acima narrada e da advertência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo quanto ao alcance do 'limite de alerta' (artigo 59, § 1º, inciso II, LRF), foram adotadas diversas medidas por parte do Poder Executivo, para a preservação da gestão orçamentária responsável.

"Como exemplo das medidas de contenção adotadas pelo estado de São Paulo, a fim de equalizar o Orçamento e manter a política de gestão fiscal responsável, pode ser mencionada, no exercício orçamentário de 2015, a edição dos Decretos estaduais n. 61.131/2015 e 61.132/2015, voltados à redução de despesas de custeio e com pessoal, no âmbito do Podre Executivo, em atendimento aos limites fixados pela Lei de Responsabilidade Fiscal e do Decreto 61.466, *em 03.09.2015, vedando a admissão e contratação de pessoal, em relação à Administração Direta, Indireta e Fundacional do Estado.*

"O Decreto Estadual n. 61.785/2016, por sua vez, determinou, para o exercício de 2016, a revisão dos contratos administrativos específicos com saldos individuais iguais ou superiores a R$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais), o que demonstra o esforço orçamentário ingente para a adequação da receita (decrescente) frente à despesa pública, fenômeno esse, frise-se, causado pela crise econômica nacional.

"Como se não bastassem as medidas mencionadas acima, aos 14 de janeiro de 2016, foi publicado o Decreto de n. 61.802, que determinou o contingenciamento de R$ 6.9 bilhões de reais previstos no orçamento de 2016.

"Para o exercício de 2017, na mesma linha dos atos normativos precedentes e com a finalidade de equacionar a queda da arrecadação tributária do Estado provocada pela crise nacional, com impacto direto na Receita Corrente Líquida, foi publicado o Decreto estadual n. 62.409/2017, estabelecendo algumas diretrizes e restrições de despesas específicas, como, por exemplo, para novos contratos de locação de imóveis e de prestação de serviços.

"Como dito, tais medidas foram todas embasadas na premente necessidade de readequação da despesa em relação à receita orçamentária, pois,

Acesso ao Sumário

a título de exemplo, conforme recente Relatório da Receita Tributária referente à arrecadação de ICMS, elaborado pela Secretaria da Fazenda, temos que a arrecadação acumulada nos doze meses terminados em junho apresentou queda de 4,9% em comparação aos doze meses imediatamente anteriores (**DOC. 04**).

"Em que pese todos os esforços que têm sido envidados, no primeiro quadrimestre de 2017 a situação permaneceu preocupante, ultrapassando a despesa total com pessoal o 'limite de alerta' (**DOC 05**).

"Dessa maneira, resta claro que o Estado de São Paulo vem adotando todas as medidas necessárias à adequação de seus gastos aos limites previstos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, sendo **absolutamente justificada** a não nomeação do impetrante para preenchimento do cargo de Analista Administrativo da Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano SA – EMPLASA, em razão da situação excepcional, superveniente e imprevisível aqui narrada.", fls. 186/188.

Portanto, não demonstrada ofensa a direito líquido e certo do impetrante, por ato do Sr. Governador do Estado, é de rigor a denegação da ordem. Sem condenação em honorários advocatícios, enunciados das Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça e art. 25 da Lei nº 12.016/09.

Com base em tais fundamentos, **acolhe-se a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam do Diretor Presidente da Empresa Paulista de Planejamento Metropolitano S/A – EMPLASA e, no mérito, denega-se a ordem.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2258191-93.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante NAIR COSTA GOMES, é impetrado DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DO 187º CONCURSO DE PROVAS E TÍTULOS PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial 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 32.840)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, PÉRICLES PIZA, EVARISTO DOS

Acesso ao Sumário

SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, SALLES ROSSI, RICARDO ANAFE, ÁLVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ e ALEX ZILENOVSKI.

São Paulo, 20 de março de 2019.

GERALDO WOHLERS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Impetração manejada contra: i) o teor de parte das questões dirigidas à candidata por ocasião da arguição oral no 187º Concurso Público para Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo; ii) a atribuição genérica das notas aos concorrentes naquela etapa do certame.

Decadência caracterizada no tocante à primeira alegação, nos termos do artigo 23 da Lei nº 12.016/2010.

Não obrigatoriedade de disponibilização do espelho de correção da prova e de fundamentação pormenorizada da nota conferida ao candidato.

Precedentes do E. Conselho Nacional de Justiça e deste C. Órgão Especial.

Segurança denegada.

VOTO

Vistos, etc...

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Nair Costa Gomes (em causa própria) em face *"de ato coator emanado do Exmo. Sr. Dr. Desembargador* ***ANTONIO DE ALMEIDA PRADO****, na condição de PRESIDENTE DA COMISSÃO DO 187º CONCURSO DE PROVAS E TÍTULOS PARA INGRESSO NA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO (...) que violou DIREITO LÍQUIDO E CERTO da IMPETRANTE, ante a inobservância do art. 37 da Constituição Federal; do art.111 da Constituição Estado de São Paulo; arts. 4º e 22 da Lei Estadual nº. 10.177, de 30 de dezembro de 1998; art. 65, § 3º da Resolução 75/09 do Conselho Nacional de Justiça e itens 12.3.1 e 12.3.4 do Edital do concurso"* (fls. 01).

Narra a impetrante ter sido aprovada para a etapa oral do 187º Concurso Público de Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo. No entanto, segundo a autora os *"exames orais (...) desrespeitaram – OBJETIVAMENTE – o quanto contido nos artigos do edital e Resolução n. 75/09 do CNJ.*

O edital do certame e a Resolução nº. 75/09 do CNJ estabelecem que o candidato será arguido unicamente dentro do ponto sorteado nas 24 (vinte e

Acesso ao Sumário

quatro) horas prévias ao exame oral, sob pena de nulidade absoluta por ofensa objetiva às normas de regência.

Contudo, como se poderá comprovar com rápida oitiva da gravação do áudio do exame da ora IMPETRANTE, foram-lhe perguntados, diversas vezes, questões fora do ponto 13, que lhe fora sorteado" (fls. 11).

Aduz a requerente que algumas das indagações atinentes a Direito Civil, Direito Processual Penal e Direito Tributário, a ela dirigidas durante a arguição oral, não estavam abarcadas pelo *"ponto 13"*, sorteado nas 24 horas que precederam essa fase do certame, o que acarretaria *"flagrante ofensa à isonomia em três dos quatro examinadores"* (fls. 13).

Esclarece a d. impetrante que *"o que se pleiteia, portanto,* ***não*** *é a reapreciação da nota atribuída na etapa oral, tendo em vista que tal previsão é vedada pela Resolução do CNJ.* ***Requer-se, em verdade, a anulação das questões impugnadas, por afronta à legalidade administrativa, que totalizam 23 (VINTE E TRÊS) QUESTÕES FORA DO PONTO, DO TOTAL DE 61 (SESSENTA E UMA) QUE LHE FORAM PERGUNTADAS, com subsequente recálculo da nota atribuída. Destaque-se que MAIS DA METADE DA PROVA da IMPETRANTE versou sobre matéria que violou os limites do ponto sorteado, conforme faz prova o áudio da arguição.***

Sustenta a IMPETRANTE, em essência, que o presente writ se volta EXCLUSIVAMENTE contra ilegalidade praticada pela comissão examinadora do concurso de ingresso na carreira de juiz substituto do Tribunal de Justiça de São Paulo, com o máximo respeito, consubstanciada no descumprimento de normas do edital, pois as questões formuladas na prova oral não se limitaram aos temas jurídicos constantes dos pontos previamente sorteados, tudo nos moldes do MS. 32.042/DF, de relatoria da Min. Cármen Lúcia.

(...) Destaca-se não pretender, no presente mandamus, a rediscussão da nota que lhe foi atribuída na sua prova oral pela comissão examinadora, mas o reconhecimento da ilegalidade da formulação de questões sobre temas jurídicos não abrangidos nos pontos sorteados" (idem).

Ademais, *"foram atribuídas notas aos candidatos de maneira global, sem indicação dos graus atribuídos a cada um dos critérios de avaliação previstos para tal fase do certame.*

Em outros termos, possibilitando ainda mais espaço para arbitrariedades, o Tribunal não emprega barema corretivo, de modo a manter os examinadores adstritos aos critérios avaliativos contidos nos diplomas normativos já indicados.

(...)

No azo de extirpar os bairrismos e subjetividades, já tantas vezes vividas, a Resolução n. 75/09 do CNJ disciplinou, em padrão mínimo e a contento naquele momento histórico, já há quase 10 anos, o concurso da magistratura e assim dispôs, especificamente, a respeito do exame oral, no art. 65, § 3º:

Acesso ao Sumário

'A arguição do candidato versará sobre conhecimento técnico acerca dos temas relacionados ao ponto sorteado, cumprindo à Comissão avaliar-lhe o domínio do conhecimento jurídico, a adequação da linguagem, a articulação do raciocínio, a capacidade de argumentação e o uso correto do vernáculo'.

No caso sob exame, o edital do concurso, no ponto 12.3.1, replica o quanto elucidado na Resolução n. 75/09 do CNJ (...).

Nos estritos termos do edital, a avaliação da oralidade do candidato deve ser efetuada em 5 (cinco) campos diversos – não só o conhecimento jurídico das respostas dispostas pela banca examinadora – retinja-se, como também (1) o domínio do conhecimento jurídico, (2) a adequação da linguagem, (3) a articulação do raciocínio, (4) a capacidade de argumentação e (5) o uso correto do vernáculo.

A prova oral funciona, dessa maneira, como um instrumento pedagógico avaliativo de diversas competências/habilidades, consoante se extrai da Resolução em questão e do próprio edital.

Portanto, há necessidade de fundamentar o quanto avaliado da forma exata aos diplomas normativos regentes da presente empreitada. Assim, as notas dos candidatos não poderiam ser atribuídas de forma global, sem a indicação dos graus atribuídos segundo cada critério de avaliação, em obediência aos comandos contidos nos artigos dispostos (...)" – fls. 14/5.

Pleiteia a autora, desse modo: ***a)*** *"seja JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO do presente MANDADO DE SEGURANÇA para, concedendo a segurança, ANULAR as 23 (vinte e três) das 61 (sessenta e uma) questões que foram arguidas à IMPETRANTE por ocasião da prova oral, por imperativo de legalidade, com a subsequente majoração da nota para o mínimo de 06 (seis). Tendo em vista que mais da metade da prova da ora IMPETRANTE ofendeu objetivamente o edital, pleiteia-se que a nota global seja majorada para o mínimo de 06 (seis), conferindo-lhe o subsequente direito de prosseguir aos ulteriores termos do respectivo certame, bem como a NOMEAÇÃO e POSSE da ora IMPETRANTE como Juíza Substituta do TJSP para fins de participação no respectivo curso de formação";* ***b)*** *"subsidiariamente, anulação da prova oral da IMPUGNANTE, por flagrante nulidade absoluta, em objetivo atentado à legislação de regência, nos termos da fundamentação supra, determinando-se a constituição de nova banca e a realização de nova prova, ou, ao menos a realização de nova prova oral, ainda que pela mesma banca examinadora";* ***c)*** *"que a nota atribuída observe a individualização dos 05 (cinco) parâmetros contidos no disposto art. 65, § 3º, da Resolução 75/09 do Conselho Nacional de Justiça"* (fls. 20/1).

A honrada autoridade apontada como coatora prestou informações [fls. 46/9; acompanhadas de precedentes do E. Conselho Nacional de Justiça (fls. 50/70)] realçando que o certame em debate está encerrado e que a comissão respectiva está dissolvida, o que acarretaria preclusão das pretensões iniciais. Asseverou também Sua Excelência que o C. Conselho Nacional de Justiça

comunga do entendimento de que: ***i)*** não compete àquele órgão atuar como instância revisora de bancas examinadoras e comissões de concurso; ***ii)*** na ausência de previsão normativa, não é obrigatória a divulgação dos critérios de correção de provas de concurso público (fls. 46/9).

Opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da Segurança (fls. 77/84).

2. Primeiramente cumpre ressaltar que a presente impetração está parcialmente fulminada pela decadência.

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**"* (destaques nossos).

A impetrante pretende a anulação de parte das questões a ela formuladas por ocasião de sua arguição oral no 187º Concurso de Provas e Títulos para Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo, evento ocorrido aos 07 de junho de 2018.

Considerando que o ***dies a quo*** do lapso para aforar o ***mandamus*** é a data da ciência do ato vergastado, tem-se que, ***in casu***, esse marco coincide com o próprio dia da prova oral que a requerente assevera estar eivada de vícios que ferem o princípio da isonomia (já que **Nair** tomou conhecimento do teor das questões por ocasião da arguição) – e não com a data da publicação do resultado do certame.

Assim, tendo em conta que a arguição oral da candidata aconteceu aos 07 de junho de 2018, e levando em consideração também que a petição que inaugurou a presente ação constitucional foi protocolizada somente em 01 de dezembro de 2018, resta inequívoca a decadência do direito da impetrante de requerer a Segurança almejada no particular.

Quanto ao pedido de *"que a nota atribuída observe a individualização dos 05 (cinco) parâmetros contidos no disposto art. 65, § 3º, da Resolução 75/09 do Conselho Nacional de Justiça"*, nesse aspecto a requerente está impugnando a forma de divulgação da nota a ela conferida, da qual teve conhecimento no dia da promulgação do resultado do aludido concurso público (que ocorreu em 08 de agosto de 2018) – esse pleito não foi alcançado pela decadência e por isso será analisado em seguida.

3. A impetrante assevera, ainda no atinente à prova oral do 187º concurso público de Ingresso na Magistratura bandeirante, que *"o barema não está contido na avaliação, ensejando uma irregularidade insanável, pois o candidato não tem como ter conhecimento do que errou e do que acertou, nem das razões da nota atribuída ao inteiro arbítrio da banca e gerando larga margem para subjetivismos que, uma vez mais, se fizeram largamente presentes"* (fls. 16).

Acesso ao Sumário

Com efeito, constou do edital de abertura do certame discutido o seguinte:

"12. DA QUARTA ETAPA – PROVA ORAL

12.3.1. A arguição do candidato versará sobre conhecimento técnico acerca das matérias relacionadas nos Anexos I e II deste edital, cumprindo à Comissão de Concurso avaliar-lhe o domínio do conhecimento jurídico, a adequação da linguagem, a articulação do raciocínio, a capacidade de argumentação e o uso correto do vernáculo.

12.3.2. A ordem de arguição dos candidatos definir-se-á por sorteio, no dia e hora marcados para o início da Prova Oral.

12.3.3. O candidato disporá de 15 (quinze) minutos para discorrer sobre o tema arguido por cada examinador. Durante a arguição, o candidato poderá consultar códigos ou legislação esparsa, não comentados ou anotados, a critério da Comissão de Concurso.

12.3.4. As notas serão recolhidas em envelopes individuais, que serão lacrados e rubricados pelos examinadores imediatamente após o término da Prova Oral.

12.3.5. A nota da prova oral corresponderá à média aritmética simples das 4 (quatro) notas atribuídas ao candidato pelos membros da Comissão de Concurso, sendo considerados aprovados e habilitados para a próxima etapa os candidatos que obtiverem nota não inferior a 6 (seis).

12.3.6. Os resultados das Provas Orais serão divulgados e publicados pelo Presidente da Comissão de Concurso após o término de todas as arguições.

12.3.7. É irretratável em sede recursal a nota atribuída na prova oral.

12.3.8. Apuradas as notas da quarta etapa, a Comissão de Concurso avaliará os títulos dos candidatos aprovados".

A redação do item *12.3.1.* do edital constitui reprodução do artigo 65, § 3º, da Resolução nº 75/2009 do E. Conselho Nacional de Justiça, e em nenhum momento essa norma institui a obrigatoriedade de disponibilização do espelho de correção da prova e de fundamentação pormenorizada da nota conferida ao candidato. O que se estabelece acerca da atribuição da nota é que essa *"corresponderá à média aritmética simples das 4 (quatro) notas atribuídas ao candidato pelos membros da Comissão de Concurso, sendo considerados aprovados e habilitados para a próxima etapa os candidatos que obtiverem nota não inferior a 6 (seis)"* – cf. item *12.3.5.* do edital de abertura, e tal disposição foi acatada pela banca examinadora.

A esse respeito, inclusive, o C. Conselho Nacional de Justiça deixou assente que, *"na ausência de previsão normativa, não é obrigatória a divulgação dos critérios de correção de provas de concurso público"* (Procedimento de Controle Administrativo nº 0000001-24.2014.2.00.0000, Relatora a ilustre Conselheira Ana Maria Duarte Amarante Brito, 185ª Sessão Ordinária, j. aos 24.03.2014).

Acesso ao Sumário

Além disso, o manejo do presente ***mandamus*** ocorreu extemporaneamente, a saber, mais de um ano após a publicação do edital de abertura do concurso público (que sucedeu em 07 de abril de 2017), tendo havido homologação do resultado (aos 08 de agosto de 2018) e nomeação dos candidatos aprovados (em 04 de setembro de 2018). O E. Conselho Nacional de Justiça já deliberou que a irresignação apresentada serodiamente enseja preclusão da matéria:

"(...) não se permite ao interessado aguardar o momento que melhor lhe aprouver para impugnar o Edital de concurso, ou seja, arrogar-se a prerrogativa de só impugnar as regras do certame se assim lhe for favorável, de sorte a atribuir-se a escolha de estrategicamente usar (ou não) a impugnação como meio de obter melhor resultado na escolha.

(...)

Essas considerações são feitas para enfatizar que o caminho trilhado por este Conselho é no sentido de valorizar o instituto da preclusão, da decadência e da prescrição, de modo a impedir que questões consolidadas sejam revividas a destempo, causando insegurança e propiciando práticas oportunísticas" (Procedimento de Controle Administrativo nº 200910000012486, Relator o eminente Conselheiro Rui Stoco, 83ª Sessão Ordinária, j. em 28.04.2009).

No mais, em caso análogo – e recentíssimo julgamento – este Seleto Órgão Especial se pronunciou acerca da regularidade do 187º Concurso de Provas e Títulos para Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo:

"MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração contra a não aprovação no 187º Concurso de Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo – Alegação de falta de motivação e de especificação de critérios na avaliação e estabelecimento de nota na fase oral – Indeferimento de recurso administrativo – Requerimento de reconhecimento de nulidade da decisão de um dos examinadores (na matéria de Direito Empresarial), de determinação de reexame das questões ou realização de nova prova – Inadmissibilidade – Poder Judiciário que não detém competência para revisar o mérito das conclusões e os critérios da comissão examinadora e nem para ordenar a substituição da banca original para uma revisão – Falta de ilegalidade no ato contestado – Tema de repercussão Geral do E. STF – Candidata que diz ter sido feita, pelo desembargador examinador de Direito Empresarial, pergunta que extrapola o tema sorteado a ela – Não ocorrência – Pertinência das questões com o ponto definido à concorrente - Ausência de demonstração de ofensa aos critérios do edital e do art. 65, § 3º, da Resolução 75/2009 do CNJ no exame feito na fase oral do certame – Colocação da nota em envelope, conforme edital de abertura, que não indica que tais aspectos não foram observados – Não comprovação de suposta desproporcionalidade da nota global de Direito Processual Civil e Direito Ambiental – Segurança denegada.

(...)

Inicialmente, consigne-se que é certo que, ausente qualquer ilegalidade, não pode, o Poder Judiciário, ingressar no mérito do ato questionado com

Acesso ao Sumário

análise do critério adotado pela Comissão do Concurso para a correção das questões apresentadas.

Na hipótese em apreço, não se vislumbra atuação da Comissão fora dos limites do respectivo edital, sendo certo que eventual impugnação aos seus critérios deve ser feita considerando a data de sua publicação, sob pena de preclusão, o que não ocorreu neste caso quando verificada a distinção na forma de avaliação Na fase oral estabelecida quando da abertura do concurso. Não é possível permitir à impetrante que seja estabelecida a ela uma forma distinta da análise de sua participação, com critérios pontuais para a sua prova, não podendo ser olvidado que esta fase oral certamente é dotada de maior subjetividade em relação às fases objetivas, examinando-se não apenas o conhecimento técnico.

Consigne-se que, na vedação de o Poder Judiciário ingressar no mérito do ato contestado, não compete a ele substituir a banca examinadora e reexaminar e avaliar as respostas dos candidatos e as posteriores notas recebidas. Em julgamento de Procedimento de Controle Administrativo acerca deste mesmo 187º Concurso de Ingresso na Magistratura do Estado de São Paulo, o Conselho Nacional de Justiça definiu, conforme cópia de decisão trazida às fls. 220/223, que 'quanto à ausência de disponibilização de espelho de correção e, por consequência, ausência de fundamentação na sua nota, verifica-se que nem a Resolução CNJ 75/2009 nem o edital de abertura estabelecem tal obrigatoriedade, se limitando a dizer que a nota final é aquela resultante da média aritmética da pontuação atribuída aos candidatos pelos examinadores. Sobre a questão, o CNJ fixou a tese de que, na ausência de previsão normativa, não é obrigatória a divulgação dos critérios de correção de provas de concurso público (Procedimento de Controle Administrativo 0000001-24.2014.2.00.0000 Rel. Valtércio de Oliveira 272ª Sessão Ordinária J. 22/05/2018)'. Tal observação é aplicável a este pleito, conforme os pontos aqui trazidos na inicial.

Inexiste comprovação contundente de ofensa ao aludido art. 65, § 3º, da Resolução 75/2009 do CNJ que estabelece que 'a arguição do candidato versará sobre conhecimento técnico acerca dos temas relacionados ao ponto sorteado, cumprindo à Comissão avaliar-lhe o domínio do conhecimento jurídico, a adequação da linguagem, a articulação do raciocínio, a capacidade de argumentação e o uso correto do vernáculo'. O fato de os envelopes com as notas não possuírem a expressa especificação de critérios almejada pela impetrante não significa, por si só, que a avaliação não considerou tais circunstâncias.

Com efeito, observando o edital de abertura, os critérios ali expostos para avaliação de todas as etapas foram obedecidos, sendo certo que a fase oral possui a regra de inclusão da nota no envelope, tal como foi realizado. Como acima explanado, eventual impugnação aos seus parâmetros deveria ter sido feita a partir da data de sua publicação, sob pena de preclusão, o que não ocorreu.

Acesso ao Sumário

A argumentação da inicial de que outros examinadores tampouco apresentaram expressamente todos os critérios adotados – ou seja, da mesma forma que o Desembargador cuja nota a requerente discorda –, mas que deram resultado correspondente à sua atuação como candidata não indica a presença dos requisitos autorizadores das medidas pleiteadas neste *writ* e sim apenas demonstram que ela entende que, atuando da mesma forma, mas com resultado favorável a ela, os demais examinadores avaliaram corretamente e conforme o edital.

(...)

Acrescente-se que, além de não ser permitida a substituição, pela via judicial, da banca examinadora original para reavaliar as respostas e notas dadas ao candidato, tem-se que a pretensão de realizar nova prova também não se apresenta como direito da autora, pois participou de concurso que não apresentou ilegalidades em seu procedimento e já se encontra, inclusive, encerrado, com ingresso nos cargos por aqueles aprovados após a fase oral. Na realidade, embora a impetrante argumente que o concurso possui vícios, vislumbra-se a intenção de revisão ou nova oportunidade de realizar a etapa na qual foi reprovada, mas, como mencionado, o Poder Judiciário não detém competência para revisar as conclusões das bancas e comissões de concurso.

O edital repetiu em seu teor a regra inserida no art. 70, § 2º, da Resolução CNJ 75/2009, que trata do regramento de concursos públicos, pela qual 'é irretratável em sede recursal a nota atribuída na prova oral'.

(...)

Conquanto a parte afirme, também, que a sua pretensão é a declaração de nulidade do ato, conforme a fundamentação deste julgado, inexiste ilegalidade que justifique essa anulação, o reexame, a substituição de banca ou a desconsideração da nota da autoridade indicada da média obtida, não sendo viável o acolhimento da segurança.

Destarte, ausente a configuração de direito líquido e certo, de rigor a denegação da ordem" (Mandado de Segurança nº 2258195-33.2018.8.26.0000, Comarca da Capital, Rel. o eminente Des. Álvaro Passos, j. em 20.02.2019).

4. Em decorrência do exposto, **denega-se a Segurança.**

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2056623-89.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante VALDELICE LOPES DO CANTO SILVA, são impetrados GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO e SECRETARIA DA EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São

Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR FALTA DE LEGITIMIDADE DO GOVERNADOR, DENEGARAM EM PARTE A SEGURANÇA, COM DETERMINAÇÃO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 36.616)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, 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, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES e FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA

Impetração pretendendo nomeação e posse em concurso público dirigida contra o Governador do Estado de São Paulo e Secretário de Estado da Educação do Estado de São Paulo. Manifesta ilegitimidade passiva do primeiro indicado. O ato tido por ilegal encontra-se fora do âmbito de sua competência. Precedentes. Inteligência do art. 6º, § 3º da Lei nº 12.016/09.

Secretário da Educação não dispõe de foro por prerrogativa de função. Constituição do Estado de São Paulo não incluiu na competência do Tribunal de Justiça a de processar e julgar, originariamente, mandados de segurança contra ato do referido agente. Em relação a ele, de rigor a remessa dos autos ao primeiro grau de jurisdição para imediata distribuição e processamento do feito.

Provimento cautelar. *Ad cautelam*, fica mantida a liminar concedida, para o fim de impedir que a expiração do prazo de validade do concurso acarrete o perecimento de qualquer direito decorrente da aprovação da candidata no certame, ficando preservado, dessa forma, seu atual *status quo* no âmbito do processo seletivo até ulterior deliberação

Acesso ao Sumário

do Juízo competente a respeito da questão.

Quanto ao Governador, por ilegitimidade de parte, indefiro a inicial, denegando a segurança. Quanto ao mais, determino o envio do feito à distribuição em primeiro grau de Jurisdição. Mantida a eficácia do provimento cautelar até ulterior deliberação do Juízo competente.

VOTO

1. Trata-se de **mandado de segurança** (fls. 01/15) de candidata ao cargo de Professor Educação Básica I, SCA-II-QM, concurso aberto nos termos das Instruções Especiais nº 02/2014 da Secretaria de Estado da Educação, pretendendo sua nomeação e posse no cargo.

Sustentou, em resumo, direito à posse no cargo. Impetrante logrou aprovação dentro do número de vagas no concurso, homologado em 20.03.15. Passados cerca de quatro anos, ainda não tomou posse. Foi convocada em algumas listas e compareceu ao local de apresentação dos candidatos aprovados, mas foi informada de que não havia vagas disponíveis. Prazo final do concurso é 20.03.19. Nomeação não é discricionária. Injustificável a inércia da Administração. Ameaça é iminente, em razão da proximidade do término de validade do concurso. Há dano irreparável, consistente na privação de remuneração e tempo de serviço. Comprovado o direito subjetivo a tomar posse. Daí a liminar e concessão da ordem (fls. 01/15).

Deferida, em parte, a liminar, apenas para o fim de impedir que a expiração do prazo de validade do concurso acarrete o perecimento de qualquer direito decorrente da aprovação da impetrante no certame.

É o relatório.

2. a) Quanto ao Governador do Estado de São Paulo, impetração não merece seguimento.

Trata-se de **segurança** contra ato supostamente praticado pelo **Governador do Estado de São Paulo.**

Segundo consta, a impetrante participou do concurso público para o provimento de cargos vagos de Professor Educação Básica I, SQC-II-QM, do Quadro do Magistério da Secretaria de Estado da Educação, nos termos das Instruções Especiais SE nº 02/2017 (fls. 20/51). Narra que se classificou dentro do número de vagas, tendo sido inclusive convocada para sessão de escolha de vaga. Compareceu à Secretaria da Educação, mas foi informada de que não havia vagas disponíveis, devendo aguardar uma próxima chamada. Sustenta ter direito a tomar posse, na medida em que o prazo de validade do concurso se expira em 20.03.2019.

Acesso ao Sumário

Demanda, porém, **não** merece avançar.

Manifesta a ilegitimidade passiva.

A impetrante insere o **Governador do Estado de São Paulo** no polo passivo da impetração, embora **não** ofereça maiores esclarecimentos sobre qual teria sido a sua participação no ato supostamente ilegal.

Observe-se o **§ 3º** do **art. 6º** da **Lei nº 12.016/09**:

"Art. 6º- A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições."

(...)

"§ 3º- Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática."

Muito embora se observe ter advindo do Governador a autorização para preenchimento de vagas remanescentes no concurso, bem se vê que não competia a essa autoridade a nomeação pretendida.

Extrai-se de despacho publicado no **Diário Oficial do Estado de 05.02.19**:

"No processo SE-402-13, vols. I ao III (SGP-42.554-14), sobre autorização para o provimento de cargos de ***Professor Educação Básica I****: 'Diante dos elementos de instrução do processo, da manifestação da Secretaria da Educação e tendo presente os pronunciamentos dos órgãos técnicos da Secretaria da Fazenda e Planejamento,* ***autorizo a Pasta requerente a adotar as providências necessárias*** *para o provimento de* ***2.207 cargos de Professor Educação Básica I****, mediante o aproveitamento de remanescentes de concurso público com prazo de validade em vigor, ficando condicionadas as nomeações ao limite das despesas relativas à substituição dos docentes temporários, e obedecidos os demais preceitos legais e regulamentares atinentes à espécie.'"* (grifei).

Ademais, nos termos do edital (fls. 20/51):

"XIII – DA CONVOCAÇÃO PARA ESCOLHA DE VAGAS"

"1. As nomeações ocorrerão de acordo com a necessidade da Secretaria de Educação, respeitando-se, rigorosamente, a ordem de Classificação Final, por Polo Regional, dos candidatos aprovados no Concurso Público."

"1.1. Os candidatos aprovados serão convocados para etapa de escolha de vagas – por Polo Regional, mediante Edital publicado em Diário Oficial do Estado de São Paulo pelo Coordenador da Coordenadoria de Gestão de Recursos Humanos/SE, com antecedência

Acesso ao Sumário

de, no mínimo, 5 (cinco) dias da data da escolha." (fl. 43).

Além disso, o edital de convocação para sessão de escolha de vagas (fls. 53/249) foi expedido pelo Coordenador de Gestão de Recursos Humanos da **Secretaria da Educação**.

Por fim, percebe-se que tanto a convocação para a escolha de vagas (fl. 250) quanto a comunicação do esgotamento das vagas disponíveis (fl. 251) se deram, ambas, no âmbito da **Secretaria da Educação**, não havendo **nenhuma** notícia de qualquer intervenção do **Sr. Governador** no procedimento.

Portanto, eventual ilegalidade na não nomeação da impetrante está, em tese, relacionada às atribuições da **Secretaria de Estado da Saúde**.

A propósito, quanto ao ponto, convém rememorar entendimento sumulado do **Eg. Supremo Tribunal Federal**:

> *"**Súmula 510**. Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial."*

Em complemento:

> *"Tratando-se de mandado de segurança contra ato praticado no exercício de poderes administrativos delegados, **a competência jurisdicional para apreciar o 'writ' mandamental é aferida em razão da qualidade <u>da autoridade delegada</u> (...), e <u>não</u> em função da hierarquia da <u>autoridade delegante</u>**..."* (grifei – MS nº 33.017 AgR/DF – v.u. DJ-e 28.11.18 – Rel. Min **CELSO DE MELLO**).

Em síntese, o ato tido como ilegal está **<u>fora</u>** do âmbito da competência do **Governador do Estado de São Paulo**.

Inequívoca, portanto, sua **ilegitimidade**.

<u>Descabida</u> sua inclusão no polo passivo.

Ensina **HELY LOPES MEIRELLES**:

> *"Considera-se a* autoridade coatora *a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples* executor material *do ato com a autoridade por ele responsável.* Coator *é a* autoridade superior *que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas;* executor *é o* agente subordinado *que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator*

Acesso ao Sumário

é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe as sanções fiscais respectivas, usando do seu poder de decisão."

E,

"Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. *A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário;"* ("Mandado de Segurança" – 2008 – Ed. Malheiros – p. 66/67).

Não destoa **EDUARDO ARRUDA ALVIM**:

"A autoridade coatora é, como regra, quem pratica, comissiva ou omissivamente, o ato impugnado. Deverá ter competência para desfazer o ato impugnado, acatando eventual sentença concessiva da ordem pleiteada (daí o porquê da comunicação da sentença concessiva da ordem lhe ser dirigida, o teor do caput *do art. 13 da Lei nº 12.016/09), ou, ainda, na hipótese desse ato omissivo, para realizar o ato reclamado (por exemplo, expedição de uma certidão) que tenha o dever legal de praticar."* ("Mandado de Segurança" – 2ª ed. – 2010 – Ed. GZ – p. 54).

Esse o entendimento deste **Colendo Órgão Especial** em caso análogo:

"Mandado de segurança. Concurso público. Técnico de enfermagem. ***Pleito para nomeação no cargo público. Ilegitimidade passiva do Governador do Estado de São Paulo****. Art. 485, VI do Código de Processo Civil, c.c. art. 6º, § 5º da Lei 12.016/2009. Precedentes. Segurança denegada."*

(...)

"No caso em voga, a impetrante sustenta ilegalidade por ter direito subjetivo à nomeação ao cargo para o qual foi aprovada, mas, como realçou o D. Procurador de Justiça, todo o procedimento ***administrativo alusivo ao certame público, desde a abertura do Edital, homologação do concurso, convocação dos classificados, fora perpetrado pela Secretaria de Estado da Saúde****, como se infere dos documentos públicos que instruem a petição inicial (pág. 78)."* (grifei – MS nº 2.203.9637-31.2017.8.26.0000 – v.u. j. de 05.07.17 – Rel. Des. **BORELLI THOMAZ**).

Essa a **segura** e **atual** orientação do **Colendo Órgão Especial** quanto ao ponto: MS nº 0.019.394-42.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 27.03.13 – Rel. Des. **CAUDURO PADIN**; MS nº 0155411-85.2013.8.26.0000 – d.m. de 07.08.13 – Rel. Des. **GRAVA BRAZIL**; MS nº 0192487-80.2012.8.26.0000 – p.m.v. j. de 14.08.13 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**; MS nº 0124882-83.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 02.10.13 – Rel. Des. **ROBERTO MAC CRACKEN**; MS nº 0178550-66.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 23.10.13 – Rel. Des. **SAMUEL JÚNIOR** e MS

Acesso ao Sumário

nº 0260131-40.2012.8.26.0000 – v.u. j. de 23.10.13 – Rel. Des. **FERREIRA RORIGUES**; MS nº 0.160.604-81.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 12.02.14 – Rel. Des. **MÁRCIO BARTOLI**; MS nº 0.009.945-89.2015.8.26.0000 – d.m. de 11.02.15 – Rel. Des. **BORELLI THOMAZ**.

Assim, em face da **manifesta ilegitimidade passiva do Governador do Estado de São Paulo**, **indefiro** a inicial (**art. 330, II, do CPC**) quanto a ele e, em consequência, **julgo extinto** o processo, sem julgamento de mérito (**art. 485, I e VI, do CPC**).

b) Quanto ao mais.

A presença do Secretário de Estado da Educação no polo passivo dessa impetração **não** justifica a **competência originária** deste **Eg. Tribunal de Justiça**.

A Constituição do Estado de São Paulo **não** incluiu na competência do Tribunal de Justiça a de processar e julgar, originariamente, mandados de segurança contra atos do referido agente.

Restringe-se ela às pessoas indicadas no **inciso III, do art. 74 da CE**:

"Art. 74 – Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente:"

(...)

"III – os mandados de segurança e os 'habeas data' contra atos do Governador, da Mesa e da Presidência da Assembleia, do próprio Tribunal ou de algum de seus membros, dos Presidentes dos Tribunais de Contas do Estado e do Município de São Paulo, do Procurador-Geral de Justiça, do Prefeito e do Presidente da Câmara Municipal da Capital."

A propósito já se pronunciou este **Eg. Órgão Especial**:

"O Secretário da Pasta da Saúde não está entre as autoridades que possuem prerrogativa de foro (rol taxativo) e, portanto, o Colendo Órgão Especial não deve apreciar Mandado de Segurança contra ele impetrado." (MS nº 0.041.513-55.2017.8.26.0000 – d.m. de 24.05.18 – Rel. Des. **PÉRICLES PIZA**).

"Impetração em face do Governador do Estado de São Paulo e do Secretário de Segurança Pública. Concurso para provimento do cargo de auxiliar de necropsia nº 2/2013 – ***Inexistência de ato coator diretamente atribuível ao Governador do Estado de São Paulo -- Manifesta ilegitimidade passiva*** *- Extinção do processo em relação ao Governador do Estado – Inteligência do artigo 485, inciso VI, do atual Código de Processo Civil, combinado com o artigo 6º, § 5º da Lei nº 12.016/2009.* ***O rol taxativo do artigo 74, inciso III, da Carta Bandeirante não prevê competência desta Corte para processar e julgar originariamente***

***mandado de segurança contra ato de Secretário de Segurança Pública**. Remessa dos autos a uma das Varas da Fazenda Pública da Comarca da Capital."* (grifei – MS nº 2.023.191-50.2017.8.26.0000 – d.m. de 20.02.17 – Rel. Des. **RICARDO ANAFE**).

Ainda no mesmo sentido (MS nº 0.130.910-67.2013.8.26.0000 – v.u. j. de 11.12.13 – Rel. Des. **LUÍS SOARES DE MELLO** e MS nº 2.156.520-66.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 26.11.14 – Rel. Des. **NEVES AMORIM**; MS nº 2.154.922-38.2018.8.26.0000 – v.u. j. de 22.08.18, de que fui Relator).

Portanto, com relação ao Secretário de Estado da Educação, de rigor a remessa dos autos ao **Primeiro Grau de Jurisdição** para imediata distribuição e processamento do feito.

c) Quanto à liminar para preservação do *status quo* da impetrante no certame.

Considerando-se o **poder geral de cautela** do magistrado (**art. 297** do **CPC**), afigura-se razoável **manter** os efeitos da liminar concedida, a fim de **evitar** que a expiração do prazo de validade do concurso acarrete **prejuízos** à impetrante.

Assim, **mantenho** o provimento cautelar, para o fim de **impedir** que a expiração do prazo de validade do concurso acarrete o perecimento de qualquer direito decorrente da aprovação da impetrante no certame, ficando **preservado** seu atual ***status quo*** no âmbito do concurso para o cargo de Professor Educação Básica I, SQC-II-QM, do Quadro do Magistério da Secretaria de Estado da Educação, até ulterior deliberação do Juízo competente a respeito da questão.

Em síntese:

(1) Quanto ao **Governador do Estado de São Paulo**, por falta de legitimidade passiva, **indefiro** a inicial (art. 330, II, do CPC) e, em consequência, **denego a ordem** (art. 485, I e VI, do CPC c.c. art. 6º, § 3º da Lei nº 12.016/09).

(2) Quanto ao mais, **determino** a **remessa** dos autos ao Primeiro Grau de Jurisdição, para imediata distribuição e processamento do feito.

(3) Fica **mantido** o **provimento cautelar** concedido à impetrante, restando **preservada** sua atual situação jurídica no âmbito do concurso, até ulterior deliberação do Juízo competente sobre a matéria.

Defiro à impetrante, por ora, o benefício da **assistência judiciária gratuita**, facultando-se ao Juízo competente a reapreciação da questão.

Descabidos honorários (**art. 25**, da **Lei nº 12.016**, de **07.08.09, Súmula** nº **502** do **STF** e **Súmula** nº **105** do **STJ**).

3. Por falta de legitimidade do Governador denego, em parte, a ordem (art. 485, I e VI, do CPC c.c. art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016, 2009), com determinação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 0036087-28.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante COMERCIAL DE LIVROS LIDERANÇA LTDA., é impetrado PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial 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 30.004)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PEREIRA CALÇAS (Presidente sem voto), 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, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS e MÁRCIO BARTOLI.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

JOÃO CARLOS SALETTI, Relator

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA – Impetração que tem por objeto o cancelamento dos protestos (certidões de dívida ativa – CDA levadas a protesto, relativas a cobrança da Taxa de Fiscalização de Estabelecimento), bem como determinar sua baixa no cadastro de contribuintes municipais – Ajuizamento em face do Prefeito do Município de São Paulo – Ato, todavia, não praticado pelo Prefeito – Ilegitimidade de parte passiva do Prefeito Municipal para responder ao *mandamus* – Extinção do processo, sem conhecimento do mérito (art. 485, VI, CPC c.c. art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/2009), denegada a segurança.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face do Prefeito Municipal de São Paulo.

Alega a impetrante: **a)** passou a funcionar em 22/11/99, com endereço na Av. Paulista, neste Município, e, em 03/10/12, fez a última alteração contratual, transferindo seu endereço para a Av. Bartolomeu de Gusmão, no Município de Santos; **b)** em 09/02/15 teve sua inscrição no CNPJ baixada por omissão contumaz, por nunca ter apresentado movimento; **c)** para surpresa do representante legal, recebeu recentemente um telefonema da gerente do banco, onde tem sua conta bancária pessoa física, dizendo haver restrição ao seu nome devido a protestos; **d)** efetuou pesquisa, constatando haver 4 protestos nos cartórios de São Paulo pela não entrega de declaração; **e)** conforme certidões, houve inscrição na Dívida Ativa em 27/05/15 e foram levadas a protesto as certidões de dívida ativa em 15/04 e 22/06/17; **f)** porém, quando da inscrição da dívida ativa em 27/05/15, a empresa já não existia, com a baixa e o cancelamento de seu CNPJ em 09/02/15 pela Receita Federal; **g)** tais protestos, em razão do vínculo como ex-sócio e representante legal, estão trazendo evidentes prejuízos, inclusive com o corte de créditos deste junto ao comércio e ao sistema financeiro; **h)** desde 2012, a empresa alterou o endereço para o município de Santos, nada devendo ao Município de São Paulo; **i)** além disso, mesmo porque nunca teve movimento, razão pela qual foi cancelada a sua inscrição na RF em 09/02/2015, os protestos estão prescritos, pois transcorridos mais de 5 anos entre a última alteração contratual (03.10.2012) e as datas dos protestos, pois o impetrado somente teria direito a exigir prestação de contas até 2011, pois em 2012 já não estava mais localizada no município de São Paulo; **j)** assim, tais protestos são arbitrários e ilegais (art. 174 CTN).

Requer, assim, a concessão de liminar para o cancelamento dos protestos, até final julgamento, quando deve ser concedida a ordem para o fim de cancelar em definitivo os protestos e determinar sua baixa no cadastro de contribuintes municipais. Requer, ainda, os benefícios da justiça gratuita.

O *mandamus* foi originalmente distribuído à 15ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (fls. 17). Porém, tendo em vista figurar no polo passivo o Senhor Prefeito do Município de São Paulo, o Juízo declinou da competência e determinou a redistribuição da causa a este Órgão Especial (fls. 17).

Indeferi o pedido de benefício da justiça gratuita e o pedido de liminar (fls. 20/22).

O impetrado prestou informações (fls. 41/46). Alega: **a)** a impetrante se encontra regularmente inscrita no Cadastro de Contribuintes Mobiliários, não tendo requerido a devida baixa; **b)** conforme informações do órgão lançador, os créditos impugnados se referem à taxa de fiscalização de estabelecimento dos exercícios de 2010 a 2013; **c)** a CF estabelece (art. 145, II) que as taxas são devidas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição; **d)** a impetrante se encontra cadastrada

Acesso ao Sumário

como contribuinte da TFE (Lei Municipal 13.477/02, arts. 1º, 2º, 5º, 11 e 15); **e)** a empresa encontra-se ativa no CCM, não tendo efetuado o cancelamento de sua inscrição, encontrando-se, por essa razão, em plena atividade, para todos os efeitos (Lei 8.435/76, arts. 4º e 5º); **f)** não basta ao contribuinte simplesmente baixar as portas para que se tenha por "inativa" a empresa, sendo imprescindível ao encerramento (assim como ao início das atividades) que seja oficialmente comunicado à autoridade municipal para surtir os efeitos desejados; **g)** o CTN ampara a cobrança do contribuinte pelo exercício de poder de polícia municipal (art. 77 e 78, *caput* e § único). Requer, assim, o "decreto de improcedência do pedido, para o fim de denegar a segurança". Alternativamente, "caso seja afastada alguma cobrança de TFE, ... entende-se que deverão ser mantidos, ao menos, os créditos cujos fatos geradores ocorreram em momento anterior à alegada transferência da impetrante para o Município de Santos (2012)".

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela extinção do mandado de segurança, sem resolução do mérito, por inexistência de interesse em agir da Impetrante, com a denegação da ordem mandamental pleiteada (fls. 48/54).

É o relatório.

1. O mandado de segurança foi originalmente distribuído à 15ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

Tendo em vista que impetrado o *mandamus* contra ato praticado por autoridade que detém prerrogativa de foro, o digno Juízo de primeiro grau determinou a remessa dos autos a este Órgão Especial (fls. 17).

2. A impetração objetiva o cancelamento dos protestos (certidões de dívida ativa – CDA levadas a protesto, relativas a cobrança da Taxa de Fiscalização de Estabelecimento), e a determinação da baixa da empresa no cadastro de contribuintes municipais.

O Senhor Prefeito Municipal é parte ilegítima para figurar no polo passivo deste *mandamus*, porquanto não praticou ato omissivo ou comissivo algum, o que enseja a extinção do processo do mandado de segurança, sem decisão de mérito.

Em outras palavras, o Prefeito não procedeu à autuação, lançamento, multa, protesto ou praticou ato omissivo ou comissivo algum e não detém competência para suspender ou cancelar a imposição.

Vale ressaltar, em idêntica direção, o parecer lançado pela douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 48/54):

> "1.1. Estabelece o art. 6º, § 3º, da Lei Federal n. 12.016/2009 (nova Lei do Mandado de Segurança), que *"Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática"*.

Acesso ao Sumário

"1.2. No caso presente, a Impetrante aforou este Mandado de Segurança para cancelar protestos de Certidões de Dívidas Ativas expedidas pelo Município de São Paulo, donde há que ser indagado: qual ato administrativo fora praticado pelo Prefeito da Capital; sobretudo, qual a ilegalidade ou abusividade por ele cometida: e mais, como se concluiu que dele emanara a ordem para a prática dos atos, no caso, protestos das Certidões de Dívidas Ativas.

"1.3. Inolvidável que o Município cobra da Impetrante o pagamento de importâncias monetárias, mas, nada existe nestes autos eletrônicos demonstrado e provando que os atos de cobrança foram perpetrados ou determinados pelo Prefeito.

"1.4. Leciona Hely Lopes Meirelles que *"Considera-se 'autoridade coatora' a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução"*[1]

"(...)

"1.6. Com efeito, como o Prefeito de São Paulo, neste caso, não praticou qualquer ato administrativo ofensivo aos direitos e interesses da Impetrante, nem mesmo determinou que fosse ou deixasse de ser perpetrado, como também não tem meios para revertê-lo, ainda que, eventualmente, para corrigir a irregularidade – ao menos em tese praticada, consoante motiva a Impetrante –, ainda que por determinação judicial, não há de figurar no polo passivo desta demanda.

"ASSIM SENDO, este Mandado de Segurança merece ser extinto, sem resolver seu mérito, por **ilegitimidade de parte passiva** do Prefeito de São Paulo, com a **denegação** da ordem de segurança postulada".

Como já decidido por este C. Órgão Especial (Mandado de Segurança Nº 0026629-89.2015.8.26.0000, j. 13/05/2015), pelo voto do relator, Desembargador FRANCISCO CASCONI,

"A vastidão da estrutura e das atividades da Administração Pública impõe complexa organização escalonada de seus órgãos e agentes estatais, de forma que cada qual possua um cargo e atribuições próprias, como forma de viabilizar o funcionamento da máquina administrativa.

"Evidente que, em qualquer das esferas federativas, o Chefe de Governo não concentra em sua pessoa a totalidade dos poderes da Administração, não sendo lógico, consequentemente, figurar como autoridade coatora em toda ação de segurança.

"Com efeito, o mandado de segurança deve ser impetrado em face da autoridade que, por ação ou omissão, tenha dado causa à lesão jurídica alegada e, além disso, detenha atribuições funcionais ordinárias para

Acesso ao Sumário

1 *Mandado de Segurança*. 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 66.

eliminar essa mesma ilegalidade".

Daí a ementa conclusiva desse julgamento:

> MANDADO DE SEGURANÇA – INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL FALTA DE LICENÇA DE FUNCIONAMENTO – IMPETRAÇÃO VOLTADA CONTRA O SR. PREFEITO MUNICIPAL – ILEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM' – ATO COATOR, NA HIPÓTESE, EXECUTADO POR AGENTE FISCALIZADOR EM CUMPRIMENTO A DECISÃO DE LAVRA DA SRA. SUBPREFEITA REGIONAL DO BUTANTÃ – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – EXTINÇÃO DO PROCESSO, REVOGADA A LIMINAR.

Lá, como aqui, o ato inquinado de ilegal não foi praticado pelo Prefeito Municipal, como dito antes, de tal ordem que a solução adotada, com suporte em precedentes deste mesmo Colegiado, não foi outra, senão a de, reconhecida a ilegitimidade de parte, ser julgado extinto o processo, sem decisão de mérito.

No mesmo sentido os precedentes invocados pelo v. acórdão acima colacionado: Mandado de Segurança nº 2033099-39.2014.8.26.0000, rel. Des. GUERRIERI REZENDE, j. em 23.04.2014, v.u.; Mandado de Segurança nº 2060007-36.2014.8.26.0000, rel. Des. XAVIER DE AQUINO, j. em 08.10.2014, v.u .; e Mandado de Segurança nº 0260131-40.2012.8.26.0000, rel. Des. FERREIRA RODRIGUES, j. em 23.10.2013, v.u.

Neste sentido também tem decidido o C. Superior Tribunal de Justiça:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE IMPETRADA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.
>
> 1. O Prefeito Municipal não possui legitimidade para responder por recurso administrativo pendente de exame perante o Conselho de Contribuintes. Ressalte-se que tal autoridade não tem competência legal para lançar tributos ou constituir créditos tributários, sendo que tais atividades, por determinação legal, são atribuídas às respectivas autoridades fiscais, de escalão hierárquico subalterno.
>
> 2. É inviável a aplicação da teoria da encampação quando enseja a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.
>
> 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no Recurso em Mandado de Segurança 46.362 – RJ, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 18.11.2014).

Acesso ao Sumário

3. Ante o exposto, julgo extinto o processo, sem conhecimento do mérito (com fundamento no art. 485, VI, do Código de Processo Civil c.c. art. 6º, § 5º,

da Lei 12.016/2009), denegando a segurança.

É meu voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança Cível nº 2212029-40.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é impetrante ASSOCIAÇÃO DOS AUDITORES-FISCAIS TRIBUTÁRIOS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – AAFIT, é impetrado PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "HOMOLOGARAM A DESISTÊNCIA. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.332)**

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, JACOB VALENTE, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA e SALLES ROSSI.

São Paulo, 3 de abril de 2019.

RICARDO ANAFE, Relator

Ementa: Mandado de Segurança – Processo Civil.

Pedido de desistência – Homologação independentemente da anuência da autoridade impetrada e da fase do processo – Extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VIII, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009.

Homologa-se a desistência da ação.

VOTO

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Associação dos Auditores-Fiscais Tributários do Município de São Paulo contra ato do Prefeito do Município de São Paulo, consubstanciado na Instrução Normativa 01/2018-

PREF, alegando, em síntese, a sua ilegalidade porquanto afasta a aplicação da Emenda Constitucional nº 46, de 08 de junho de 2018 (que confere nova redação ao inciso XII do artigo 115 da Constituição do Estado de São Paulo e dá outras providências) à Constituição Estadual e, consequentemente, à Lei Orgânica do Município de São Paulo. Requer a procedência do *writ*, a fim de "afastar a aplicação da IN PREF nº 01/2018 e aplicar o artigo 14, inciso VI, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, determinando à autoridade coatora que cumpra as devidas atualizações do percentual de 90,25% do limite remuneratório dos filiados da impetrante" (fl. 57).

Regularmente notificado, o Prefeito de São Paulo prestou informações a fl. 181/195.

O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça é pela denegação da ordem (fl. 247/256).

Sobreveio aos autos a manifestação da impetrante requerendo desistência do feito (fl. 261).

É o relatório.

2. Nada obsta a homologação da desistência.

Ab initio, cumpre destacar que a ação mandamental da espécie, *writ of mandamus* ostenta rito próprio e características absolutamente peculiares, entre as quais ausência de citação da autoridade, que é notificada para prestar informação e não para responder.

De outro lado, a participação no processo da pessoa jurídica de direito público interno é na qualidade de assistente da autoridade e, como tal, não pode se opor ao pedido de desistência da ação quer pelo fato de que é mero assistente, quer considerando, em especial, as peculiaridades do *writ*, o qual não ostenta parte contrária.

Dessa forma, consoante já decidiu o Colendo 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" (STF, Pleno, AgRg no MS 26.890/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/2009).

No mesmo sentido: Mandado de Segurança nº 2051445-96.2018.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, decisão monocrática de 25/06/2018; Mandado de Segurança nº 1025628-82.2018.8.26.0053, Rel. Des. Carlos Bueno, decisão monocrática de 04/06/2018; Mandado de Segurança nº 2192525-82.2017.8.26.0000, Rel. Sérgio Rui, decisão monocrática de 06/11/2017.

Nessa espia, se conclui que reta a desistência, sem objeção formal, deve ser homologada, o que impõe a extinção do processo sem apreciação de mérito, com arrimo no artigo 485, inciso VIII, do Código de Processo Civil, combinado

Acesso ao Sumário

com o artigo 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009.

3. À vista do exposto, pelo meu voto, homologo a desistência requerida pela impetrante, nos termos suso alinhavados.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL

Agravos Internos

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 2225100-12.2018.8.26.0000/50000, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é agravante SANEM ENGENHARIA LTDA. "EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL".

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44.779)**

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 março de 2019.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DISTRIBUIÇÃO DOS AUTOS AO JUÍZO DA 3ª VARA CÍVEL DE RIBEIRÃO PRETO. PRETENSÃO DA REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO À 10ª VARA CÍVEL DA MESMA COMARCA. AUSÊNCIA DE CONFLITO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O presente conflito de competência não merece ser conhecido, pois não configuradas quaisquer das hipóteses previstas no artigo 66 do Código de Processo Civil.

2. Os incidentes desta espécie, por sua natureza, têm por finalidade dirimir divergências entre juízos que se declarem competentes ou não para o processamento de determinada demanda, pressuposto ausente no

Acesso ao Sumário

caso.

3. Agravo Interno não provido.

VOTO

1. Trata-se de agravo interno interposto por SANEN ENGENHARIA LTDA. "EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL" contra a decisão monocrática deste Relator que não conheceu do conflito de competência suscitado (fls. 292/294).

A agravante alega ser competente o Juízo onde tramita a recuperação judicial para o processamento da ação de execução de título extrajudicial ajuizada por SCHWING EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA. que visa ao recebimento de duplicatas emitidas em seu desfavor.

Afirma, ainda, que bloqueios de verbas teriam sido determinados sem a prévia intimação da executada, trazendo aos autos questões de mérito para análise. Por fim, requer seja recebido e provido o agravo para reformar a decisão proferida e determinar o Juízo da recuperação judicial como o competente para o processamento da execução (fls. 01/11).

É o relatório.

2. Respeitadas as ponderações feitas pela agravante, o presente recurso não se funda em argumento novo capaz de reverter a decisão monocrática deste Relator (fls. 292/294) que apreciou todos os pontos veiculados, nada havendo para se decidir em sentido contrário.

Como se sabe, para configurar conflito de competência nos termos do artigo 66 do Código de Processo Civil, há que se caracterizar uma das três hipóteses ali previstas.

Pondere-se que os incidentes desta espécie, por sua natureza, têm por finalidade dirimir divergências entre juízos que se declarem competentes ou não para o processamento de determinada demanda, o que inocorre nos presentes autos.

E isso porque a empresa SCHWING EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA. ajuizou em face de SANEN ENGENHARIA LTDA. "EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL" ação de execução de título extrajudicial visando ao recebimento de diversas duplicatas no valor total de R$ 42.021,34 (quarenta e dois mil, vinte e um reais e trinta e quatro centavos), fls. 1/4 dos autos de origem.

A execução foi distribuída ao Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto que determinou a devida citação para a demanda, bem como eventual bloqueio de bens da empresa suscitante (fls. 78/80 dos autos de origem).

Todavia, o Juízo da 10ª Vara Cível de Ribeirão Preto que atua na ação de recuperação judicial, pelo que se verifica dos autos e já afirmado na decisão

monocrática, sequer tomou conhecimento da presente demanda, não tendo em momento algum se declarado competente para processar o feito.

Assim, inexiste conflito positivo de competência a ser dirimido nos termos estabelecidos pela legislação vigente.

Ressalte-se, ainda, que eventual inconformismo deve ser manifestado pelos meios adequados, não sendo possível ao agravante servir-se do presente incidente como sucedâneo de recurso próprio.

Desse modo, as razões ora ofertadas não modificam em nada a convicção deste Vice-Presidente, de forma que não há que se falar em reconsideração ou reforma da decisão hostilizada.

3. Do exposto, **nega-se provimento ao agravo interno.**

Apelações

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000974-09.2017.8.26.0007, da Comarca de São Paulo, em que é apelante Z.L.S.T., são apelados P. DE J. V. I. E J. F. R. DE I., A.G.F. e R.L.S.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Em conformidade ao art. 942 e parágrafos do NCPC, no julgamento estendido decidiram: Por maioria, negaram provimento ao recurso. Vencida a Relatora sorteada que declarará voto. Acórdão com o 2º Juiz. Com declaração de voto vencedor do 3º Juiz", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.339)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL), vencedor, DORA APARECIDA MARTINS, vencida, ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente), XAVIER DE AQUINO (DECANO) e EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 25 de fevereiro de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator Designado

Acesso ao Sumário

Ementa: APELAÇÃO. ADOÇÃO UNILATERAL. Pedido de adoção unilateral pela tia paterna da criança, de quem cuida desde os 4 (quatro) meses, mantendo-se o vínculo biológico paterno. Impossibilidade jurídica do pedido. Indeferimento liminar da petição inicial. Inteligência do art. 41, § 1º, ECA. Adoção que não apresenta, *in casu*, reais vantagens para o adotando. Confusão parental ensejadora de conflitos de ordem psicológica ao menor. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

VOTO

Adoto o relatório da eminente Relatora sorteada, DESª DORA A. MARTINS, mas, em que pese o brilho dos seus argumentos, sempre lúcidos, ouso deles divergir, a fim de ***negar provimento*** ao recurso.

Trata-se de apelação interposta por Z.L.S.T. contra a r. sentença (fls. 70/71) que indeferiu liminarmente seu pedido de adoção unilateral do menor P.H.G.L., nascido em (...), julgando extinto o processo, nos termos do art. 485, I do Código de Processo Civil, por impossibilidade jurídica do pedido.

A requerente é tia paterna da criança, de quem cuida desde os quatro (4) meses de vida, quando lhe foi entregue pela genitora sob a alegação de não ter condições de criá-la. A genitora desapareceu da vida do menor e a requerente obteve a guarda judicial dele, por força de acordo homologado judicialmente nos autos do Proc. nº 007.06.126819-4, que tramitou perante o MM. Juízo de Direito da 3ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional de Itaquera.

Agora, pretende a requerente a adoção de P.H., ao argumento de que receia perdê-lo diante da possibilidade de a mãe perseguir judicialmente a inversão da guarda, objetivando, com isso, salvaguardá-lo no futuro, inclusive em relação a direitos sucessórios e previdenciários.

Por outro lado, deseja a manutenção do vínculo biológico paterno no assento de nascimento da criança, alegando que o pai sempre foi presente na vida de P.H., ajuda financeiramente sempre que possível e o visita regularmente, não havendo nada que desabone sua relação com a criança que, aliás, reconhece-o como genitor.

Pois bem.

Cuida-se de pedido de adoção unilateral, que pressupõe o rompimento do vínculo de filiação com apenas um dos pais biológicos e que tem regramento no art. 41, § 1º, do ECA, *in verbis*: *"Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes"*.

Acesso ao Sumário

Este artigo disciplina a hipótese em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, normalmente por ter desenvolvido uma relação de afeto com a criança ou o adolescente, em decorrência de ter se formado nova e verdadeira entidade familiar.

Não se olvida que quem deve ocupar o vazio deixado pelo rompimento do vínculo de filiação da criança com o pai ou a mãe deve ser quem demonstre vínculo de afeto com o adotante, e não necessariamente apenas quem tenha vínculo civil, originado do casamento ou da convivência, com o outro genitor, como bem observou a ilustre Relatora sorteada.

No entanto, isso não significa que a adoção unilateral pode ser deferida indiscriminadamente a qualquer pessoa, a pretexto da existência de vínculo afetivo.

Nessa linha, nem sempre ao novo cônjuge ou companheiro(a) do(a) genitor(a) será deferida a adoção unilateral, o que dependerá da existência de *socioafetividade*, que representa, segundo ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (*Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 735*).

Em outras palavras, a socioafetividade significa o reconhecimento do afeto e do amor construído entre as partes, como uma forma alternativa de ver-se efetivar os princípios do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

É bom lembrar que as ações judiciais envolvendo os menores devem ser decididas com obediência aos princípios do melhor interesse da criança ou adolescente e de sua proteção integral.[1]

E, na esteira do que prescreve o art. 43, do ECA, a adoção somente será deferida quando apresentar *reais vantagens para o adotando*.

No caso em tela, ainda que haja entre o menor e a apelante vínculo afetivo estabelecido ao longo de tanto tempo em que ele está sob a guarda e cuidados da tia, **há de prevalecer o impedimento legal** derivado do fato de a requerente não ser casada, tampouco companheira do genitor da criança.

Mas não é só.

Há como agravante o fato de a **requerente ser irmã do genitor** e, portanto, **tia paterna da criança**.

Não parece conveniente aos interesses do infante a alteração de sua configuração familiar nos moldes propostos, admitindo-se que a tia possa

1 O melhor interesse da criança foi consagrado pelo art. 227 da Constituição Federal, que dispõe ser "dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

Acesso ao Sumário

adotar o sobrinho, mantido o vínculo da criança com o pai biológico (irmão da adotante), mercê da confusão parental que se estabelecerá, convertendo-se em prejuízos irreversíveis ou de difícil superação à criança.

Logo, inviável a pretensão deduzida, a fim de se evitar conflitos de ordem psicológica ao menor, que passaria a ter pai e mãe irmãos entre si e poderia ser considerada como fruto de relação incestuosa.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao apelo, mantida íntegra a r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

(Voto nº 8.936)

Ouso divergir da Douta Maioria pelas razões que seguem.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Z.L.S.T.** contra a sentença de fls. 70/71, da lavra da MMª. Juíza Felícia Jacob Valente, da Vara da Infância e Juventude da Comarca de São Paulo – Foro Regional de Itaquera, na qual indeferiu ela a inicial, declarando a impossibilidade jurídica do pedido de Adoção Unilateral, com relação ao adolescente P.H.G.L., nascido em (...).

Na inicial, a autora, ora apelante, relata que cuida do sobrinho P.H.G.L. desde que ele tinha quatro meses de idade. Convivem juntos, como família, e desde que a genitora biológica desapareceu da vida do então pequeno P., ela, autora, assumiu, afetiva, moral e materialmente o lugar de mãe, assim sendo reconhecida pelo agora adolescente e o tendo como seu filho.

A r. sentença aqui combatida entende ser intransponível o que está posto no parágrafo 1º do artigo 41 do ECA, sendo, assim, possível a adoção dita unilateral exclusivamente por pessoa que seja cônjuge ou companheiro da mãe ou pai biológico. Por isso, exclui a pretensão da autora por entendê-la juridicamente impossível.

Recebido o recurso e mantida a sentença em juízo de retratação (fl. 106), e já nesta instância, veio aos autos a manifestação da Procuradoria Geral de Justiça, pelo improvimento do recurso (parecer de fls. 218/220).

É O RELATÓRIO.

Consta nos autos que a autora, ora apelante, é tia paterna do infante P.H.G.L. e possui a guarda judicial dele, por força de decisão proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional de Itaquera, nos autos da ação nº 007.06.126819-4.

A ação de adoção unilateral, ora em análise, pretende a destituição do poder familiar apenas da genitora do infante, e que o genitor, irmão da autora, continue mantendo seu nome no assento de nascimento da criança.

Acesso ao Sumário

Em sentença, o r. juízo *a quo* concluiu que o pedido é juridicamente impossível, indeferindo a inicial, pois a adoção unilateral somente é possível na hipótese prevista no artigo 41, § 1º, do ECA.

A insurgência posta nas razões recursais está fundada no novo Código de Processo Civil que deixou de prever a possibilidade do pedido como condição da ação, defendendo que a sua verificação deve ser analisada por ocasião do julgamento do mérito. Aduz que a decisão recorrida é prematura e viola o direito fundamental de acesso à justiça.

Pois bem.

A petição inicial indeferida anuncia uma unidade familiar, que se organizou e se desenvolveu ao longo dos anos, havendo, segundo lá posto, vínculo afetivo maternal filial entre a autora e o adolescente, vínculo esse que se quer formalizar com o pedido de adoção.

O pedido posto nos autos é juridicamente possível, em que pese os fundamento da r. sentença que ora se modifica.

O ECA, ao prever a possibilidade da chamada adoção unilateral, permitiu, pela via da adoção, a adequação de situações fáticas nas quais uma genitora ou um genitor tem os filhos sob seus cuidados, com a ajuda de terceira pessoa, que não o genitor ou genitora biológica daqueles.

De fato, o que se tem no artigo 41, § 1º é uma das espécies de adoção medida protetiva que pressupõe o rompimento do vínculo de filiação com somente um dos genitores, mantendo-se o vínculo com o outro (pai ou mãe). E quem vai ocupar tal polo vazio deve ser quem tenha vínculo de afeto com o adotante e não necessariamente apenas quem tenha vínculo civil, pelo casamento ou convivência, com o outro genitor.

A regra do § 1º do artigo 41, pois, não contém em si qualquer viés restritivo no tocante à adoção por pessoas que componham, com a criança e adolescente envolvidos, uma relação familiar e de vínculos afetivos. Apenas complementa o que já traz o *"caput"*, artigo 41, no sentido das garantias de vínculos familiares e direitos sucessórios decorrentes da adoção. Tudo para destacar a mudança de paradigma com o que trazia o então vetusto Código de Menores.

A chamada "adoção unilateral" veio dar guarida a uma gama extensa de situações de crianças *"em cujos assentos de nascimento constam apenas o nome das mães... também, em que existentes os nomes dos pais, estes deixam de exercer os direitos e deveres do poder familiar, gerando verdadeiro abandono"*[2]

Assim, pois, há possibilidade jurídica do pedido e interesse processual da autora em ter a resposta judicial de seu pedido, analisando-se o mérito e cumprindo-se, por necessário, toda a tramitação processual.

2 Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Coord. Munir Cury, Carlos E. Pachi, 11 ed. p. 198

Pelo exposto, pelo meu voto, respeitada a convicção da douta maioria, **DAVA PROVIMENTO** ao recurso para anular a sentença de fls. 70/71.

DORA A. MARTINS, Desembargadora, Relatora sorteada vencida

DECLARAÇÃO DE VOTO

1. Cuida-se de ação de adoção unilateral movida pela apelante em face dos recorridos, liminarmente indeferida pela r. sentença *a quo* em função da impossibilidade jurídica do pedido.

Adoto o elucidativo relatório da lavra da em. relatora para, rogando vênia, acompanhar a divergência inaugurada pelo em. Des. Fernando Torres Garcia e negar provimento ao recurso, considerando correta a solução adotada pela il. Magistrada sentenciante.

2. Verifica-se dos autos que a ora apelante ingressou com a presente ação de adoção unilateral do menor, filho de seu irmão biológico, requerendo a destituição do poder familiar da genitora, sua ex-cunhada, mas mantendo-se o vínculo biológico entre a criança e o genitor.

Essa dinâmica, por si só, já evidencia a natureza juridicamente impossível do pedido.

A uma porque a adoção unilateral está prevista no art. 40, § 1º, do ECA, onde se lê:

> Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.
>
> § 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

Tal dispositivo, portanto, inviabiliza completamente a pretensão da autora, pois enuncia, no *caput*, que a adoção rompe os vínculos com pais e parentes, ***salvo*** na hipótese de adoção unilateral, em que se pressupõe que a adotante é cônjuge ou companheira do genitor do adotando.

Essa regra, evidentemente, busca propiciar que a criança ou adolescente filha de pais solteiros, ou que tenha experimentado o fim do poder familiar em relação apenas a um dos genitores (por destituição ou morte), possa ser considerada, também juridicamente, filha daquela pessoa que convive ou que casou com o genitor remanescente.

E, considerando que a apelante é ***irmã*** do genitor da criança, e que o casamento entre irmãos segue proibido no ordenamento jurídico brasileiro, é evidente que o pedido da autora, ora apelante, é juridicamente impossível.

Acesso ao Sumário

Note-se que não se está questionando a nobreza das intenções da apelante, que, sendo tia da criança, e tendo dela cuidado – aparentemente muito bem – durante muitos anos, naturalmente esteja buscando, quiçá, uma forma de melhor resguardar os interesses da criança.

Esta, contudo, não é a solução adequada para o caso em tela – não é sequer uma solução juridicamente possível.

Frise-se que o impedimento para que a apelante adote a criança em questão não decorre do fato de serem tia e sobrinho, mas sim do fato de que a apelante pretende uma modalidade de adoção – unilateral – que preserva o poder familiar de um dos genitores, que, no caso, é seu irmão. Dessa feita, o mero exercício argumentativo em relação a este pedido já demonstra – consoante bem apontado na r. sentença, no parecer da d. Procuradoria de Justiça pelo improvimento do recurso e no voto que inaugurou a divergência – a impossibilidade sequer de se prosseguir com a ação, uma vez que sua eventual procedência transformaria a criança em filha de seu pai e de sua tia.

E, como o regramento jurídico da adoção unilateral prevê que não são rompidos os vínculos entre a criança e a família do genitor biológico, ela passaria a ser, concomitantemente, filha e sobrinha tanto de sua tia quanto de seu pai, criando não apenas a possibilidade de graves consequências psicológicas para a criança, como também uma inviável perturbação na ordem de vocação hereditária.

Conforme bem ponderado por Roberto João Elias, ex-Procurador de Justiça e Professor de Direito, "a perspectiva de que o menor somente se desenvolverá plenamente quando criado no seio de uma família compele-nos a cogitar um lar que substitua aquele que, por quaisquer circunstâncias, foi perdido. (...) Assim, a colocação em família substituta deve ser a primeira alternativa para o menor que não pode mais, seja qual for o motivo, conviver no seio de sua família biológica"[3].

Assim, como tivemos a oportunidade de apontar, "a adoção deve ser compreendida como autêntico direito parental e, por isso, já existindo um vínculo natural de parentesco, não teria sentido admitir outro. Ademais, a finalidade da adoção é colocar em família substituta quem não a tem, ou quem foi abandonado pela sua própria família natural"[4].

Vale frisar, a título de exemplo, que o presente caso não encontra equivalência ao precedente do c. Superior Tribunal de Justiça, que, no REsp 1.217.415/RS, deferiu a adoção conjunta de um menor a dois irmãos, reconhecendo a existência de uma chamada "família anaparental".

Segundo o voto, *"o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar*

Acesso ao Sumário

3 ELIAS, Roberto João. *Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39.

4 SILVA FILHO, Artur Marques. *Adoção*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 77/78.

restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do intérprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei"[5].

E, independentemente de se considerar correta ou incorreta tal decisão, é de se notar que *não se aplica* ao presente caso, pois não se trata, aqui, de um pedido de adoção conjunta por irmãos de uma criança que, juridicamente, não possui genitores, mas sim de pedido de adoção unilateral de uma criança que se encontra sob o poder familiar do genitor biológico, pedido esse realizado pela irmã do genitor, em inequívoca violação tanto ao disposto no art. 41, § 1º, do ECA, quanto ao fim colimado pela norma, que é a colocação da criança em família substituta. Com a adoção pretendida a criança não seria colocada em família substituta, mas sim permanecerá em sua família biológica, o que, evidentemente, subverte não apenas a literalidade mas também o espírito da norma jurídica.

Não há, assim, espaço para interpretações extensivas, uma vez que a regra é que, ressalvadas as restrições expressas, qualquer pessoa pode adotar. A legislação elenca, assim, aquelas situações em que o direito a adotar é restringido pelo Estado, v.g. nas situações em que o pretendente é menor de 18 anos, ou em que a diferença de idade entre o adotante e o adotado é menor de 16 anos, ou, como é o caso dos autos, em que o adotante pretende adotar o filho de pessoa que ainda exerce o poder familiar, situação em que a restrição é clara e expressa no art. 41, § 1º: o adotante deve ser cônjuge ou companheiro do genitor que ainda exerce o poder familiar sobre o adotando.

E, reitere-se: é juridicamente impossível que a apelante possa ser cônjuge ou companheira do genitor que ainda exerce o poder familiar sobre o adotando porque trata-se do seu irmão. Se o requisito objetivo elencado pela lei é, na situação em análise, juridicamente impossível, evidentemente que a pretensão que depende de tal requisito objetivo também o será.

Na hipótese dos autos, a única forma de se manter o poder familiar do genitor e, ainda assim, colocar-se a criança em família substituta – ainda que tal família substituta seja a da apelante – seria na modalidade de guarda, que serve para regularizar a posse de fato (art. 33, § 1º, do ECA), conferindo "à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários" (§ 3º). E, ao que consta dos autos, a apelante já exerce tal múnus formalmente (termo de guarda às fls. 39/40).

5 STJ, REsp 1.217.415/RS, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/06/2012, *DJe* 28/06/2012.

Dessa maneira, por meu voto, acompanho a divergência inaugurada pelo 2º Juiz para improver o recurso, mantendo-se incólume a r. sentença *a quo* que corretamente indeferiu liminarmente a inicial.

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

ARTUR MARQUES DA SILVA FILHO, Desembargador Vice-Presidente

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0002115-90.2018.8.26.0542, da Comarca de Osasco, em que é apelante C.D.V. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA 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, com observação. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.066)**

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 março de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL.

Imputação e julgamento. Condutas equiparadas aos crimes de roubo majorado e organização criminosa (art. 157, § 2º, II, IV, V e § 2º - A, I, do Código Penal e art. 2º, §§ 2º e 4º, I, da Lei Nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, na forma do art. 69 do Código Penal). Sentença acolheu a representação e aplicou a medida de internação.

Objeto dos recursos. Pleito de improcedência calcado em insuficiência probatória e, subsidiariamente, substituição da medida imposta.

Prova. Reconhecimento pela vítima na fase administrativa e ratificada em juízo, corroborado por depoimentos dos policiais militares responsáveis pela apreensão e outros elementos de convicção, dão lastro

ao acolhimento da representação.

Adequação da medida. Ato infracional grave – Admissível a medida aplicada de acordo com a lei (arts. 112, § 1º, e 122, do ECA). Solução adequada às peculiaridades do apelante. Reavaliação a qualquer tempo, observando o prazo máximo de seis meses.

Recurso não provido, com observação.

VOTO

1. Cuida-se de recurso de **apelação** interposto contra a sentença que acolheu a representação ofertada pelo Ministério Público contra o adolescente C.D.V., pela prática de atos infracionais equiparados aos crimes de roubo majorado e organização criminosa (art. 157, § 2º, II, IV, V e § 2º - A, I, do Código Penal e art. 2º, §§ 2º e 4º, I, da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, na forma do art. 69 do Código Penal), aplicando-lhe a medida socioeducativa de internação.

A defesa requereu, em resumo, a improcedência da representação por fragilidade do conjunto probatório, ou, subsidiariamente a substituição da medida aplicada por outra em meio aberto, em razão das condições pessoais do adolescente (fls. 219/227).

Recebidos os apelos sem efeito suspensivo (fl. 228), vieram as contrarrazões (fls. 234/240). Manteve-se o ***decisum*** (fl. 241). A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 257/269).

É o relatório.

2. Infundada a pretensão recursal.

Segundo consta, em data incerta, mas até o dia (...), na região metropolitana de São Paulo, notadamente nas Comarcas de Osasco e Guarulhos, C.D.V. integrava organização criminosa armada, constituída por mais de quatro pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada por divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem econômica de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos.

Conta ainda que, no dia (...), a partir das 10hs e 17hs, no Rodoanel, nas cidades de Osasco e Guarulhos, o recorrente concorreu de forma para que, a organização criminosa e demais integrantes, mediante grave ameaça, emprego de armas de fogo e restrição de liberdade do ofendido A.S., subtraíssem para todos, o veículo M. Benz Actros, placa (...) – (...), pertencente à empresa (...) Transportes (fls. 33/35).

A materialidade do ato infracional está bem demonstrada por boletins de

Acesso ao Sumário

ocorrência (fls. 10/18), pelos autos de exibição e apreensão (fls. 35/36), laudo pericial (fls. 127/133), bem como pela prova oral.

Inequívoca a **autoria**.

O adolescente, na delegacia, em inquirição informal e em audiência de apresentação, **negou** a prática do ato infracional. Alegou que estava tomando banho na casa do imputável G., quando policiais militares o abordaram e apreenderam. Asseverou desconhecer exatamente o motivo (fls. 28, 40/41 e 60/63 – mídia digital).

O ofendido, A.S., na fase administrativa e **em juízo**, **confirmou** os acontecimentos conforme descritos na representação e ratificou o reconhecimento feito na delegacia, logo após os fatos, no calor dos acontecimentos, **reconhecendo o representado** como sendo um dos dois indivíduos que o manteve em cativeiro. Relatou que na ocasião dos fatos voltava de viagem ao Rio de Janeiro e passava por São Paulo, no Rodoanel, quando quatro veículos passaram fazendo sinais, dando a entender que o caminhão estava com problemas, pedindo para que parasse. Disse que ao parar e descer do veículo, foi abordado por três indivíduos, que afirmando estarem armados, o ameaçaram de morte. Transferiram-no para outros dois automóveis e levados para um barraco em uma favela, onde foi obrigado a permanecer deitado no chão, sob um colchão, e coberto por um cobertor. Afirmou que, na delegacia reconheceu os dois indivíduos que o vigiavam no cativeiro, em razão de suas vozes, cor, vestimentas e tatuagem de um deles. Ressaltou que os dois sequestradores lhe entregaram uma marmita e logo saíram, pouco antes da polícia chegar e resgatá-lo (fls. 26/27 e 175/176).

Como é de reiterada afirmação neste Tribunal de Justiça, a tradicional experiência judicante alberga o prudente critério de prestigiar, ***ut in pluribus***, a **palavra da vítima**, fidedigna, de comum, por sua isenção ordinária.

Assim entende o Eg. **Superior Tribunal de Justiça:**

> *"... nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando corroborado pelos demais elementos probatórios"* (AgRg no AREsp 865.331/MG – DJ-e de 17.03.17 – Rel. Min. **RIBEIRO DANTAS**).

No mesmo sentido, corroborando as declarações da **vítima**, foram os depoimentos, sob o crivo do contraditório, das **testemunhas**, os policiais **F.A.N.F., J.M.S.F.O., A.S.M.** e **T.D.S.**

Com efeito, os policiais civis F. e J.M., sobre o crivo do contraditório, noticiaram que tomaram conhecimento sobre um caminhão roubado que estaria em um galpão. Ao chegarem ao local visualizaram cinco indivíduos que iniciavam o desmanche do veículo. Durante a abordagem, determinaram

Acesso ao Sumário

a liberação da vítima do cativeiro. Disseram que posteriormente receberam a informação do resgate da vítima e apreensão do adolescente e do imputável D. no local do cativeiro. J.A. ressaltou que presenciou o momento em que, na delegacia, a vítima reconheceu o representado, afirmando que ele era o mais violento (fls. 165/166 – mídia digital).

No mesmo sentido o depoimento dos policiais militares, **A. e T., responsáveis pela apreensão do adolescente.** Depuseram que receberam, via COPOM, denúncia que um determinado barraco na favela da (...) vinha sendo utilizado como cativeiro para prática de sequestros. No local encontrou a vítima no chão e no barraco à frente, o representado, que ao ser chamado não abriu a porta de imediato. Enfatizaram que no momento da abordagem, o menor recebeu uma ligação através da qual outro indivíduo perguntava se a polícia ainda estava lá.

Não há indício de falsa acusação policial, tampouco motivo para descabida incriminação da vítima, sendo o **conjunto, coerente** e **coeso,** suficiente para acolhimento da representação, tal como lançada na origem.

Nenhum reparo comporta também a sentença no que tange à medida socioeducativa aplicada – **internação**.

Por certo, o envolvimento do apelante na prática de ato infracional análogo ao crime de organização criminosa e roubo majorado pelo concurso de agentes e restrição de liberdade da vítima, **justifica** indubitavelmente a aplicação da medida socioeducativa de **internação**, com fundamento no **inciso I, do art. 122, do ECA,** mesmo considerada sua excepcionalidade. Trata-se de conduta a expressar ousadia e periculosidade inequívocas. Exige, bem por isso, pronta e eficaz resposta estatal.

A **gravidade** do ato infracional integra expressamente as diretrizes fixadas pelo § 1º do art. 112 do ECA, enquanto critério balizador de adequação das medidas socioeducativas aplicáveis, entre as abstratamente previstas pelo sistema, em conjunto com as **circunstâncias** que rodearam a prática infracional e a **capacidade** do adolescente para seu cumprimento.

Neste sentido:

"INFÂNCIA e JUVENTUDE. Menor. Ato infracional. Equiparação ao crime de roubo qualificado por emprego de ameaça, arma de fogo e concurso de pessoas. Representação. Procedência. Internação. Admissibilidade. Observância do devido processo legal. HC indeferido. Inteligência dos arts. 121 e 122 do ECA. Está em harmonia com o princípio da tipicidade estrita das fattispecie que a autorizam, a aplicação de internação, por prazo indeterminado, a menor que praticou ato infracional mediante ameaça, emprego de arma e concurso de pessoas." (**STF** – HC 88755/SP – DJ-e de 29.09.06 – Rel. Min. **CEZAR PELUSO**).

Apesar de **primário**, o jovem envolveu-se em ato infracional grave, não

Acesso ao Sumário

possuindo juízo crítico de suas atitudes equivocadas.

De mais a mais, no **relatório polidimensional**, elaborado por profissionais da Fundação Casa, a Equipe Multiprofissional observa que o adolescente:

> *"(...) por decisão própria foi residir com avó, nesta passagem estava residindo com uma namorada, notando autonomia sem ter o devido preparo. (...) as falas do adolescente estão somente na expectativa em ser liberado como na apreensão anterior. (...) se diz usuário de droga, (...) não retomou a frequência escolar, (...) o jovem lê silabicamente com muita dificuldade, reconhece as letras do alfabeto, sabe a data do nascimento, não compreende o que lê, apresentou dificuldades na escrita de palavras durante o ditado; não é capaz de interpretar textos curtos, (...) trouxe discurso frágil. Institucionalizado, demonstrou não valorizar seus familiares e continua levando a vida a seu modo. Não trouxe qualquer projeto para sua vida, (...) o adolescente não assume suas responsabilidades, se encontra muito suscetível a novo envolvimento, seja por suas escolhas erradas e pela falta de vigilância, não apresentou criticidade acerca de seu envolvimento e sofrimento acontece pela restrição de liberdade. (...) Avaliamos que não contou com a vigilância efetiva de seus genitores, fato que o deixou suscetível para que se colocasse em situação de risco, novamente carecendo agora de freios sociais e de acompanhamento que lhe favoreça o desenvolvimento pessoal, bem como favorecer e internalizar valores para adequar sua vida dentro dos princípios de convivência social."* (fls. 160/164).

Verifica-se, portanto, que nenhum dos familiares conseguiu firmar-se perante o adolescente, buscando evitar, assim, sua opção por caminhos equivocados, restando, pois, patente o grave desvio comportamental, o que revela a inadequação de medidas em meio aberto para o alcance da ressocialização.

Em conformidade com o princípio da proteção integral, a medida de **internação** visa a proporcionar um acompanhamento ao menor que poderá contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

Será ele periodicamente avaliado, podendo obter reversão da medida se vier a demonstrar inequívoca aptidão para retornar ao meio aberto, respeitado os limites do **art. 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.**

A sentença merece uma **observação** no que tange ao período de reavaliação, fixado em seis meses.

A medida deve ser **revista**, ao menos, a cada seis meses, o que não impede a reavaliação em período inferior, dependendo da peculiaridade do caso concreto.

Com o julgamento do recurso, prejudicado resta o pedido de concessão de efeito suspensivo.

3. Nego provimento ao recurso, com observação.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1005538-67.2017.8.26.0189, da Comarca de Fernandópolis, em que é apelante E. DE S. P., é apelado A.B.P.A. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.839)**

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, 18 de março de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Apelação – Condenação da Fazenda Pública a conceder tratamento cirúrgico de alongamento de isquitotibiais da autora, bem como procedimentos pré-cirúrgicos necessários, no prazo de 15 dias, designando cirurgia no prazo máximo de mais 40 dias, sobe pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), limitada a 90 dias-multa, sem prejuízo de reiteração e apuração de responsabilidade

– Hipótese em que a tutela antecipada foi deferida – Recurso voluntário – Preliminar – Ilegitimidade passiva – Rejeição – Responsabilidade disjuntiva e concorrente das Fazendas – Inteligência das Súmulas 37 e 66, do TJSP – Mérito – O direito à saúde, como garantia do cidadão, foi elevado ao nível dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo direito de todos e dever do Estado – Arts 1º, III, 3º, IV, 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196 da Constituição Federal, de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF) – Comprovação da necessidade do procedimento cirúrgico requerido – Inteligência da súmula 65 deste E. Tribunal de Justiça – Multa Diária – Possibilidade – Faculdade do Magistrado – Imposição indispensável à proteção da saúde da criança necessitada, além de consistir em medida de apoio à decisão judicial – Limitação – Inviabilidade nesta oportunidade. Inteligência do art.

Acesso ao Sumário

537, § 4º, do CPC/2015 – Recurso não provido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Fazenda Pública Estadual contra a r. sentença de fls. 125/129 que, nos autos de ação de obrigação de fazer, julgou procedente o pedido inicial, para o fim de confirmar e tornar definitiva a antecipação da tutela concedida às fls. 71/72, consistente em obrigar a Fazenda Pública do Estado de São Paulo a conceder o tratamento cirúrgico de alongamento dos isquitotibiais da autora, nos termos dos documentos de fls. 22/23, bem como os procedimentos pré-cirúrgicos necessários, no prazo máximo de 15 dias, designando cirurgia no prazo máximo de mais 40 dias, sob pena de multa-diária no valor de R$ 1.000,00, limitada a 90 dias-multa, sem prejuízo de reiteração e apuração de responsabilidade, condenando a ré, na apreciação de embargos declaratórios de fl. 155, ao sanar erro material, ao pagamento de honorários de advogado, arbitrados em R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), com base no artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil vigente.

Preliminarmente, suscita a Fazenda Pública seja reconhecida que a responsabilidade do Estado é subsidiária, ressaltando, para tanto, que o "*SUS*", não obstante ser um serviço público único, é hierarquizado e regionalizado de sorte que, com efeito, não se pode falar na existência de responsabilidade solidária dos três entes da Federação, competindo ao Estado executar, supletivamente, serviços e ações de saúde nos Municípios, no limite das deficiências locais. Com relação ao mérito, aduz, em síntese: a) inexistência do direito de obter tratamento médico diverso do padrão definido pelo Ministério da Saúde, enfatizando que os artigos 196 e 198 da Constituição Federal são normas programáticas; b) o poder discricionário do administrador; c) predominância do interesse público sobre o particular; d) necessidade do afastamento da multa diária fixada ou, caso mantida, da imposição de um teto máximo, sob pena de onerar os cofres públicos, a autorizar sua redução para R$ 100,00 ao dia e limitada ao máximo de R$ 1.000,00 e e) não há que se falar em incidência de juros sobre a verba honorária devida pela Fazenda Pública (fls. 141/153).

Bem processado o recurso e mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos (fl. 128), foram apresentadas contrarrazões (fls. 163/172) e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo não provimento do apelo (fls. 183/194).

É o relatório.

O apelo não comporta provimento.

De início, cabe consignar ser inviável o acolhimento da tese de ilegitimidade passiva do Estado, valendo frisar que a legitimidade passiva dos entes estatais (União, Estado e Município) é disjuntiva e concorrente (art. 23,

Acesso ao Sumário

II, da Constituição Federal), de sorte que o cidadão poderá demandar contra quem pretender, aliás, referida norma está em sintonia com as Súmulas 37 e 66, desta E. Corte. Como se vê, a obrigação é solidária e atribuída genericamente ao Poder Público e não de forma restrita a determinado ente (União, Estados e Municípios).

Assim, em razão da solidariedade existente entre os entes federados, com relação à assistência à saúde, todos estão obrigados a amparar a saúde da população, podendo o autor da ação escolher contra quem pretende demandar.

Nesse sentido, convém transcrever trecho do v. acórdão proferido pelo Des. Danilo Panizza, no julgamento de Apelação Cível nº 779.354.5/0-00:

> *"Desta forma, repelida a idêntica preliminar arguida pela Municipalidade em suas razões recursais que sustenta a ausência de responsabilidade no custeamento de equipamento, posto que a Constituição Federal ao determinar a competência comum dos entes federados nada dispôs a quem caberia a responsabilidade de arcar com os tratamentos de alto custo e onde a Lei Maior não excepcionou não compete ao legislador infraconstitucional ou ao intérprete fazê-lo, sob pena de inconstitucionalidade e arbitrariedade. A pretendida denunciação da lide também não merece acolhida. O órgão ministerial ao propor a presente ação civil já delimitou a competência da Justiça Estadual ao indicar como rés as Fazendas do Estado de São Paulo e a do Município de Ribeirão Preto, como forma de tornar mais rápido e eficaz o provimento jurisdicional. Notória a pretensão da co-apelante em requerer a denunciação da lide, cuja finalidade única e exclusiva é protelar e tumultuar o prosseguimento da demanda, com eventual descolamento da competência para a Justiça Federal, de molde a retardar o atendimento ao pedido da autora, o que não é tolerável pelo ordenamento jurídico (art. 14, III e IV do CPC)."*

Vencida a preliminar, no mérito, decidiu com acerto o ilustre Magistrado, pois bem apreciou os pontos controvertidos, conferindo justa solução à lide.

Acesso ao Sumário

A Constituição Federal, em seu artigo 6º, erige a saúde como direito social e o artigo 196 estabelece ser o direito referido de todos e um dever do Estado, não se olvidando que se situa no vértice do ordenamento jurídico do país e todos os demais preceitos devem com ela compatibilizar-se.

Por seu turno, o artigo 98, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente, reza que as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos na lei aludida forem ameaçados ou violados por ação ou omissão estatal.

Pois bem, dos autos se extraem suficientes elementos de prova para atestar que a adolescente A.B.P.A., nascida em (...), necessita da realização do

tratamento cirúrgico pleiteado em caráter emergencial (fls. 20/60).

E, com *status* de preceito fundamental, direito á saúde está positivado nos arts 1º, III, 3º, IV, 5º, *caput*, 6º, *caput*, e 196 da Constituição Federal. Trata-se de normas de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF), ou seja, não possuem caráter programático e deve ser atribuído a esse direito a máxima eficácia e efetividade.

Ademais, mesmo que se admita o cunho programático das normas constitucionais que garantem o direito à saúde, não é lícito concluir que se trata de mera *promessa* do legislador, ou seja, *"a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente"* (STF, RE nº 271.286, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello).

Nesse sentido:

> *"O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado"* (STF, RE nº 271.286, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello).

Esta Colenda Câmara Especial, há tempos, vem adotando posicionamento semelhante, tanto que editada, para exposição contundente de motivos, a Súmula n. 65, assim enunciada: *"Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes"*.

E mais, a omissão do Poder Público em disponibilizar procedimento tal como pleiteado e afins, sob o argumento de falta de previsão orçamentária, não pode servir de escusa para o descumprimento de deveres de clareza solar, de conteúdo não meramente programático, estabelecidos em nosso ordenamento jurídico e que devem ser observados irrestritamente.

No tocante à quantia fixada pelo Juízo a título de "*astreintes*", embora este Relator, em outras oportunidades, já tenha firmado posicionamento no sentido de que a fixação 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, e nesse caso específico, onde por lei deve haver a preponderância dos interesses das crianças e adolescentes, entendo

Acesso ao Sumário

que, para reforçar a obtenção do resultado prático almejado, tais merecem ser mantidas.

Portanto, a imposição de multa contra a Fazenda Pública mostra-se possível, na forma do artigo 497, do Código de Processo Civil, e artigo 213, *caput*, e § 2º da Lei nº 8.069/90 e serve para garantir a efetividade da decisão, lembrando que o MMº. Juiz da execução a qualquer tempo, como é cediço, pode, oportunamente, suspender sua exigibilidade e alterar seu montante, caso venha, de alguma forma a se tornar abusiva.

Por outro lado, a situação excepcional apresentada no caso em concreto impede a imposição de um teto máximo à multa diária. É que a necessidade e a urgência da medida restaram satisfatoriamente demonstradas pela documentação que instruiu a peça inicial, não justificando tanta demora no cumprimento da ordem judicial.

Nota-se, no apenso dos autos, a insistência do descumprimento da ordem judicial pela ora recorrente, a ponto de o Magistrado fixar de uma segunda multa diária no importe de R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais – fl. 56 do apenso).

Assim, considerando-se a resistência no cumprimento da sentença, impõe-se a excepcionalidade do caso, levando-se a concluir que a multa fixada não se mostra desproporcional, injusta e lesiva ao erário, não havendo, consequentemente, a necessidade de estipulação de teto máximo.

Cumpre recordar Alcides Mendonça de 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"* (Cf. in Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. VI, p. 775), e mais, *"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"* (Cf., in ob. cit., Vol. VI, p. 776).

Assim, diante da excepcionalidade do caso, impossível a limitação de teto máximo devendo se levar em conta o disposto no novo regramento processual civil vigente (§ 4º do artigo 537): *"a multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão a que tiver cominado"*.

Por fim, verifica-se que a r. sentença não determinou incidência de juros de mora sobre a verba honorária, razão pela qual não há interesse recursal da apelante neste ponto, motivo pelo qual a mencionada alegação não deve ser analisada neste momento processual.

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

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0004048-23.2018.8.26.0664, da Comarca de Votuporanga, em que é apelante K.R.G.T. (MENOR), é apelado P. DE J. DA V. DA I. E J. DE V.

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 44.866)**

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, 25 de março de 2019.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Ementa: INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO, QUE, FRENTE À GRAVIDADE DA INFRAÇÃO BEM COMO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS, REVELA-SE APROPRIADA E APTA A PROMOVER A RESSOCIALIZAÇÃO DA ADOLESCENTE. SENTENÇA MANTIDA.

1. *In casu*, a sentença julgou procedente a representação pela prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 33, *caput*, Lei 11.343/2006 e aplicou ao adolescente a medida socioeducativa de internação.

2. O art. 122, II, do ECA autoriza, em tese, a imposição da medida socioeducativa de internação no caso de adolescente reincidente.

3. Já as circunstâncias do caso concreto, aliadas às condições pessoais da apelante, revelam que medida de internação é a mais adequada ao panorama, respeitado o princípio da excepcionalidade.

4. Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 181/184, cujo relatório se adota, que julgou procedente a representação pela prática de ato infracional equiparado ao delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e aplicou ao adolescente K.R.G.T. a medida socioeducativa de internação.

A d. Defesa aponta apenas o excesso na aplicação da medida de internação, alegando que a medida extrema não seria compatível à condição do menor de "vítima das drogas". Ao final, pleiteia a parcial reforma da decisão requerendo a colocação do jovem em liberdade assistida (fls. 191/193).

Recurso isento de preparo com contrarrazões às fls. 208/213.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 220/228 pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

2. Consta dos autos que, em (...), K., com 16 anos à época, vendeu e trazia consigo para fins de tráfico 5 porções de cocaína na forma de crack perfazendo cerca de 1g.

Não há dúvida sobre a autoria e materialidade do ato infracional equiparado a tráfico, comprovadas material e oralmente durante a instrução, tanto que não há qualquer impugnação da matéria fática pela combativa Defesa.

O debate, portanto, permanece restrito ao tratamento ressocializador adequado ao adolescente.

E a solução adotada na origem merece ser mantida.

Porquanto não se olvide o entendimento consolidado na Súmula 492 do STJ[1], o fato é que sua interpretação deve ser feita de forma sistemática com as disposições do art. 122, do ECA, observados os princípios que regem o Direito da Infância e Juventude.

Estabelece o art. 6º do ECA que ***"na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento"***.

Por sua vez, o art. 121, do ECA, prevê os princípios que regem a medida de internação: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

O reconhecimento de que crianças e adolescentes são indivíduos em desenvolvimento norteia o escopo da aplicação de todas as medidas socioeducativas. A prática de ato infracional exige uma resposta educativa do Estado e não uma resposta retributiva. Ao se reconhecer que os adolescentes infratores são indivíduos em formação e que precisam ser orientados, a medida

Acesso ao Sumário

1 "SÚMULA nº 492: O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente".

socioeducativa deve ser escolhida dentre aquelas previstas no rol do art. 112, do ECA, levando-se em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração (art. 112, § 1º, do ECA).

Para a avaliação da capacidade do adolescente em cumprir a medida socioeducativa é imperioso observar a sua condição pessoal (se estuda, se trabalha, se já respondeu a procedimentos por outros atos infracionais, se é toxicômano etc.) e familiar (se a família é estruturada e tem a capacidade de contribuir com o processo de ressocialização).

O tráfico de entorpecentes é equiparado a crime hediondo, não se podendo afastar a ideia de que quem o pratica tem o intuito do lucro fácil, com menosprezo do trabalho honesto, a prejudicar a vida de pessoas indeterminadas, com reflexos na comunidade, a recomendar o afastamento do adolescente do meio deletério.

Esta Câmara Especial tem adotado esse critério (apelação nº 0000285-23.2015.8.26.0598, relator Des. Xavier da Aquino, Decano, julgada em 04/04/2016; apelação nº 0001374-73.2015.8.26.0536, relator Des. Salles Abreu, então Presidente da Seção de Direito Criminal, julgada em 04/04/2016; apelação nº 0000285-36.2015.8.26.0626, relator Des. Ricardo Dip, então Presidente da Seção de Direito Público, julgada em 04/04/2016).

E, no caso concreto, o adolescente ostenta condições pessoais desfavoráveis para intervenções em meio aberto.

Com efeito, o jovem ostenta diversos antecedentes pela justiça especializada (fls. 26/43) e já teve contra si sentença condenatória anterior, o que revela seu elevado déficit socioeducativo e mostra que a aplicação de solução mais branda não daria conta de sua ressocialização. Ainda, foi submetido a medidas em meio aberto e não deu correto cumprimento, o que garante que a insistência em intervenções mais brandas seria solução manifestamente inócua.

Tudo isso revela que a prática aqui apurada não constitui desvio de conduta isolado em sua trajetória e autoriza a privação de sua liberdade com fulcro no artigo 122, II, do ECA.

Além disso, o adolescente foi insatisfatoriamente avaliado pela equipe técnica da Fundação CASA que, em seu relatório polidimensional (fls. 169/173) traçou panorama preocupante:

> Trata-se de adolescente que teve o primeiro ingresso nesta Instituição em março/2017, sendo que foi determinada a Medida Socioeducativa de Internação, que cumpriu no CASA Mirassol. Em dezembro/2017, foi desligado daquele Centro e inserido em Medida Socioeducativa em meio aberto.
>
> Expressou que sua genitora faz uso abusivo de substâncias psicoativas há muitos anos e que passou por diversas internações em clínica para tratamento da dependência química.

Acesso ao Sumário

> Consta que por volta dos 16 anos, o mesmo iniciou o uso de maconha. Anteriormente à privação de liberdade, estava fazendo uso diário de tabaco e de maconha.
>
> Adolescente foi exposto a fatores de risco e vulnerabilidade ao longo de seu desenvolvimento, mas a sua condição de desenvolvimento lhe possibilita que seus recursos pessoais sejam potencializados, contando com auxílio profissional e orientações sistemáticas.
>
> Informou que não estava frequentando a escola e está no 1º ano do Ensino Médio. Informou que abandonou a escola por um período de aproximadamente oito meses e que reprovou duas vezes, no 9º ano por falta.

A imposição de medida em meio aberto, portanto, não atingiria a finalidade educativa e protetiva que se espera das medidas socioeducativas previstas pela legislação, uma vez que há indícios veementes do forte potencial no sentido de que, ao retornar ao ambiente em que vivia, sem a realização do devido acompanhamento psicossocial que necessariamente irá receber em meio fechado, poderá voltar a praticar novos delitos, atentando assim contra seu bom desenvolvimento social.

Ainda, as medidas socioeducativas não têm natureza de pena e, portanto, a elas não se aplica a circunstância atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal – consoante, aliás, deliberado pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 101739/DF, 5ª Turma, relator ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 8.3.10:

> A aplicação da circunstância atenuante da confissão, previsto no art. 65, III, d, do Código Penal, é impossível em sede de procedimento relativo a ato infracional submetido ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por conseguinte, mostra-se patente, no presente caso concreto, a ineficácia da aplicação de medida socioeducativa mais branda. A segregação, nesse passo, é salutar e necessária para afastá-lo do convívio marginal, tudo em perfeita consonância com a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acesso ao Sumário

De acordo com o princípio da proteção integral, a medida de internação visa proporcionar reabilitação aos infratores que, como o apelante, não encontraram orientação e mecanismos de contenção suficientes em sua família e que, com a medida, poderão contar com suporte psicológico, pedagógico e profissionalizante.

Não se pode olvidar que o menor será periodicamente avaliado, podendo obter reversão da medida se vierem a demonstrar inequívoca aptidão para o retorno ao meio aberto, respeitados os limites do artigo 121, §§ 3º e 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1500313-53.2018.8.26.0551, da Comarca de Limeira, em que é apelante B.H.S.C. (MENOR), é apelado P. DE J. V. I. E J. DE L.

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 60013)**

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, 3 de abril de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Ementa: APELAÇÃO. INFÂNCIA E JUVENTUDE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. ALEGAÇÃO PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL, EM RAZÃO DO USO INJUSTIFICADO DE ALGEMAS DURANTE A AUDIÊNCIA. REJEIÇÃO. UTILIZAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA NO TERMO DA AUDIÊNCIA. MEDIDA DE INTERNAÇÃO. MANUTENÇÃO. NECESSIDADES, GRAVIDADE EM CONCRETO DA INFRAÇÃO E PÉSSIMAS CONDIÇÕES DO JOVEM CONSIDERADAS. REITERAÇÃO NA PRÁTICA DE INFRAÇÕES GRAVES IDÊNTICAS (ART. 122 , II , ECA). RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

É apelação interposta pelo adolescente B.H.S.C. contra a sentença a fls. 93/99, que julgou procedente representação oferecida pelo Ministério Público, reconhecendo a prática do ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e aplicou-lhe medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado.

Alega o apelante, preliminarmente, serem nulas as audiências de apresentação e continuação, porque permaneceu algemado durante os atos, sem

Acesso ao Sumário

indicação do motivo por que havia receio de fuga do adolescente e perigo à integridade física dele e dos demais presentes. Sustenta que havia um policial militar armado na sala, acostumado a realizar escolta. Aduz também que não ficou comprovado que praticou a infração descrita na representação. Nega a prática do ato infracional, explicando que havia acabado de sair da casa da tia, quando foi abordado pelos policiais. Disse que trazia consigo apenas um pino contendo cocaína, já pela metade, destinado a consumo pessoal, e dinheiro dado por seu pai. Alega que os depoimentos dos policiais sejam analisados com cautela, pois têm potencial interesse em legitimar sua ação na fase pré-processual. Questiona a aplicação da medida socioeducativa de internação, sob o argumento de que não pode estar pautada na gravidade em abstrato da infração. Aduz que consta do relatório polidimensional que tem respaldo familiar adequado. Pretende o recebimento do recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo e o seu provimento, julgando-se improcedente a representação e, subsidiariamente, aplicando-se medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, isolada ou cumulativamente com liberdade assistida (fls. 116/126).

Apresentadas contrarrazões (fls. 130/136), subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 155/160).

É o relatório.

Com o julgamento do recurso, fica prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo.

Não é o caso de acolher a alegação preliminar de nulidade processual devido ao uso de algema pelo adolescente nas audiências de apresentação e continuação. Conforme Súmula Vinculante 11/STF, *"só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado"*.

No caso concreto, o uso de algema pelo recorrente está devidamente justificado por escrito (fls. 83/85) e fundado nos fatos de haver provável produção de provas desfavoráveis a ele, requerimento do Promotor de Justiça de procedência da representação e aplicação de medida socioeducativa severa na própria audiência, sem possibilidade de recorrer em liberdade. Ademais, constou expressamente no termo que o número de policiais realizando a escolta do adolescente era insuficiente para conferir as necessárias tranquilidade e segurança daqueles que participavam da audiência. Vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça *"tem reiteradamente decidido não configurar constrangimento ilegal a utilização de algemas, desde que devidamente fundamentada em elementos concretos que se amoldem às circunstâncias previstas na Súmula Vinculante*

Acesso ao Sumário

11/STF (de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros)" (HC 185.561/RS, 6ª T., v.u., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 26/2/13, DJe 6/3/13).

Consta da representação que, em (...), por volta das (...) horas, na Rua (...), (...), na Comarca de (...), o adolescente B.H.S.C. trazia consigo, aproximadamente, 10 (dez) porções da maconha, com peso aproximado de 12g, 04 (quatro) porções de cocaína, com peso aproximado de 1,3g, e uma pedra de crack, com peso aproximado de 0,05g, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Encerrada a instrução processual, sobreveio sentença de procedência, reconhecendo a autoria e a materialidade do ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e aplicando ao recorrente medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado (fls. 93/99).

Analisadas as provas existentes nos autos, conclui-se que estão suficientemente comprovadas a materialidade do ato infracional e a autoria do apelante. A materialidade está bem demonstrada por meio do boletim de ocorrência (fls. 04/06), do auto de exibição e apreensão das porções de maconha, cocaína e crack (fls. 07/08), dos laudos de constatação provisória (fls. 16/19) e de exame químico-toxicológico das drogas (fls. 64/65 e 90/92), ambos com resultados positivos para cocaína e Tetrahidrocannabinol, e dos depoimentos das testemunhas prestados em Juízo.

A autoria também é inequívoca, certa e atribuída ao recorrente. Perante autoridade policial, o adolescente narrou que estava a caminho da casa de sua tia, quando foi abordado pelos policiais. Disse que trazia consigo apenas a quantia de R$ 95,00 (noventa e cinco reais) e que as drogas apresentadas não lhe pertenciam, mas foram encontradas no chão pelos policiais. Afirmou que não é traficante de drogas, mas mero usuário (fls. 02). Perante o Ministério Público, em oitiva informal, disse já ter sido anteriormente apreendido pela prática de infração análoga ao crime de tráfico de drogas e cumprido medida de internação, tendo saído há cinco meses da Fundação Casa. Narrou que, na data dos fatos, ia para a casa da tia, quando os policiais o abordaram. Disse que não trazia nada consigo e não sabe onde os policiais encontraram as drogas. Afirmou que não conhecia os policiais e não sabe por que o incriminaram. Relatou que, na outra vez, a droga também não era sua, mas do irmão. Esclareceu que parou de estudar em outubro de 2018, porque foi expulso da escola, não trabalha, é usuário de maconha e cocaína e compra as drogas com dinheiro do irmão (fls. 44). Em Juízo, disse que não estuda, não praticou a infração e não conhecia os policiais militares que o abordaram. Negou que trazia uma sacola na bermuda. Narrou que, na data dos fatos, estava saindo da casa de sua tia, quando foi abordado pelos policiais, os quais lhe imputaram a propriedade das drogas que sequer sabia onde estavam. Disse que, se as drogas fossem suas, confessaria.

Acesso ao Sumário

Negou ter confessado no momento da apreensão. Esclareceu que o dinheiro que trazia consigo foi dado por seu pai, sendo R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), que seriam divididos com seus irmãos. Disse que já havia comprado drogas e alimentos, restando apenas R$ 95,00 (noventa e cinco reais). A mãe do recorrente disse que ele não estuda e passa o dia em casa ou na rua.

Em Juízo, o policial militar H.F.V. narrou que, na data dos fatos, por volta das (...) horas, realizava patrulhamento pelo bairro (...), quando, ao adentrar na Rua (...), avistou o apelante que, ao perceber a chegada da viatura, tentou esconder algo em sua bermuda. Disse que, diante do comportamento dele, abordou-o e, em revista pessoal, encontrou no cós de sua bermuda porções de maconha, cocaína e crack, acondicionadas em uma sacola plástica amarela, e a quantia de R$ 95,00 (noventa e cinco reais) em cédulas diversas. Afirmou que, na ocasião, o adolescente confessou que vendia drogas.

O policial militar R.T.M., em Juízo, narrou que, na data dos fatos, realizava patrulhamento, quando, ao virar a esquina na Rua (...), avistou o recorrente, que, ao ver a viatura, tentou esconder algo em sua bermuda. Relatou que seu parceiro efetuou a abordagem e a revista pessoal, encontrando com o recorrente uma sacola com drogas e a quantia de R$ 95,00 (noventa e cinco reais) em dinheiro. Disse que, na ocasião, o adolescente confessou que traficava drogas.

Em que pese o recorrente negue a prática da infração, sua versão não é crível e está absolutamente isolada nos autos. Os depoimentos dos policiais militares, por sua vez, são detalhados, coerentes e harmônicos, no sentido de que avistaram o momento em que o recorrente escondeu no cós da bermuda a sacola plástica contendo porções de maconha, cocaína e crack. Além disso, ambos os policiais afirmaram, sem dúvidas, que, no momento da apreensão, o adolescente confessou que vendia drogas. E não há qualquer razão para não se conferir credibilidade aos depoimentos dos policiais prestados em Juízo, pois não existem sequer indícios de que estejam imputando, falsamente, ao apelante a prática de infração tão grave. Ademais, cuida-se de agentes públicos que gozam de presunção de idoneidade no exercício da função. A propósito da relevância probatória dos relatos prestados por policiais, já assentou o Superior Tribunal de Justiça: *"Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando prestado ou corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal"* (HC nº 261.170/SP, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, j. 1º/4/14, DJe 10/4/14). No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: HC 87.662/PE, 1ª T., Rel. Min. Carlos Britto, j. 5/9/06, DJ 16/2/07.

Saliente-se que para a configuração da infração análoga ao crime de tráfico de drogas basta a prática de um dos atos descritos no caput do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Além disso, no caso, a quantidade e a variedade das drogas (maconha, cocaína e crack) e as circunstâncias da apreensão evidenciam

que as substâncias entorpecentes eram destinadas ao tráfico. Portanto, estão devidamente comprovadas a materialidade e a autoria do ato infracional análogo ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, de modo que é de rigor a manutenção da sentença de procedência.

No que tange à medida socioeducativa de internação aplicada, a sentença também não merece reparos. Conforme os arts. 100, caput e parágrafo único, VIII, e 113 do ECA, quando da aplicação das medidas, devem ser levadas em conta as necessidades pedagógicas do adolescente, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, bem como os princípios da proporcionalidade e atualidade, de modo que a intervenção seja necessária e adequada à situação de perigo em que o adolescente se encontra no momento em que a decisão é tomada. E, nos termos do art. 112, § 1º, do ECA *"a medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração"*.

No caso, não há como ignorar a gravidade do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, equiparado àqueles considerados hediondos (art. 2º da Lei nº 8.072/90) e, portanto, inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Além disso, o tráfico de drogas é atividade organizada, cujo controle é disputado com extrema violência e gravíssimas ameaças, inclusive contra usuários. E quem participa dessa cadeia dela se beneficia, havendo inequívoca relação entre o ato de traficar e a violência que sua prática exige. A gravidade concreta da infração pode e deve ser levada em conta quando da fixação da medida socioeducativa. Portanto, é perfeitamente possível a internação em caso de ato infracional equiparado a crime de tráfico de entorpecentes, mesmo porque tal prática expõe o adolescente à violência física e psicológica do meio delitivo, justamente no período de formação de sua personalidade. Nesse sentido há precedentes desta Câmara: *"APELAÇÃO. Ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06). Sentença de procedência da representação, aplicando ao infrator a medida de liberdade assistida. Irresignação do Ministério Público. Pleito para que seja aplicada a medida socioeducativa de internação. Cabimento. Autoria e materialidade incontroversas. Condições pessoais do adolescente que recomendam seja ele internado. Medida socioeducativa que se mostra necessária e proporcional à gravidade do fato e à situação de vulnerabilidade em que se encontra o apelado. Inteligência do artigo 122 do ECA. Ato infracional grave, análogo a delito equiparado aos crimes hediondos, nos termos da Lei 8.072/90. Súmula 492 do STJ que não veda a imposição da medida na hipótese dos autos. Internação que não se constitui em pena, mas, sim, em providência que visa à ressocialização e proteção do adolescente, além da proteção da sociedade. Sentença reformada. Medida de internação imposta. Recurso provido"* (Ap. 0004458-08.2015.8.26.0302, Jaú, Rel. Des. Walter Barone, j. 14.12.15). *"Apelação. Ato infracional análogo ao crime de*

tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06). Sentença que julgou procedente a representação, aplicando ao adolescente a medida socioeducativa de internação, pelo prazo mínimo de seis meses. Análise da prova oral. Autoria e materialidade comprovadas. Admissibilidade da aplicação da medida extrema. Condições pessoais do menor que recomendam a imposição da medida drástica. Antecedentes infracionais. Artigo 122, inciso II, do ECA. Internação que não vem como pena, senão como programa de reabilitação. Manutenção da medida imposta, que se mostra necessária para a ressocialização do jovem. Recurso não provido" (Ap. 0004472-72.2014.8.26.0222, Guariba, Rel. Des. Carlos Dias Motta, j. 4.5.15).

Além disso, o apelante ostenta péssimas condições pessoais. Segundo o próprio recorrente, abandonou os estudos desde que foi expulso da escola, não trabalha e é usuário de maconha e cocaína. O relatório de diagnóstico polidimensional elaborado por técnicos da Fundação CASA a fls. 74/79 corrobora o relato do recorrente, pois consta que, de fato, o jovem não estuda, não trabalha, faz uso de drogas e não tem respaldo familiar adequado, tanto que sua mãe não se apresenta como figura de autoridade e respeito e seus outros dois irmãos também vendem drogas. Não bastasse isso, conforme certidão a fls. 28 e documentos a fls. 29/33, o apelante já praticou, anteriormente, infração grave idêntica, tendo-lhe sido aplicada a medida socioeducativa de internação (processo nº 0000404-37.2018.8.26.0320) (art. 122, II, do ECA). Além do mais, o adolescente cumpria medida de semiliberdade quando praticou o ato infracional objeto do presente processo, a evidenciar a ineficácia de medidas brandas para sua efetiva ressocialização.

Assim, diante da gravidade em concreto da infração, das péssimas condições pessoais do apelante e da reiteração na prática de infrações graves idênticas (art. 122, II, ECA), a medida de internação é a mais adequada, pois medidas em meio aberto não lhe confeririam a proteção integral necessária, tampouco seriam eficazes para fins ressocializadores e pedagógicos. E a internação não pode ser vista unicamente como privação de liberdade, mas também como a possibilidade de oferecer ao adolescente o acesso a valores sociais positivos.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003418-62.2018.8.26.0309, da Comarca de Jundiaí, em que é apelante L.R.L. (MENOR),

é apelado MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 44332)**

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 abril de 2019.

ARTUR MARQUES, Vice-Presidente e Relator

Ementa: APELAÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EXTINTO. ILEGITIMIDADE ATIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. SENTENÇA ANULADA.

1. A legitimidade ativa para execução dos honorários advocatícios sucumbenciais é concorrente entre o patrono e a parte vencedora da demanda.

2. Fere o princípio da economia processual e da primazia de decisão do mérito, não conhecer a legitimidade concorrente da parte vencedora, fato que apenas acarretaria novo incidente de cumprimento, desta vez movido pelo patrono.

3. Recurso provido.

VOTO

1. Trata-se de apelação interposta por **L.R.L.** contra a r. sentença (fls. 26) que em cumprimento de sentença, julgou o processo extinto sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil de 2015, em face da ilegitimidade ativa da parte exequente.

Inconformada recorre L.R.L. (fls. 28/31). Sustenta que a legitimidade ativa para execução de honorários advocatícios sucumbenciais é concorrente entre a parte vencedora e seu advogado. Cita precedente do Superior Tribunal de Justiça. Argumenta que com a entrada do Novo Código de Processo Civil, referido precedente não foi superado. Aduz que devido ao sincretismo processual, o cumprimento de sentença não se refere a demanda autônoma. Por fim pugna provimento ao recurso.

Acesso ao Sumário

Mantida a decisão de primeiro grau (fls. 39), os autos foram remetidos a este Tribunal, com contrarrazões (fls. 45/48).

A Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar por ser tema afeto a honorários advocatícios (fls. 54).

É o relatório.

2. Trata-se de cumprimento de sentença, no qual se executam honorários advocatícios de sucumbência, extinto pela r. sentença pela ilegitimidade ativa.

A r. sentença deve ser reformada.

A legitimidade ativa para execução dos honorários advocatícios sucumbenciais é concorrente entre o patrono e a parte vencedora da demanda.

É incontroverso que os honorários advocatícios pertencem ao advogado, conforme dispõe o artigo 23 da Lei 8.906/94 (Estatuto do Advogado): *"Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor".*

Todavia, apesar de titular dos honorários advocatícios, a parte vencedora possui legitimidade concorrente para executá-los, em sede de cumprimento de sentença.

Destaca-se que, via de regra, no cumprimento de sentença a parte executa, concomitantemente, os honorários advocatícios com as verbas que lhe são devidas, sem que haja maiores discussões quanto a sua legitimidade para executar a parcela sucumbencial.

Não parece razoável, portanto, negar a legitimidade concorrente quando da execução exclusiva de verba sucumbencial. Ademais, fere o princípio da economia processual e da primazia de decisão do mérito, não conhecer tal legitimidade, fato este que apenas acarretaria novo incidente de cumprimento, desta vez movido pelo patrono.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido, reiteradamente, que a legitimidade para execução da verba sucumbencial é concorrente, podendo ser proposta tanto pela parte quanto pelo advogado:

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO INTERNO DO MUNICÍPIO DA SERRA/ES A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É firme a orientação desta Corte Superior de que a legitimidade para promover a execução dos honorários advocatícios é concorrente, podendo ser proposta tanto pelo advogado como pela parte. 2. Agravo Interno do MUNICÍPIO DA SERRA/ES a que se nega

provimento"[1].

Assim, é hipótese, pois, de dar provimento ao recurso para anular a r. sentença, e determinar o regular prosseguimento do feito.

3. Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003330-74.2018.8.26.0319, da Comarca de Lençóis Paulista, em que é apelante P. DE J. V. I. E J. DE L. P., é apelada R.H.R.C. (MENOR).

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM provimento ao apelo e JULGARAM procedente a representação, a fim de responsabilizar a adolescente R.H.R.C. pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 329, *caput*, do Código Penal, aplicando a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 03 (três) meses. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 30.082)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e XAVIER DE AQUINO (DECANO).

São Paulo, 8 de abril de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: APELAÇÃO – Infância e Juventude – Ato Infracional – Resistência – Recurso do Ministério Público – Procedência – Materialidade e autoria demonstradas – Prova segura no sentido de que a adolescente se opôs à execução de ato legal, mediante violência a funcionários competentes para executá-lo – Depoimentos firmes e coerentes dos policiais militares – Testemunha de defesa – Depoimento frágil e inverossímil – Responsabilização de rigor – Medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade – Suficiência – Recurso provido.

1 AgInt no AREsp 1155225/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 07/03/2018.

VOTO

A r. sentença de fls. 46/48, cujo relatório se adota, julgou improcedente a representação formulada contra a adolescente **R.H.R.C.** pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 329, *caput*, do Código Penal.

Inconformada, apela a representante do Ministério Público postulando a responsabilização e a consequente submissão da adolescente à medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade (fls. 58/65).

Devidamente processado o recurso, vieram as contrarrazões oferecidas pela adolescente (fls. 79/83).

Mantida a r. sentença (fls. 84), subiram os autos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 97/103, opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

Ao que consta da representação, no dia (...), às (...), na Rua (...), (...), cidade e comarca de (...), **R.H.R.C.** opôs-se à execução de ato legal, mediante violência contra os policiais militares D.C.P.S. e G.R., competentes para executá-lo.

Segundo o apurado, os milicianos supramencionados davam apoio a outra viatura, quando passaram pelo endereço acima descrito e avistaram a apelada e a irmã dela, J. Ao avistar a viatura, J. gritou para três indivíduos que estavam do outro lado da rua "a Polícia lá em cima", os quais se evadiram correndo. O local é conhecido como ponto de tráfico de drogas e a adolescente já foi apreendida com entorpecente, por isso os policiais decidiram abordar as irmãs. J. questionou a ação policial, dizendo que os milicianos não eram homens para abordá-las e não tinha medo do "Tático", negando-se à abordagem. Diante da conduta de J., os policiais militares desconfiaram que ela pudesse estar portando algo ilícito e resolveram conduzi-la à Delegacia para ser revistada por uma policial militar feminina. J. resistiu, tendo sido necessário o uso de força moderada contê-la.

A adolescente presenciava a abordagem da irmã e, de repente, investiu contra o miliciano D., tentando resgatar J. Por conta disso, a apelada foi informada que também seria conduzida à Delegacia. A adolescente continuou a resistir à ação dos Policiais, os quais precisaram usar de força moderada para contê-la, segurando-a pelo braço até que a viatura chegasse.

Inconteste que a materialidade do ato infracional análogo ao crime de resistência restou comprovada, tendo em vista o boletim de ocorrência (fls. 04/06) e, sobretudo, os depoimentos colhidos nos autos.

De igual modo, a autoria emergiu induvidosa da prova amealhada.

Ouvida perante o Ministério Público, negou a apelada a prática do ato infracional. Justificou que, na data dos fatos, estava ouvindo música, juntamente com sua irmã J. e uma prima. Em determinado momento, J. pediu para abaixar

Acesso ao Sumário

o volume em razão do horário.

Nesse instante, os policiais militares ouviram J. dizendo "olha a Polícia" e pararam a viatura. Um dos policiais jogou a bebida que J. tomava no rosto dela e deu um tapa em sua face.

Diante disso, começou a gravar aquela conduta, momento em que o outro policial a segurou pelo pescoço, quando, então, acabou derrubando o aparelho de telefonia celular. Afirmou que os policiais militares apagaram o vídeo e a conduziram para a viatura (fls. 07).

Em Juízo, voltou a rechaçar a imputação, reiterando a versão anteriormente apresentada (mídia digital).

Dita negativa, no entanto, permaneceu isolada, pois o conjunto probatório coligido, como se verá, firmou-se em seu desfavor.

Com efeito.

O policial militar D.C.P.S., em depoimento seguro e coerente, narrou que estava a caminho do bairro (...) para dar suporte a outra viatura policial, que respondia a um chamado por desinteligência entre casal. No trajeto, passaram pela praça onde se encontravam a apelada e sua irmã. Tão logo avistarem a viatura, a irmã da adolescente gritou "a Polícia" para três indivíduos, que logo se embrenharam no mato.

Em razão de já conhecer a adolescente, envolvida com o tráfico de drogas, bem como por ser a praça em questão conhecida como ponto de venda de entorpecente, optou por realizar a abordagem. De início, elas se recusaram a se levantar, dizendo que não tinham medo da Força Tática, bem como que os membros da equipe não eram homens para abordá-las.

Aduziu que J., irmã da adolescente, a todo instante, aparentava estar tentando esconder algo entre as pernas, sob as vestes. Destacou que só havia uma policial feminina trabalhando na ocasião, em serviço interno, razão pela qual decidiram levar J. para a Delegacia, a fim de ser revistada. Desse modo, o soldado G.R. segurou J., que resistiu, mas foi levada com uso de força moderada à viatura. Acompanhou seu colega de farda, fazendo a segurança, pois a adolescente seguia os ofendendo e dizia estar filmando a ação com o aparelho de telefonia celular.

Relatou que, ao colocar J. na viatura, a apelada "veio para cima", tentando agredi-lo e livrar a irmã. Diante de sua agressividade, a adolescente também foi colocada na viatura. Informou, ainda, que ambas, na Delegacia, passaram por revista pela policial feminina, mas nada de ilícito foi localizado. Afiançou que as irmãs estavam consumindo vinho, tinha um copo na mesa, mas não ocorreu nenhum incidente com a bebida (fls. 54 e mídia digital).

No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar G.R. (fls. 53 e mídia digital).

Acesso ao Sumário

A testemunha J.H.R.S., inquirida por provocação da defesa, embora dita presencial, apresentou versão inverossímil e desassociada do conjunto probatório.

Aduziu que estava junto de sua irmã e de uma prima, na praça, bebendo vinho, quando a adolescente disse para diminuir o volume da caixinha de som, pois uma viatura da Força Tática estava nas proximidades.

Diante disso, perguntou onde estava a Polícia e, nesse momento, os milicianos a ouviram e já desceram da viatura, aproximando-se. Acrescentou que o policial Gabriel desferiu um tapa em seu rosto e jogou o copo de bebida na sua face, além de quebrar a caixa de som. Em razão da atitude do miliciano, levantou e começou a gritar com ele, pois havia desferido um tapa em seu rosto.

Alertou que iria procurar seus direitos, momento em que o policial se aproximou, segurou-a pelo braço e disse "então vamos" e a puxou para a viatura policial. Nesse instante, sua irmã estava gravando a ação policial com o aparelho de telefonia celular. Em razão disso, o policial D. a pegou pelas costas e o aparelho de telefonia celular caiu ao chão.

Os milicianos, então, jogaram-na na viatura da Força Tática, enquanto o policial G. começou a lhe enforcar e a dar tapas em seu rosto, gritando. Posteriormente, jogaram a apelada em uma viatura *VW/Parati*. Asseverou, ainda, que os policiais pegaram o aparelho de telefonia celular e apagaram tudo, só devolvendo o objeto depois que as liberaram da Delegacia (fls. 55 e mídia digital).

Como se vê, em face dos elucidativos depoimentos prestados pelos policiais militares, colhidos com a garantia do contraditório, e inexistindo nos autos quaisquer outros elementos de prova que possam macular a sua veracidade, a autoria infracional emergiu cristalina dos autos.

Cumpre frisar, por necessário, que a prova calcada em depoimentos de policiais é suficiente para ensejar a procedência da representação, mesmo porque, no caso dos autos, não há sequer indícios de que tivessem eles interesse em acusar gratuitamente e de maneira falsa a apelada.

Inquestionável a validade dos depoimentos prestados por agentes policiais. Consoante a legislação vigente, os policiais, civis ou militares, como toda e qualquer pessoa, podem servir como testemunha (artigo 202 do Código de Processo Penal), mesmo porque, como cidadãos comuns, estão sujeitos ao compromisso de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho.

Nesse passo, aliás, tem decidido o Pretório Excelso:

"HABEAS CORPUS – VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS – 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" (HC 73518/SP – 1ª Turma – Relator MIN. CELSO DE MELLO – Julgamento em 26/03/1996).

No mesmo sentido, confira-se o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso (precedentes)" (AgRg no AREsp 1.142.626/SP –- 5ª Turma – Relator MIN. FELIX FISCHER – Julgamento em 28/11/17, DJe de 13/12/17).

Destarte, não se pode negar valia aos depoimentos dados pelos policiais nestes autos, pois, repita-se, produzidos de forma segura e extreme de dúvidas.

Urge realçar, igualmente, que a vazia e insólita versão dada ao fato pela apelada não encontrou a mínima ressonância nos autos, ainda que por meros indícios, ônus, inclusive, que somente a ela cabia, nos termos do artigo 156, do Código de Processo Penal, e do qual nitidamente não se desincumbiu.

De bom tom frisar que o depoimento prestado pela testemunha inquirida por provocação da defesa se mostrou nitidamente tendencioso, porquanto se percebe a pérfida intenção de livrar a apelada de qualquer responsabilização por seus atos.

Aliás, como bem observado pelo Dra. Promotora de Justiça, *"... Não há mesmo como acreditar que o Policial já veio dando tapas no rosto da irmã da adolescente. Observa-se, inclusive, que a genitora de ambas afirmou que as filhas sequer lhe contaram como foi esta ocorrência, o que evidencia que estão escondendo a verdade, pois se tivessem realmente apanhado gratuitamente dos Policiais, se estivessem com a razão, o normal seria que contassem logo para a genitora, que esbravejassem e que concordassem com a realização de exame médico"* (fls. 62).

Se não bastasse, a adolescente se recusou a se dirigir até a UPA local para realizar exame de corpo de delito (fls. 06), o que denota que sua versão é mentirosa, pois referido exame poderia comprovar o alegado abuso por parte dos milicianos.

Destarte, a procedência da representação e a consequente responsabilização de **R.H.R.C.**, pela prática de ato infracional equiparado ao crime do artigo 329, do Código Penal, constitui medida de rigor.

Acesso ao Sumário

Passo, então, à aplicação da medida socioeducativa.

Inicialmente, cumpre ressaltar que se trata de ato infracional análogo ao crime de resistência, uma vez que a apelada se opôs à execução de ato legal, mediante violência a funcionário competente para executá-lo.

Demais disso, verifico que a adolescente possui passagens por outros atos infracionais (fls. 08/13), sendo responsabilizada pela prática de tráfico de drogas, com imposição da medida socioeducativa de liberdade assistida (fls. 09/10).

Desse modo, a prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 03 (três) meses, nos termos do artigo 117, e § único, do ECA, afigura-se a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar a adolescente.

Ante o exposto, pelo meu voto, **dou provimento** ao apelo e **julgo procedente** a representação, a fim de responsabilizar a adolescente **R.H.R.C.** pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no artigo 329, *caput*, do Código Penal, aplicando a medida socioeducativa de ***prestação de serviços à comunidade***, pelo prazo de 03 (três) meses.

Conflitos de Competência

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0005594-34.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 25ª VARA CÍVEL DA CAPITAL, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA CAPITAL.

Acesso ao Sumário

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam competente o MM. Juízo suscitado (2ª Vara Cível do Foro Central da Capital). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.020)**

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, 7 de março de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito

Público

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA

Ação de prestação de contas c.c. pedido de tutela provisória. Distribuição à 2ª Vara Cível do Foro Central. Remessa ao Foro Regional Santana, correspondente ao domicílio de uma das rés. Emenda à inicial com pedido de reconhecimento de nulidade de venda de quotas sociais, cujo valor supera 500 salários mínimos. Retorno dos autos. Determinação de redistribuição livre entre as Varas Cíveis do Foro Central. Impossibilidade. Perpetuação da Jurisdição, nos termos do art. 43 do CPC. Prevenção estabelecida no momento do registro e distribuição da inicial. Inteligência do art. 59 do mesmo diploma.

Procedente o conflito. Competência do Juízo suscitado.

VOTO

1. Trata-se de **conflito negativo de competência** suscitado pelo MM. Juízo da 25ª Vara Cível do Foro Central da Capital contra o MM. Juízo da 2ª Vara Cível do mesmo foro, nos autos da **ação anulatória de negócio jurídico** ajuizada por Fernanda Cristina Ferreira de Camargo contra Regiane Ferrari Castro e outra.

Alegou o suscitante, em resumo, a perpetuação da competência do Juízo suscitado para atuar no feito de origem, nos termos do art. 43 do CPC (fls. 03/07).

Designou-se o juízo suscitado para a apreciação de eventuais medidas urgentes (fl. 41).

É o relatório.

2. Procedente o conflito.

O conflito negativo de competência está configurado. Ambos os Magistrados declinaram da competência para conhecer, processar e julgar o pedido (art. 66, II, do CPC).

Fernanda Cristina Ferreira de Camargo ajuizou ação de prestação de contas c.c. pedido de tutela provisória de urgência contra Regiane Ferrari Castro e outra, indicando o conteúdo econômico de R$ 1.000,00 (fls. 36/39). A demanda foi distribuída inicialmente à 2ª Vara Cível do Foro Central da Capital, sendo encaminhada ao Foro Regional Santana, correspondente ao domicílio de uma

Acesso ao Sumário

das rés, por não se enquadrar em critério de valor da causa (fls. 31/31v.).

Contemplado pela remessa, o MM. Juiz da 7ª Vara Cível do Foro Regional Santana facultou a parte emendar a inicial (fl. 32), ao que se seguiu a adequação do pedido pelo reconhecimento de nulidade da venda de quotas socais, no valor de R$ 740.000,00 (fls. 32v./35v.), montante superior ao teto de 500 salários mínimos aplicável aos Foros Regionais da Capital, ensejando a determinação de retorno à 2ª Vara Cível do Foro Central da Capital, em 24.08.17 (fl. 08).

Em um primeiro momento, os autos prosseguiram tramitando no Juízo suscitado, inclusive com apensamento de causa conexa (fls. 09/17). Contudo, em 12.12.18, o MM. Juiz apontou ser indevida a redistribuição direcionada, por já ter se declarado incompetente para processar o feito, havendo compensação da saída. Assim, considerou que, após a emenda à inicial e alteração do valor da causa, impunha-se a redistribuição livre, ordenada na ocasião (fls. 18/19).

Na sequência, discordando do posicionamento, o MM. Juiz da 25ª Vara Cível do Foro Central da Capital suscitou o presente conflito (fls. 03/07).

Com efeito, consolidou-se nesta Corte entendimento no sentido de atribuir natureza absoluta à competência firmada pelas regras de divisão de atribuições entre os foros regionais e central da Capital, de modo a autorizar as declinações de ofício quando fundamentadas.

Todavia, uma vez confirmada a competência do Foro Central, com a correção da inicial assentada em previsão do art. 321 do CPC, não assiste razão na recusa do processamento pelo Juízo da 2ª Vara Cível do Foro Central.

Isso porque se operou a perpetuação da jurisdição regida pelo art. 43 do CPC (*"Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta"*). Ressalta-se não ter havido modificação da competência absoluta, apenas os elementos que a definem no caso não estavam adequadamente delineados na peça exordial.

Ainda, consoante prescreve o art. 59 do mesmo diploma, *"o registro e a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo"*.

Logo, não se cuida de hipótese de redistribuição livre. No mais, a questão de compensação da saída do processo pela primeira declinação permite nova compensação na volta do feito.

3. Procedente o conflito, competente o MM. Juízo suscitado (2ª Vara Cível do Foro Central da Capital).

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0006451-80.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante JUÍZO DA 8ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES DO FORO CENTRAL CÍVEL COMARCA DE SÃO PAULO, é suscitado JUÍZO DA 3ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito. V.U., 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.910)**

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, 25 de março de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito negativo de competência – Ação de exibição de documentos movida em face do Estado de São Paulo, com o propósito de obtenção de cópia reprográfica do prontuário médico/hospitalar de pessoa falecida, que convivia em união estável com a parte autora – Autos redistribuídos a uma das Varas da Família e Sucessões Central, sob alegação de que a pretensão do autor é o reconhecimento da sua condição de herdeiro de espólio, matéria que extrapola a competência da Vara da Fazenda Pública – Descabimento – A pretensão formulada em face do Estado não consiste no reconhecimento da alegada união estável, mas tão somente na exibição de prontuário médico do falecido – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitado, ora 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara da Família e Sucessões em face da MMª. Juíza de Direito da

3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública, ambos da Capital, nos autos de ação de exibição de documento, movida por P.S.S. contra o Estado de São Paulo (fls. 1/4).

O MM. Juízo suscitante aduz, em suma, que o pedido do autor foi movido contra o Estado somente para a exibição do prontuário médico do senhor J.M.N., sendo competência da Vara Especial da Fazenda Pública (fl. 46).

O MM. Juízo suscitado, por sua vez, declinou de sua competência sob o argumento de que não há interesse do Estado na demanda, porquanto o que busca a parte autora é o reconhecimento de sua condição de herdeiro de espólio, matéria que extrapola a competência da Vara da Fazenda Pública, devendo incidir, no caso, o artigo 37, I, "a", do Código Judiciário de São Paulo (fl. 37).

Foi designado o MM. Juízo suscitado e, nesta instância, a Douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de oferecer manifestação, nos termos do parágrafo único do artigo 951 combinado com o artigo 178, ambos do Código de Processo Civil.

É o relatório.

O presente conflito é efetivamente procedente, visto que ambos os Magistrados declinaram da competência para o processamento do feito.

Em que pesem as razões alegadas pelo nobre Juízo suscitado, é dele a competência para apreciar a ação de exibição de documento em comento.

Do que consta dos autos, constata-se que a ação de exibição de documento ajuizada por P.S.S. em face do Estado de São Paulo visa tão somente à exibição do prontuário médico/hospitalar junto ao *"Centro de Referência e Treinamento DST/AIDS-SP"*, em nome do falecido J.M.N., com quem matinha união estável desde 2001.

Ainda que a parte autora pretenda posteriormente questionar eventual direito à herança, o que objetiva de fato no presente momento é a mera obtenção de cópia de prontuário médico de pessoa falecida.

Nesse passo, portanto, não se consubstancia a hipótese de se decretar a competência das Varas da Família e Sucessões, nos termos do Decreto-Lei Complementar nº 3/69 – Código Judiciário de São Paulo, como pontuado pelo juízo suscitado, (*verbis*):

"Artigo 37 – Aos Juízes das Varas da Família e Sucessões compete:

I – processar e julgar:

a) as ações relativas a estado, inclusive alimentos e sucessões, seus acessórios e incidentes".

Pelo exposto, julgo **procedente** o conflito e declaro competente para conhecer e julgar a ação de exibição de documento o MM. Juízo de Direito da 3ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Capital, ora suscitado.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência Cível nº 0007769-98.2019.8.26.0000, da Comarca de Dois Córregos, em que é suscitante JUÍZO DA 1ª VARA CÍVEL DE JAÚ, é suscitado JUÍZO DA 1ª VARA DE DOIS CÓRREGOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Declararam a competência do MM. Juízo suscitado para processamento, resguardada a análise dos atos de constrição patrimonial pelo Juízo suscitante (recuperação judicial). V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 41.131)**

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, 5 de abril de 2019.

EVARISTO DOS SANTOS, Relator e Presidente da Seção de Direito Público

Ementa: CONFLITOS NEGATIVOS DE COMPETÊNCIA

Ação de cobrança e respectivo cumprimento de sentença. Remessa dos feitos ao Juízo onde tramita a recuperação judicial. Impossibilidade. Competência do Juízo universal somente para decidir sobre atos passíveis de interferir no plano de reorganização da empresa, em exame da essencialidade ou não dos bens. Precedentes do STJ e do Tribunal de Justiça.

Procedentes os conflitos. Competência do MM. Juízo suscitado para processamento, resguardada a análise dos atos de constrição patrimonial pelo Juízo suscitante (recuperação judicial).

Acesso ao Sumário

VOTO

1. Trata-se de **conflitos negativos de competência** suscitados pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível de Jaú contra o MM. Juízo da 1ª Vara de Dois Córregos, nos autos de **cumprimento de sentença** (Proc. nº 0.001.121-63.2017.8.26.0165) e **ação de cobrança** precedente (Proc. nº 1.000.060-87.2016.8.26.0165) ajuizada

por Fernando Henrique Pagliari Verbena contra Polifrigor S/A Ind. e Com. de Alimentos (em recuperação judicial).

Sustentou a inexistência de ***vis atractiva*** do Juízo da recuperação judicial, típica dos processos falimentares, sendo inaplicável a regra do art. 76 da Lei nº 11.101/05. Ressaltou, ainda, cuidar-se de crédito insuscetível ao procedimento de habilitação por ter se constituído após o pedido de recuperação (art. 49 do diploma mencionado), devendo-se considerar apenas a necessidade de análise de possíveis atos expropriatórios decorrentes da execução (fls. 781/786 do Proc. nº 0.001.121-63.2017.8.26.0165 e fls. 141/146 do Proc. nº 1.000.060-87.2016.8.26.0165).

Designou-se o MM. Juízo suscitado para a apreciação de eventuais medidas urgentes, determinando-se a reunião dos incidentes para julgamento conjunto, por envolverem a demanda principal, transitada em julgado, e autos dependentes (fls. 03/04 do CC nº 0.007.770-83.2019.8.26.0000 e fls. 03/04 do CC nº 0.007.769-98.2019.8.26.0000).

Opinou a Douta Procuradoria pelo conhecimento dos conflitos, declarando-se a competência do MM. Juízo suscitado (fls. 12/15 e fls. 10/13 idem, respectivamente).

É o relatório.

2. Procedentes os conflitos.

O conflito negativo de competência está configurado. Ambos os Magistrados se declararam incompetentes para conhecer, processar e julgar o pedido (art. 66, inciso II, do CPC).

A ação de cobrança proposta por Fernando Henrique Pagliari Verbena contra Polifrigor S/A Ind. e Com. de Alimentos foi processada pela 1ª Vara de Dois Córregos, com condenação transitada em julgado em 28.07.17 (fl. 129 do Proc. nº 1.000.060-87.2016.8.26.0165). No cumprimento de sentença que sucedeu a causa, provocado em impugnação da parte executada, o MM. Juiz extinguiu o processo, sob o argumento de a pretensão importar em atos expropriatórios passíveis de alterar o plano de recuperação judicial da empresa. Logo após, ao acolher parcialmente os embargos de declaração opostos pelo exequente, reconsiderou o entendimento, para aplicar o art. 64, § 3º, do CPC, e determinar a remessa dos autos ao Juízo onde tramita o feito de soerguimento, indicado como competente para processá-lo (fls. 759/760, 762/766 e 775/776 do Proc. nº 0.001.121-63.2017.8.26.0165). No mais, tendo em vista a relação de dependência com a demanda principal antecedente, houve encaminhamento conjunto.

Acesso ao Sumário

Efetivada a redistribuição à 1ª Vara Cível de Jaú, a MM. Juíza suscitou os conflitos ora apreciados.

Com razão.

A controvérsia passa por desfecho peculiar, consoante os fundamentos pontuados a seguir.

O **C. Superior Tribunal de Justiça** assentou posicionamento reconhecendo a competência do Juízo onde tramita a ação de recuperação judicial para decidir sobre a prática de atos constritivos aptos a interferir no processo de restabelecimento das empresas. A exemplo, colaciona-se precedente elucidativo:

> *"AGRAVO NO CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. **COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL PARA TODOS OS ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL**. PRECEDENTES."*
>
> *"**1. Respeitadas as especificidades da falência e da recuperação judicial, é competente o juízo universal para prosseguimento dos atos de execução, tais como alienação de ativos e pagamento de credores, que envolvam créditos apurados em outros órgãos judiciais.** Precedentes."*
>
> *"2. Tratando-se de recuperação judicial, o destino dos bens da empresa seguirá o que estiver fixado no plano aprovado, cujo cumprimento é fiscalizado pelo juízo cível. A continuidade de atos de constrição em juízo diverso poderá implicar alienação judicial de bens indispensáveis ao regular desenvolvimento das atividades da recuperanda, inviabilizando o cumprimento do plano e violando o princípio de preservação da empresa, previsto no art. 47 da Lei 11.101/2005."*
>
> *"3. Agravo interno no conflito de competência não provido."*
>
> *(...)*
>
> *"Extrai-se do Ofício enviado pelo Juízo Universal que 'a recuperanda ingressou com pedido de recuperação judicial, sendo deferido pelo MM. Juiz de Direito, na data de 30.03.2015' (e-STJ fl. 517). Apesar disso, o Juízo da 22ª Vara Cível de Curitiba determinou a expedição de mandado de busca e apreensão de veículo da recuperanda em 26/06/2015, efetivada por oficial de justiça em 22/01/2016 (e-STJ fls. 424 e 483), confirmada em agravo de instrumento julgado."*
>
> *"Nesse contexto, **é pacífica a jurisprudência da Segunda Seção do STJ no sentido de que, uma vez concedida a recuperação judicial ou decretada a quebra da sociedade, é do juízo respectivo a competência para determinar medidas de constrição e de venda de bens integrantes do patrimônio da empresa**. Nesse sentido: CC 137.178/MG, julgado em 28/09/2016, DJe 19/10/2016; CC 129.720/SP, julgado em 14/10/2015, DJe 20/11/2015; CC 135.703/DF, julgado em 27/05/2015, DJe 16/06/2015; CC 125.636/SP, julgado em 09/04/2014, DJe 15/04/2014."*
>
> *"**Nessas hipóteses, não é razoável permitir o prosseguimento de atos de constrição sobre o patrimônio da empresa. Isso porque a expropriação dos bens que compõem o seu ativo fatalmente***

Acesso ao Sumário

***provocará prejuízos que colocarão em risco o próprio cumprimento do plano de recuperação**. A quebra, a ninguém interessa: caso verificada, novamente ocasionará a suspensão das execuções ajuizadas contra a falida, ou seja, fará com que seja reiniciado o ciclo."*

*"**O destino dos bens da recuperanda deve seguir o que estiver fixado no plano aprovado, cujo cumprimento é fiscalizado pelo juízo onde tramita**. A continuidade da busca e apreensão em juízo diverso poderá implicar alienação judicial de bens indispensáveis ao regular desenvolvimento das atividades da sociedade, inviabilizando o cumprimento do plano e violando o princípio de preservação da empresa."*

*"**Dessa forma, impõe-se a conclusão de que o prosseguimento dos atos constritivos em outros órgãos judiciais invade a esfera de competência do Juízo da Recuperação Judicial**."* (grifei – AgInt no CC 145.089/MT – v.u. DJ-e de 10.02.17 – Rel. Min. **NANCY ANDRIGHI**).

Nesse mesmo sentido:

*"**O entendimento pacificado no STJ é de que os atos de constrição incidentes sobre o patrimônio da empresa em recuperação judicial devem ser submetidos ao Juízo do soerguimento, sob pena de frustrar o próprio procedimento recuperacional**, e que, ainda que se trate de execução fiscal, esta não se suspende com o deferimento da recuperação, sendo obstados, porém, os atos de alienação, cuja competência é privativa do Juízo universal, de modo a não prejudicar o cumprimento do plano de reorganização da empresa."* (grifei – AgRg no CC nº 141.807/AM – v.u. DJ-e de 09.12.15 – Rel. Min. **MOURA RIBEIRO**).

"O deferimento da recuperação não suspende a execução fiscal, mas os atos de constrição e de alienação de bens da empresa em reerguimento submetem-se ao juízo universal." (AgInt no CC nº 150.065/GO – v.u. DJ-e de 30.05.17 – Rel. Min. **ANTONIO CARLOS FERREIRA**).

"A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada no sentido de que o deferimento do processamento da recuperação judicial, por si só, não suspende as execuções fiscais, mas os atos de alienação e constrição devem ser submetidos ao juízo da recuperação judicial, em homenagem ao princípio da preservação da empresa." (AgInt no CC nº 123.834/SP v.u. DJ-e de 29.05.17 Rel. Min. **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**).

A observação dessa competência, inclusive, **independe** da natureza do crédito, sobressaindo-se mesmo se classificado como extraconcursal:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – CRÉDITO TRABALHISTA CONSTITUÍDO APÓS O DEFERIMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL – ATO EXPROPRIATÓRIO ORDENADO PELO MAGISTRADO LABORAL GENÉRICO E SEM QUALQUER RESSALVA – ANTE A ESPECIFICIDADE DO CASO, COMPETE AO JUÍZO UNIVERSAL AVALIAR ACERCA DA ESSENCIALIDADE OU NÃO DO BEM AO FUNCIONAMENTO DA EMPRESA – PRECEDENTES DO STJ.

Acesso ao Sumário

*1. Tratando-se de **crédito trabalhista** constituído depois de ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação judicial, está excluído do plano e de seus efeitos (art. 49, caput, da Lei n.º 11.101/2005).*

*2. Ante a determinação de ato expropriatório genérico e sem ressalva determinado pelo magistrado trabalhista para a satisfação do crédito executado, **compete ao juízo universal exercer o controle sobre atos de constrição patrimonial**. Precedentes do STJ.*

3. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo da recuperação judicial." (grifei – CC nº 129.720/SP, v. por maioria, j. em 14.10.15 – Rel. Min. **MARCO BUZZI**).

*"O direito (creditício) aos honorários advocatícios sucumbenciais surge por ocasião da prolação da sentença, como consequência do fato objetivo da derrota no processo, por imposição legal. Assim, **não obstante o aludido crédito, surgido posteriormente ao pedido de recuperação, não possa integrar o plano, é vedada a expropriação de bens essenciais à atividade empresarial, na mesma linha do que entendia a jurisprudência quanto ao crédito fiscal, antes do advento da Lei n. 13.043/2014.***

***Portanto, tal crédito não se sujeita ao plano de recuperação e as execuções prosseguem, porém o juízo universal deve exercer o controle sobre atos de constrição ou de expropriação patrimonial.**"* (grifei – AgInt no CC nº 151.639/SP – v.u., j. de 25.10.17 – Rel. Min. **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**).

Raciocínio análogo já foi adotado em julgados deste **E. Tribunal de Justiça** (AI nº 2.034.045-11.2014.8.26.0000 – v.u., j. de 18.09.14 – Rel. Des. **LUIS FERNANDO NISHI**; AI nº 2.263.109-48.2015.8.26.0000 – v.u., j. de 14.04.16 – Rel. Des. **FRANCISCO OCCHIUTO JÚNIOR**; AI nº 2.123.971-32.2016.8.26.0000 – v.u., j. de 22.08.16 – Rel. Des. **REBELLO PINHO**).

De tal modo, os atos de expropriação e constrição de patrimônio de empresas em recuperação judicial devem passar sob o crivo do Juízo recuperando, competente para aferir a **essencialidade** ou não dos bens.

Todavia, o fato **não** implica em esvaziamento da competência dos Juízos onde se processam as execuções, notadamente, se houver discussão de liquidez do crédito e questionamento acerca do título.

Assim já se manifestou a C. **Câmara Especial**:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA – execução fiscal – determinação de bloqueio de valores pertencentes à empresa em recuperação judicial – feito que deve prosseguir no Juízo da execução – decisões sobre atos constritivos, entretanto, devem, 'in casu', submeter-se ao crivo do Juízo universal – princípio da preservação da empresa – relevância da análise da essencialidade ou não dos bens – Precedentes do STJ e do Tribunal de Justiça – conflito positivo procedente." (CC nº 2.119.077-13.2016.8.26.0000 – v.u., j. de 24.10.16 – Rel. Des. **ADEMIR BENEDITO**).

Acesso ao Sumário

Também nesses moldes se pronunciou a C. **10ª Câmara de Direito Público**:

> *"Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Devedora em recuperação judicial. Permanência da competência do Juízo da execução fiscal para o processamento pertinente a esta. Deferimento do bloqueio de ativos financeiros, contudo, que deve ser submetido ao Juízo da recuperação judicial. Agravo de instrumento não provido."* (AI nº 2.057.590-76.2015.8.26.0000 – v.u., j. de 27.04.15 – Rel. Des. **ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ**).

Logo, a ação principal e o cumprimento de sentença devem permanecer no MM. Juízo contemplado livremente pela distribuição, resguardada a **análise** pelo **Juízo Universal** sobre atos passíveis de interferir nos bens afetos ao plano de recuperação judicial, à luz da Lei nº 11.101/05.

3. Procedentes os conflitos, competente o MM. Juízo suscitado (1ª Vara de Dois Córregos), para processar os feitos de origem, respeitada a competência do MM. Juízo suscitante (1ª Vara Cível de Jaú), para avaliar atos de constrição patrimonial.

Conflitos de Jurisdição

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0044689-08.2018.8.26.0000, da Comarca de Praia Grande, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL DE PRAIA GRANDE, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram procedente o conflito e declararam competente o Juízo suscitado. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 31.875)**

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, 18 de março de 2019.

Acesso ao Sumário

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito de Jurisdição – Artigo 28 da Lei nº 11.343/06 – Crime de menor potencial ofensivo – Autor do fato não localizado no endereço constante dos autos – Denúncia oferecida – Remessa precipitada dos autos à Vara Criminal Comum – Inaplicabilidade do parágrafo único do artigo 66 da Lei n. 9.099/95 – Competência do MMº Juízo suscitado – Precedentes desta Câmara – Conflito julgado procedente.

VOTO

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz da 1ª Vara Criminal de Praia Grande em face do MM. Juizado Especial da mesma Comarca, em autos de ação penal para apuração de delito previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, em que argumenta que antes do declínio da competência deveriam ter sido esgotadas todas a medidas cabíveis para a efetivação da citação (fls. 80 e 90/91).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, nesta instância, opinou em favor da competência do MM. Juízo suscitado (fls. 95/96).

É o relatório.

O conflito de jurisdição está configurado a teor do inciso I do artigo 114 do Código de Processo Penal. A denúncia foi inicialmente oferecida perante o Juizado Especial Criminal, que determinou a redistribuição dos autos, pois não localizou o acusado para intimação de comparecimento em audiência preliminar.

Trata-se, em tese, da prática de delito de menor potencial ofensivo e, portanto, de competência do Juizado Especial Criminal, a priori, conforme, inclusive, a Súmula nº 80 desta Corte: *'Não se viabiliza o deslocamento da competência do Juizado Especial Criminal para o Juízo Comum, enquanto não esgotada a jurisdição do primeiro, oferecida a denúncia e frustrada a tentativa de citação pessoal'*.

E, da análise das peças do presente conflito depreende-se que tem razão a Douta Procuradoria Geral de Justiça ao ressaltar que *'o envio prematuro dos autos ao Juízo comum, sem esgotadas as diligências de praxe, não tem o condão de fixar a competência'* (fls. 96).

Esta Colenda CÂMARA ESPECIAL já decidiu: *"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Apuração de crime tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Denúncia oferecida perante o Juizado Especial Criminal de Praia Grande (suscitado). Remessa do feito à 2ª Vara Criminal da mesma Comarca*

(suscitante). Impossibilidade. Não localização do autor do fato. Única diligência para encontrar o réu. Ausência de esgotamento dos meios para descoberta do acusado. Inteligência da Súmula nº 80 do TJSP. Precedentes. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO" (CJ nº 0014081-27.2018.8.26.0000, Relator SULAIMAN MIGUEL, j. em 6.8.2018, v.u.); *"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Apuração da prática, em tese, de delito de posse de drogas para uso próprio previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Denúncia oferecida perante o Juizado Especial Criminal (suscitado). Não localização do réu após realização de uma única diligência. Remessa do feito à 2ª Vara Criminal de (suscitante), com base no artigo 66, parágrafo único, da lei nº. 9.099/95. Impossibilidade. Necessidade de esgotamento das possibilidades de localização do denunciado, com a expedição de ofícios a entidades de direito público ou privado, solicitando informações constantes de seus bancos de dados. Providências, estas, de menor complexidade. Incidência da Súmula nº 80 deste e. Tribunal de Justiça. Precedentes. Conflito acolhido. Competência do suscitado (Juizado Especial Criminal de Praia Grande)"* (CJ nº 0058136-97.2017.8.26.0000, Relator. Renato Genzani Filho, j. em 16.4.2018, V.U.); *"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Ação de violação de domicílio. Infração de menor potencial ofensivo. Distribuição na Vara do Juizado Especial Criminal. Proposta de transação penal não aceita. Oferecimento da denúncia. Autora não localizada para audiência de instrução e julgamento. Remessa precipitada ao Juízo da Vara Comum para citação editalícia. Perpetuação da jurisdição. Súmula 79 do Egrégio Tribunal de Justiça. Inadmissível. Autora citada no endereço fornecido no termo circunstanciado. Inteligência da Súmula 80 do Egrégio Tribunal de Justiça. Procedente o conflito. Competência do MM. Juízo suscitante"* (CJ nº 054.724-61.2017.8.26.0000 – Relator Evaristo dos Santos (Pres. da Seção de Direito Público), j. em 25.5.2018, v.u.); *"CONFLITO DE JURISDIÇÃO. Apuração do crime definido no artigo 28 da lei n. 11.343/06. Remessa dos autos ao Juízo da Vara Criminal Comum, apesar de não esgotados todos os meios possíveis para a localização do acusado. Não incidência da regra do artigo 66 da lei nº 9.099/95. Aplicação da Súmula 80 deste Tribunal de Justiça. Conflito julgado procedente para declarar a competência da Vara do Juizado Especial Criminal de Mogi das Cruzes, ora suscitado"* (Conflito de Jurisdição nº 0014544-03.2017.8.26.0000, Rel. ISSA AHMED, j. 29.1.2018); *"CONFLITO DE JURISDIÇÃO. Infração de menor potencial ofensivo. Não localização dos acusados para audiência preliminar. Redistribuição ao Juízo Comum. Impossibilidade. Não esgotamento de todos os meios possíveis para localização dos acusados. Inteligência do art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95 e Súmula 80 do TJSP. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO"* (Conflito de Jurisdição nº 0037980-59.2015.8.26.0000, Relator Alves Braga Júnior, j. 22.8.2016, V.U.).

Acesso ao Sumário

Do exposto, julga-se **procedente** o conflito declara-se competente o MMº Juízo suscitado, ou seja, MM. Juizado Especial Criminal da Praia Grande.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição nº 0035864-75.2018.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é suscitante MM. JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA CRIMINAL DE CAMPINAS, é suscitado MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE CAMPINAS.

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 31.903)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO) e CAMPOS MELLO (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO).

São Paulo, 8 de abril de 2019.

XAVIER DE AQUINO, Decano e Relator

Ementa: Conflito de Jurisdição – Crime de Resistência – Crime de menor potencial ofensivo – Aplicabilidade do artigo 60 da Lei n. 9.099/95 – Competência do MMº Juízo suscitado – Precedentes desta Câmara – Conflito julgado procedente.

VOTO

Trata-se de conflito de jurisdição suscitado pelo MM. Juiz da 6ª Vara Criminal de Campinas em face do MM. Juizado Especial da mesma Comarca, em procedimento instaurado para apuração de crime de resistência, delito previsto no artigo 329, *caput* do Código Penal, em que argumenta que *"houve o transcurso do prazo decadencial para o oferecimento de representação em relação ao crime de lesão corporal, remanescendo, portanto, o crime de resistência, caracterizado como infração de menor potencial ofensivo"* (fls. 3 e 43).

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, nesta instância, opinou em favor da competência do MM. Juízo suscitado (fls. 72/75).

É o relatório.

O conflito de jurisdição está configurado a teor do inciso I do artigo 114 do Código de Processo Penal.

Trata-se, em tese, da prática de delito de menor potencial ofensivo e, portanto, de competência do Juizado Especial Criminal, *a priori*, conforme, inclusive, a Súmula nº 80 desta Corte: *'Não se viabiliza o deslocamento da competência do Juizado Especial Criminal para o Juízo Comum, enquanto não esgotada a jurisdição do primeiro, oferecida a denúncia e frustrada a tentativa de citação pessoal'*.

E, da análise das peças do presente conflito depreende-se que tem razão a Douta Procuradoria Geral de Justiça ao ressaltar que *"No caso dos autos, restando a ser apurado tão somente o crime de resistência, cuja pena é de detenção de 2 meses a 2 anos, não se justifica a subtração do Juízo especialmente destinado à apreciação das causas de menor potencial ofensivo, nos termos do que, originalmente, previu o artigo 98, I, da CF"*. (fls. 73).

Esta Colenda CÂMARA ESPECIAL já decidiu: *"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Apuração de crime tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Denúncia oferecida perante o Juizado Especial Criminal de Praia Grande (suscitado). Remessa do feito à 2ª Vara Criminal da mesma Comarca (suscitante). Impossibilidade. Não localização do autor do fato. Única diligência para encontrar o réu. Ausência de esgotamento dos meios para descoberta do acusado. Inteligência da Súmula nº 80 do TJSP. Precedentes. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO"* (CJ nº 0014081-27.2018.8.26.0000, Relator SULAIMAN MIGUEL, j. em 6.8.2018, v.u.); *"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Apuração da prática, em tese, de delito de posse de drogas para uso próprio previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Denúncia oferecida perante o Juizado Especial Criminal (suscitado). Não localização do réu após realização de uma única diligência. Remessa do feito à 2ª Vara Criminal de (suscitante), com base no artigo 66, parágrafo único, da lei nº. 9.099/95. Impossibilidade. Necessidade de esgotamento das possibilidades de localização do denunciado, com a expedição de ofícios a entidades de direito público ou privado, solicitando informações constantes de seus bancos de dados. Providências, estas, de menor complexidade. Incidência da Súmula nº 80 deste e. Tribunal de Justiça. Precedentes. Conflito acolhido. Competência do suscitado (Juizado Especial Criminal de Praia Grande)"* (CJ nº 0058136-97.2017.8.26.0000, Relator: Renato Genzani Filho, j. em 16.4.2018, V.U.); *"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Ação de violação de domicílio. Infração de menor potencial ofensivo. Distribuição na Vara do Juizado Especial Criminal. Proposta de transação penal não aceita. Oferecimento da denúncia. Autora não localizada para audiência de instrução e julgamento. Remessa precipitada ao Juízo da Vara Comum para citação editalícia. Perpetuação da jurisdição. Súmula 79 do Egrégio Tribunal de Justiça. Inadmissível. Autora citada no endereço fornecido no termo circunstanciado. Inteligência da Súmula 80 do Egrégio Tribunal de Justiça. Procedente o conflito. Competência do MM. Juízo suscitante"* (CJ nº 054.724-61.2017.8.26.0000 – Relator Evaristo dos

Santos (Pres. da Seção de Direito Público), j. em 25.5.2018, v.u.); *"CONFLITO DE JURISDIÇÃO. Apuração do crime definido no artigo 28 da lei n. 11.343/06. Remessa dos autos ao Juízo da Vara Criminal Comum, apesar de não esgotados todos os meios possíveis para a localização do acusado. Não incidência da regra do artigo 66 da lei nº 9.099/95. Aplicação da Súmula 80 deste Tribunal de Justiça. Conflito julgado procedente para declarar a competência da Vara do Juizado Especial Criminal de Mogi das Cruzes, ora suscitado"* (Conflito de Jurisdição nº 0014544-03.2017.8.26.0000, Rel. ISSA AHMED, j. 29.1.2018); *"CONFLITO DE JURISDIÇÃO. Infração de menor potencial ofensivo. Não localização dos acusados para audiência preliminar. Redistribuição ao Juízo Comum. Impossibilidade. Não esgotamento de todos os meios possíveis para localização dos acusados. Inteligência do art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/95 e Súmula 80 do TJSP. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO"* (Conflito de Jurisdição nº 0037980-59.2015.8.26.0000, Relator Alves Braga Júnior, j. 22.8.2016, V.U.).

Do exposto, julga-se **procedente** o conflito declara-se competente o MMº Juízo suscitado, ou seja, MM. Juizado Especial da Campinas.

Habeas Corpus

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Cível nº 2041579-30.2019.8.26.0000, da Comarca de Taboão da Serra, em que é impetrante DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e paciente D.N.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 60851)**

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (VICE-PRESIDENTE) (Presidente) e FERNANDO TORRES GARCIA (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL).

São Paulo, 29 de março de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: HABEAS CORPUS. INFÂNCIA E JUVENTUDE. PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO POR SENTENÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA PARA REAPRECIAÇÃO DE MÉRITO DE SENTENÇA. UNIDADE DE INTERNAÇÃO LONGE DA RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE UNIDADE PRÓXIMA. DIREITO RELATIVO. VERBA DE AUXÍLIO DESLOCAMENTO AOS FAMILIARES. PORTARIA NORMATIVA Nº 285/2016 DA FUNDAÇÃO CASA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. ORDEM DENEGADA.

VOTO

Cuida-se de habeas corpus impetrado em favor do(a) adolescente D.N.S., sob a alegação de que o(a) paciente está a sofrer constrangimento ilegal por ato da MMª. Juíza de Direito da Vara Criminal de Taboão da Serra.

Sustenta a impetrante que a representação formulada contra o(a) paciente, pela prática de ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, foi julgada procedente, sendo-lhe imposta medida socioeducativa de internação. Alega que o ato não foi revestido de ameaça ou violência à pessoa, tampouco houve reiteração na prática de atos infracionais, de modo que descabida a aplicação de tal medida, nos termos do art. 122, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo rol é taxativo. Afirma, ainda, que o(a) paciente está cumprindo a medida em cidade diversa da residência de sua família, o que viola o art. 49, inciso II, da Lei do SINASE. Pugna pela concessão de liminar com a expedição de mandado de desinternação, e, ao final, a concessão da ordem para a substituição da medida de internação pela de liberdade assistida a ser cumprida em sua região de moradia.

Indeferido o pedido de medida liminar (fls. 34/35), a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do writ ou, caso conhecido, pela denegação da ordem (fls. 42/46).

É o relatório.

É caso de denegação da ordem.

O habeas corpus é ação constitucional que visa a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção e, em razão de sua natureza jurídica, sua utilização pressupõe evidente ilegalidade, bem como a concreta configuração de ofensa,

Acesso ao Sumário

atual ou iminente, ao direito de locomoção.

É por causa disso que a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem restringindo as hipóteses de cabimento do habeas corpus às situações excepcionais em que flagrante o constrangimento ilegal, não mais admitindo sua utilização em substituição a recurso, sobretudo quando a apreciação do caso exige o reexame das matérias fáticas e jurídicas. Assim, o habeas corpus não se afigura, na hipótese, como medida cabível para questionamento da sentença que determinou a aplicação de medida socioeducativa de internação, sujeita a recursos previstos na legislação. Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, verbis: *"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. WRIT MANEJADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. EXAME DO MÉRITO. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉ ENVOLVIDA EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) III Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame de fatos e provas, providência incabível em habeas corpus, por se tratar de instrumento destinado à proteção de direito demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. Precedentes. Recurso ordinário ao qual se nega provimento."* (STF, recurso ordinário em habeas corpus nº 118381/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T., j. 12.11.2013, DJE 25.11.2013). *"HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus."* (HC 116759, rel. Ministro Marco Aurélio, 1ª T. j. 10/6/2014).

É o entendimento também do Superior Tribunal de Justiça: *"I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis – ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo – crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus. II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da*

Acesso ao Sumário

'inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.' (HC 222.217/SC, Rel. Min. Gilson Dipp, 5º T., j. 12/6/12); *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA E RECEPTAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU QUE TENTOU INFLUENCIAR NAS INVESTIGAÇÕES. FUNDAMENTO SUFICIENTE, POR SI SÓ, PARA DETERMINAR A CUSTÓDIA PROVISÓRIA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 1. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo do recurso adequado. Precedentes. 2. A indicação de elementos concretos, no tocante à conveniência da instrução criminal, em face da tentativa do acusado de interferir nas investigações policiais, constitui, na hipótese vertente, motivação satisfatória à manutenção da custódia cautelar, não havendo falar, assim, em coação ilegal. 3. Ordem não conhecida"* (HC 280.881/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., j. 10/6/2014).

Além do mais, em que pese ser recomendável a presença de familiares durante o processo de ressocialização do adolescente, a interpretação literal do art. 49, II, da Lei nº 12.594/12, que possibilitaria a liberação, pela simples inexistência de vaga em sua comarca de origem, ensejaria ofensa ao princípio da proteção integral do(a) adolescente (art. 227, caput, da Constituição Federal). Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, não é absoluto o direito de o adolescente ter a família por perto no caso de internação, o que pode ser excepcionado, desde que justificadamente, como quando não houver vaga em unidade localizada próxima à residência da família (HC 287.618/MG, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, j. 13/5/2014).

Nos termos da Portaria Normativa nº 285/2016 da Fundação Casa, concede-se verba, a título de auxílio financeiro, para despesas decorrentes do deslocamento dos familiares, a fim de evitar a quebra do vínculo afetivo de adolescentes que cumprem medida fora da comarca de origem: *"Artigo 1º – Fica autorizada a concessão de verba, a título de auxílio financeiro, para despesas decorrentes de deslocamento (transporte) de familiares de adolescentes, dos programas de Internação Provisória, Semiliberdade e Internação da Fundação CASA-SP, para visitas e participação em eventos/ entrevista/ elaboração do PIA e outros acontecimentos voltados ao desenvolvimento da medida socioeducativa nos Centros de Atendimento"*.

Acesso ao Sumário

A respeito da questão já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: *"HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. VIA INADEQUADA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICADA. ART. 122, II, DO ECA. PACIENTE INTERNADA EM COMARCA DIVERSA*

DAQUELA DE SUA MORADIA. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, inviável o seu conhecimento. 2. É relativo o direito da adolescente de ser internada em instituição situada na mesma localidade do domicílio de seus pais ou responsável, eis que o teor do inciso VI do artigo 124 do aludido Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a possibilidade da internação ocorrer em local próximo ao referido domicílio. In casu, não há unidade apropriada para medida de internação na Comarca de moradia dos pais da paciente, sendo, portanto, possível o cumprimento da providência na localidade mais próxima. Esclareça-se que, embora o ato infracional não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça, não se pode desmerecer o fato da medida de internação ter sido imposta em razão do art. 122, II, do aludido Estatuto. 3. Habeas corpus não conhecido" (HC 337.830/SP, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17/11/15, DJe 30/11/15).

Portanto, não está configurado qualquer constrangimento a(o) paciente decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Pelo exposto, denego a ordem.

Remessas Necessárias

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária nº 1027704-90.2018.8.26.0114, da Comarca de (...), em que é recorrente JUÍZO *EX OFFICIO*, são recorridos (...), (...) e (...).

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao reexame necessário. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 57434)**

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, 7 de março de 2019.

CAMPOS MELLO, Relator e Presidente da Seção de Direito Privado

Acesso ao Sumário

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO. 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 AUTOAPLICÁVEL, PREVISTO NO ART. 208, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DA MUNICIPALIDADE. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de reexame necessário de sentença proferida nos autos de mandado de segurança impetrado por (...) contra o Secretário Municipal da Educação do Município de (...). A sentença a fls. 47/49 concedeu a segurança, confirmando a medida liminar deferida, para determinar que a autoridade impetrada providencie a matrícula do impetrante, em período integral, em creche próxima à sua residência ou o transporte escolar gratuito até outra instituição de ensino na rede pública.

Sem interposição de recurso voluntário (fls. 58), subiram os autos e a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento (fls. 62/65).

É o relatório.

O Supremo Tribunal Federal já fixou o entendimento de que, em caso de inércia do Poder Público que represente violação de direito garantido na Constituição por norma de caráter programático, poderá o Poder Judiciário formular e implantar políticas públicas: *"ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS*

Acesso ao Sumário

LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). / (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: 'DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. – O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere *(atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. – Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse* non facere *ou* non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.' (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura*

Acesso ao Sumário

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 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*

Acesso ao Sumário

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 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. Além disso, 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). 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.

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).

As Súmulas nº 63 e nº 65 deste Tribunal de Justiça preveem, respectivamente, que *"é indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território"* e *"não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes"*. É dever do Município gerir seus recursos com eficiência, para garantir vagas em creche e pré-escola a todas as crianças que delas necessitem.

Acesso ao Sumário

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 autora (Reexame Necessário 1010272-35.2015.8.26.0576, Rel. Issa Ahmed, j. 14.12.15). Competindo à Administração Pública a escolha da instituição de ensino, será responsabilizada pelo transporte gratuito da criança ou adolescente, caso a unidade escolhida fique a mais de dois quilômetros de sua residência.

Também tem a criança o direito à frequência em período integral, pois imprescindível nos casos em que os genitores não têm condições de deixar seus filhos com outros parentes próximos, justamente para tornar possível o exercício de atividade laborativa que sustentará a família. Nesse sentido já decidiu esta Câmara Especial: *"Apelação Cível e Recurso Oficial. Ação de obrigação de fazer. Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a menor de idade em escola próxima a sua residência, no período integral, observado o período de recesso. Pedido procedente. Preliminar de ausência de interesse de agir afastada. O interessado não está obrigado a esgotar as vias administrativas para obtenção do seu direito. Garantia fundamental à educação consagrada em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ausência de violação aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Celebração de Termo de ajustamento de conduta que não afasta o direito subjetivo das crianças às vagas postuladas. Interesse processual presente. Serviço essencial. Deve ser prestado ininterruptamente, até nos recessos de férias. Possibilidade, entretanto, do Poder Público promover eventual redirecionamento das crianças que utilizarão de creche neste período, com a garantia de atendimento de toda a demanda, providenciando o necessário transporte em caso de transferência para local distante a mais de dois quilômetros da residência da criança. Multa diária fixada com a finalidade de garantir o cumprimento da decisão judicial. Valor arbitrado em obediência aos critérios da jurisprudência dominante. Apelo parcialmente provido. Recurso oficial parcialmente provido, a fim de determinar que a multa seja destinada ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município."* (Ap. 3001982-21.2013.8.26.0526, Salto, rel. Des. Pinheiro Franco, j. 18.5.2015).

Pelo exposto, nego provimento ao reexame necessário.

Acesso ao Sumário

CÂMARA ESPECIAL DE PRESIDENTES

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 1006072-79.2015.8.26.0577/50002, da Comarca de São José dos Campos, sendo agravante Fazenda do Estado de São Paulo e agravado Ericsson Carlos Chaparim.

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 54.861)**

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 março 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 por Fazenda Pública do Estado de São Paulo (fls. 140-148), 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. 870.947/SE.

Alega a agravante, em síntese, que a decisão não transitou 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, 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 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;* **(GRIFADO)**

2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina."

Há identidade entre a matéria aqui tratada – referente a Juros moratórios - Correção Monetária - Lei 11.960/2009 – e aquela examinada pela Suprema Corte na sistemática dos recursos repetitivos nos autos do RE n. 870.947/SE, correspondente ao Tema 810, oportunidade em que fixada a seguinte tese:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO

Acesso ao Sumário

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 1.030, inciso I, alínea "b", do Código de Processo Civil, nada havendo que se modificar, portanto, nesta sede.

Não prospera, igualmente, a argumentação da não ocorrência do trânsito em julgado do Acórdão paradigma RE 870.947/SE pela interposição de embargos declaratórios.

Isso porque, na ocasião do julgamento do Tema 810 não havia qualquer decisão oriunda do Col. Supremo Tribunal Federal que autorizasse, no âmbito desta Presidência, a restrição na aplicação da sistemática dos recursos extraordinários repetitivos, tendo em conta o julgamento já ultimado do referido Tema.

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 2177319-33.2014.8.26.0000/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados ANA MARIA DOS SANTOS MONTEIRO, ELIZABETH SOUZA SANTOS MONTEIRO, JOSÉ PAULO DOS SANTOS MONTEIRO, CRISTINA DOS SANTOS MONTEIRO e MARTA MONTEIRO DOS SANTOS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao agravo interno. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 59223)**

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 março 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). 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 A

Acesso ao Sumário

TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA DO DÉBITO. INCIDÊNCIA (TEMA 887). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.247.150/PR, 1.391.198/RS, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP e 1.392.245/DF, julgados sob o regime dos recursos repetitivos. Alega: (a) necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; (b) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios no cálculo do débito; e (c) necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC. Indica, ainda, que a matéria também é objeto de análise no Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.438.263/SP, que determinou o sobrestamento dos recursos que tratem do mesmo tema.

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 os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

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

Acesso ao Sumário

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) ..."* (tema 887). Confira-se a fls. 166/172.

Neste contexto, o acórdão recorrido (fls. 97/100) está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação; (b) fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública; e (c) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença, e aplicação da Tabela Prática do TJSP para atualização monetária do débito exequendo.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, não se aplica a suspensão dos processos determinada no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento de 27.9.2017, desafetou do regime dos recursos repetitivos os Recursos Especiais nºs 1.361.799/SP e 1.438.263/SP (temas 947 e 948).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno nº 0006108-46.2016.8.26.0564/50000, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é

agravante FABRICIO GOMES DE SOUZA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da Câmara Especial de Presidentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.U.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 38.974)**

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, 22 de março de 2019.

DAMIÃO COGAN (no impedimento ocasional do Presidente da Seção de Direito Criminal), Relator

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 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. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão da Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 410) que, com fundamento no Tema 339, do Colendo Supremo Tribunal Federal, negou seguimento ao recurso extraordinário com base no artigo 1.030, I, "a", 2ª figura, do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 426/439).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 457/458).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do

Acesso ao Sumário

Regimento Interno deste Tribunal.

Negou-se seguimento ao recurso extraordinário, com fundamento no artigo 1.030, I, "a", 2ª figura, 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 tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a tal irresignação, como se procedeu na r. decisão de fls. 410, 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. 375/378 que:

[...]

Trata-se de decisão que violou a Constituição Federal, na medida em que o acordão que manteve a condenação do Recorrente não demonstrou a fundamentação fático-jurídica necessária, ferindo por morte o art. 93, IX, da Constituição Federal, portanto cabível, no caso, recurso extraordinário, consoante transcrição abaixo:

***IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;*

[...]

RAZÕES DE REFORMA DO ACÓRDÃO

O princípio da motivação das decisões judiciais está previsto em nossa Lei Maior como uma garantia constitucional, além de ter previsão em artigos do Código de Processo Civil Brasileiro. A motivação das decisões está relacionada de modo direto com outras garantias constitucionais, como o princípio do contraditório e da ampla defesa; do devido processo legal e da publicidade, dentre outros.

[...]

Acesso ao Sumário

Conforme leciona Misael Montenegro Filho toda a decisão judicial deve ser fundamentada dando às partes envolvidas a oportunidade de entender os motivos daquela decisão e poder, se for o caso impugnar através de recurso para cada caso. Se isso não for respeitado, a parte poderá oferecer embargos declaratórios para que o juiz se manifeste sobre sua omissão. Deve, pois, ser fundamentada a decisão judicial, que é gênero, do qual são espécies a sentença, o acórdão e as decisões interlocutórias, estas mesmo que de maneira concisa (MONTENEGRO FILHO, Misael. ***Curso de Direito Processual Civil****. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006. v.1. p.64-7.).*

[...]

A motivação das decisões significa que o juiz deverá mostrar às partes e aos demais interessados como se convenceu, para chegar àquela conclusão. Deve de maneira clara e objetiva demonstrar o porquê agiu de tal maneira decidindo em favor de uma das partes e contrário à outra, não bastando mencionar, por exemplo, que o autor tem razão e a ação é procedente porque de acordo com as provas dos autos fica evidente que o réu cometeu ato ilícito.

[...]

No caso in loco, inexistiu qualquer fundamentação fático-jurídica no acordão guerreado, posto que o fato do recorrente ter sido encontrado próximo a uma pequena quantidade de drogas, sem nenhum outro apetrecho usualmente usado na traficância, por si só, não caracteriza a prática de tráfico, mas sim de consumo pessoal.

Já o v. acórdão de fls. 331/346 registrou que:

[...]

Inconteste a materialidade do ilícito penal, tendo em vista o auto de prisão em flagrante (fls. 05/10), o auto de exibição e apreensão (fls. 16/17), o laudo de constatação (fls. 20/22) e, sobretudo, o laudo de exame químico-toxicológico (fls. 86/88).

De igual modo, a autoria emergiu induvidosa da prova amealhada.

Interrogado por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante (fls. 10), preferiu o apelante o silêncio, denotando, dessa forma, que nada teria sequer a indicar em sua defesa, uma vez que "... embora a opção pelo silêncio derive de previsão constitucional, ela não inviabiliza o convencimento judicial no sentido desfavorável aos réus, pois a reação normal de um inocente é proclamar, com insistência e ênfase, a sua inocência, não reservar-se para prestar esclarecimento apenas em juízo" (Extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 11ª Câmara, Ap. nº 1.047.891, Relator Renato Nalini).

Em Juízo, porém, descartou qualquer envolvimento com o tráfico de drogas, admitindo, porém, ser usuário e que tinha ido ao local dos fatos

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

com a precípua intenção de comprar substâncias entorpecentes.

Alegou que o verdadeiro traficante empreendeu fuga do local e abandonou as drogas no chão, ou seja, as mesmas que foram apreendidas pelos policiais.

Admitiu, por fim, que estava em poder da quantia em dinheiro e de 05 (cinco) porções de maconha que havia acabado de comprar (fls. 157/161).

Dita negativa judicial, no entanto, permaneceu isolada, pois a prova coligida, como se verá, firmou-se efetivamente em seu desfavor.

Com efeito.

Os policiais civis Miguel Erguelles Ramos e Sérgio de Oliveira, responsáveis pela diligência e prisão, já quando ouvidos por ocasião da lavratura do auto de prisão em flagrante, relataram, em resumo, que realizavam policiamento em local conhecido como ponto de tráfico, oportunidade em que realizaram breve campana e visualizaram o acusado em atitude típica de tráfico, uma vez que ele pegava algo sob uma passarela, entregava ao suposto usuário e deste recebia dinheiro, o que motivou a abordagem.

Submetido a revista pessoal, nada de ilícito foi encontrado em poder do acusado. Mas, indagado a respeito, ele indicou o local onde escondia as drogas.

Prosseguindo nas diligências, rumaram até lá, onde apreenderam 13 (treze) pinos de cocaína e 05 (cinco) papelotes de maconha, além da quantia de R$ 45,00 (quarenta e cinco reais) em dinheiro e um aparelho de telefonia celular.

Esclareceram os agentes civis, ainda, que realizaram a abordagem da testemunha Adair Pedro da Cunha, o qual confirmou ser usuário e que estava no local para adquirir drogas.

E ditas versões foram plenamente corroboradas pelo policial Miguel Erguelles em Juízo (fls. 162/165).

A testemunha Adair Pedro da Cunha, ouvida somente na fase inquisitorial (fls. 09), aduziu ser usuário e que já havia realizado a compra de entorpecentes do acusado em outras oportunidades.

Em face dos elucidativos depoimentos prestados pelos policiais civis um deles com a garantia do contraditório e inexistindo nos autos quaisquer outros elementos de prova que possam macular a sua veracidade, a autoria delitiva emergiu cristalina dos autos.

Cumpre frisar, por necessário, que a prova calcada em depoimentos de policiais é bastante à condenação, mesmo porque, no caso dos autos, não há sequer indícios de que tivessem eles interesse em acusar gratuitamente e de maneira falsa o ora apelante.

Inquestionável a validade dos depoimentos prestados por agentes policiais. Consoante a legislação vigente, os policiais, civis ou militares, como toda e qualquer pessoa, podem servir como testemunha (artigo

Acesso ao Sumário

202 do Código de Processo Penal), mesmo porque, como cidadãos comuns, estão sujeitos ao compromisso de dizer a verdade, sob pena de falso testemunho.

Nossos tribunais, inclusive, têm decidido reiteradamente pela ampla validade dos aludidos depoimentos, ou seja:

"É de se asseverar que o simples fato das testemunhas de acusação serem policiais não é obstante para que sejam desconsiderados seus depoimentos ou que estes sejam recebidos com reservas. Não estando impedidos e seus depoimentos serão considerados como qualquer testemunha, já que nenhuma razão tinham para falsearem a verdade, a não ser cumprirem com seus deveres funcionais. É óbvio que pelas múltiplas atividades desenvolvidas pelos policiais, seria demasiado rigor exigir-se a pompa de testemunhas presenciais, quando se sabe que o usual é a recusa de estranhos para testificarem o caso. Por outro lado, é de sabença generalizada que, em locais onde se cometem os delitos impera a lei do silêncio, principalmente em se tratando de tóxicos" (TJSP, 3ª Câm. Crim., Rel. Des. SEGURADO BRAZ, RT 732/622 – grifei).

Destarte, não se pode negar valia aos depoimentos dados pelos policiais civis nestes autos, pois, repita-se, produzidos de forma segura e extreme de dúvidas.

Ademais, não há sequer sugestão, repita-se, de que tivessem a mínima pretensão de incriminar o apelante injustamente, mormente diante do notório risco de eventual responsabilidade pelo crime de abuso de autoridade ou de denunciação caluniosa.

Urge sublinhar, do mesmo modo, que a vazia e insólita versão judicial dada ao fato pelo apelante não encontrou a mínima ressonância nos autos, ainda que por meros indícios, ônus, inclusive, que somente a ele cabia, nos termos do artigo 156, do Código de Processo Penal, e do qual nitidamente não se desincumbiu.

De mais a mais, é importante ressaltar que prova alguma foi produzida pela combativa Defensoria Pública para tentar desmerecer as versões fornecidas pelos policiais civis ou, o que é pior, confirmar aquela dada pelo próprio apelante.

O que realmente interessa e é determinante é o fato de que os policiais realizaram diligências em local conhecido como ponto de tráfico, visualizaram o acusado em atitude típica de venda de entorpecentes e o surpreenderam na posse indireta das porções de maconha e cocaína, além de certa quantia em dinheiro.

Diante desses fatos, não há que se falar em absolvição, como primordialmente almejado pela combativa Defensoria Pública, uma vez que restaram cabalmente demonstradas a materialidade e a autoria do crime de tráfico ilegal de entorpecente, porquanto fartamente evidenciado que a droga apreendida ao apelante pertencia e que ao comércio ilegal estava destinada.

Acesso ao Sumário

Cabe ressaltar que para a caracterização do crime de tráfico de entorpecentes nem era necessária a prova flagrante do comércio ilícito, sendo suficientes os elementos indiciais apurados no caso concreto, bem como as circunstâncias da prisão para evidenciar tal atividade ilícita.

[...]

No caso específico dos autos, os elementos indiciários apurados, tais como a diligência realizada pelos policiais civis em local conhecido como ponto de tráfico, inclusive com breve campana e visualização do comércio espúrio, a quantidade, a variedade (maconha e cocaína) e a maneira de acondicionamento da droga (porções individualizadas e prontas para a distribuição), além da apreensão de quantia em dinheiro, cuja origem não ficou demonstrada, estão a indicar, de maneira insofismável, que se destinava todo o entorpecente à narcotraficância.

Portanto, a condenação, tal como lançada, era mesmo imperativa, porquanto inviável a pretendida absolvição.

Tal r. decisão está em conformidade com o julgado pelo Pretório Excelso no Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG/PE, no sentido de que o v. acórdão ou a r. decisão deverão ser fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da r. decisão.

Dessa forma, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2084964-67.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados VANIA GIROTTO DA SILVA, JOÃO BEATRIZ VIEIRA, KIKUE UEDA, NEY PERRI NETO e MARIA PICIN FRANZINI.

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 59813)**

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

Acesso ao Sumário

SANTOS (PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO).

São Paulo, 2 de abril 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). 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. INCIDÊNCIA (TEMA 887). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE QUESTIONAMENTO NO RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE DE APRECIAÇÃO NESTE ÂMBITO RECURSAL. 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 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

Acesso ao Sumário

vínculo associativo com o IDEC; (d) necessidade de aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 885.658/SP e 573.232/SC e no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, que tratam do tema da legitimidade ativa; (e) necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; (f) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios no cálculo do débito; e (g) impossibilidade de fixação dos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

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 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).

Acesso ao Sumário

E, ao julgar o Recurso Especial nº 1.247.150/PR, a mesma Corte 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).

Anote-se que, 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 juros remuneratórios, 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. 435/440.

Neste contexto, os acórdãos recorridos a fls. 338/342 e 426/430, esse segundo proferido em juízo de retratação, 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 e (d) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

Acesso ao Sumário

Anote-se que a matéria referente aos honorários advocatícios não foi arguida no recurso especial, de modo que está coberta pela preclusão e, em consequência, não é cognoscível neste agravo interno.

De resto, em relação à aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP, é inviável a revisão da decisão por esta Câmara Especial de Presidentes em agravo interno em recurso especial, a teor do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017, e do art. 1.042 do CPC. E não se aplica a suspensão dos processos determinada no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento de 27.9.2017, desafetou do regime dos recursos repetitivos os Recursos Especiais nºs 1.361.799/SP e 1.438.263/SP (temas 947 e 948).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno, na parte conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2084861-60.2015.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, é agravado MAURONETE PAES DE CAMARGO.

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 59477)**

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, 2 de abril 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). 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 A ESTA 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. Aduz violação aos princípios do contraditório e ampla defesa. Alega: (a) incompetência do foro do domicílio do poupador para o trâmite do cumprimento individual da sentença coletiva; (b) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de juros remuneratórios e de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito; (c) impossibilidade de fixação dos honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença; e (d) necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC, em consonância com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP. Indica, ainda, que a matéria é objeto de análise no Superior Tribunal de Justiça no recurso especial nº 1.438.263/SP, que determinou o sobrestamento dos recursos que tratem do mesmo tema.

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.

Acesso ao Sumário

É o relatório.

Anote-se, inicialmente, que o agravo interno está sujeito à competência da Câmara Especial de Presidentes, nos termos do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017.

O recurso apenas comportará provimento se o recorrente demonstrar que, por ausência de similitude fática, a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o regime dos recursos repetitivos não se aplica ao caso concreto (distinguishing). Neste sentido, o AgInt no RE no AgRg nos EREsp 1.039.364/ES, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 6.2.2018, e o AgInt no RE no AgInt nos EDcl no RMS 48.747/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 19.6.2018.

E este não é o caso dos autos.

A identidade fática e jurídica entre o acórdão objeto do inconformismo especial e os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.243.887/PR sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva podem ser ajuizadas no foro do domicílio do beneficiário, pois os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido (tema 480).

A propósito da legitimidade ativa, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, na condição de Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, encaminhou ofício às Cortes do país em outubro de 2017, com a informação de que os temas 947 (REsp nº 1.361.799/SP) e 948 (REsp nº 1.438.263/SP) não foram afetados ao regime dos recursos repetitivos, tendo sido orientada a aplicação da tese estabelecida no Recurso Especial Repetitivo nº 1.391.198/RS (tema 724) *"aos processos que discutem a tese da legitimidade ativa de não associado para liquidação/execução de sentença coletiva"*, do que é possível extrair que a Corte não exige que os poupadores ou seus sucessores façam parte dos quadros associativos do IDEC no presente cumprimento individual da sentença coletiva.

Acesso ao Sumário

No que diz respeito aos expurgos inflacionários, o STJ, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu as seguintes teses: *"Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao*

tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente" (tema 887).

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. 368/373.

Neste contexto, os acórdãos recorridos (fls. 265/9 e 361/3) estão em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluírem pela: (a) competência do juiz de Primeira Instância; (b) desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação; (c) incidência dos juros remuneratórios, em razão da condenação expressa na sentença, e aplicação da Tabela Prática do TJSP para atualização monetária do débito exequendo; e (d) incidência dos honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, porque a Turma Julgadora entendeu que o depósito havido não configurou pagamento.

Indiscutível, pois, a aplicação do regime dos recursos repetitivos.

De resto, em relação à aplicação do decidido nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP, é inviável a revisão da decisão por esta Câmara Especial de Presidentes em agravo interno em recurso especial, a teor do art. 33-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, incluído pelo Assento Regimental nº 565/2017, e do art. 1.042 do CPC. E não se aplica a suspensão dos processos determinada no Recurso Especial nº 1.438.263/SP, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento de 27.9.2017, desafetou do regime dos recursos repetitivos os Recursos Especiais nºs 1.361.799/SP e 1.438.263/SP (temas 947 e 948).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno, na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 2050302-72.2018.8.26.0000/50001, da Comarca de Piracicaba, em que é agravante BANCO DO BRASIL S/A, são agravados ZIRO CERA e APARECIDO ANTONIO CERA.

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 59938)**

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, 2 de abril 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 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF (AÇÃO COLETIVA Nº 1998.01.1.016798-9). FORO COMPETENTE. RECONHECIMENTO AO BENEFICIÁRIO DO DIREITO DE AJUIZAR O CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DA SENTENÇA COLETIVA NO JUÍZO DE SEU DOMICÍLIO OU NO DISTRITO FEDERAL (TEMA 723). LEGITIMIDADE ATIVA DOS POUPADORES E DE SEUS SUCESSORES, INDEPENDENTEMENTE DE FAZEREM PARTE DOS QUADROS ASSOCIATIVOS DO IDEC (TEMA 724). JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO DO DEVEDOR NA FASE DE CONHECIMENTO (TEMA 685). EXPURGOS INFLACIONÁRIOS POSTERIORES A TÍTULO DE CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA DO DÉBITO. INCIDÊNCIA (TEMA 887). RAZÕES RECURSAIS, NO MAIS, IMPERTINENTES NESTA VIA RECURSAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE CONHECIDA.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que, em cumprimento individual de sentença proferida em ação

civil pública, negou seguimento a recurso especial, pois o acórdão recorrido observou as orientações estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 1.391.198/RS, 1.273.643/PR, 1.361.800/SP, 1.370.899/SP 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) necessidade de demonstração pelo poupador do vínculo associativo com o IDEC; (c) a necessidade de suspensão do processo conforme determinado no Recurso Especial nº 1.438.263/SP e nos Recursos Extraordinários nºs 573.232/SC e 885.658/SP; (d) a necessidade de fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da intimação para pagamento nos autos de habilitação/liquidação de sentença; e (e) violação da coisa julgada, em razão da inclusão indevida de outros expurgos inflacionários no cálculo do débito.

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 os paradigmas apontados na decisão recorrida é evidente.

Com efeito, julgado o Recurso Especial nº 1.391.198/RS sob o regime dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa – também por força da coisa julgada –, independentemente de fazerem parte dos quadros associativos do IDEC, para o ajuizamento do cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública nº 1998.01.1.016798-9, pelo Juiz da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (tema 724), reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizá-lo no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal (tema 723).

Além do mais, julgados os Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.361.800/SP e 1.370.899/SP, a mesma Corte determinou que os juros de mora devem

Acesso ao Sumário

incidir a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual cujo inadimplemento já produza a mora, ressalvada a hipótese de configuração da mora em momento anterior (tema 685).

No que diz respeito aos expurgos inflacionários, o STJ, ao julgar o Recurso Especial Repetitivo nº 1.392.245/DF, estabeleceu as seguintes teses: *"Na execução individual de sentença proferida em ação civil pública que reconhece o direito de poupadores aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (janeiro de 1989): (I) descabe a inclusão de juros remuneratórios nos cálculos de liquidação se inexistir condenação expressa, sem prejuízo de, quando cabível, o interessado ajuizar ação individual de conhecimento; (II) incidem os expurgos inflacionários posteriores a título de correção monetária plena do débito judicial, que terá como base de cálculo o saldo existente ao tempo do referido plano econômico, e não os valores de eventuais depósitos da época de cada plano subsequente"* (tema 887). Confira-se a fls. 209/212.

Neste contexto, a decisão monocrática (fls. 98/112), confirmada pelo acórdão recorrido (fls. 138/141), está em perfeita sintonia com as orientações superiores, ao concluir pela: (a) competência do juiz de Primeira Instância; (b) desnecessidade de associação ao IDEC para a propositura da ação; (c) fixação do termo inicial dos juros de mora a partir da citação do devedor no processo de conhecimento da Ação Civil Pública; e (d) aplicação da Tabela Prática do TJSP para atualização monetária do débito exequendo.

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 o Superior Tribunal de Justiça, na sessão de julgamento de 27.9.2017, desafetou do regime dos recursos repetitivos os Recursos Especiais nºs 1.361.799/SP e 1.438.263/SP (temas 947 e 948).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno, na parte conhecida.

Acesso ao Sumário

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0029046-25.2016.8.26.0050/50001, da Comarca de São Paulo, em que é agravante LUIZ MAURICIO DE SOUZA NETO.

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 30.739)**

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, 9 de abril 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 COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA E JULGAMENTO DEFINITIVO DE MÉRITO. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo que em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori. Recurso com repercussão geral reconhecida e julgamento definitivo do mérito.

2. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interposto contra a decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 310) que, com fundamento no Tema 280, do Excelso Supremo Tribunal Federal, 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. 325/333).

Anote-se a aplicação do princípio da fungibilidade e o recebimento da irresignação como agravo interno (fls. 335).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Acesso ao Sumário

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 Supremo Tribunal Federal nos termos da legislação mencionada, cumpre negar seguimento a tal irresignação, como se procedeu na decisão de fls. 310, 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. 273/274, 277/280 e 283/284 que:

[...]

O acórdão recorrido manteve a condenação de Luiz Maurício com fundamento em prova ilícita, decorrente de indevido ingresso dos policiais em sua residência.

Frise-se, ainda, que a invasão foi motivada por denúncia anônima, direcionada ao telefone pessoal de um dos policiais. A fim de afastar a alegação de nulidade arguida pela Defesa, argumentou a Colenda Câmara, em apertada síntese:

Inicialmente, não há que se cogitar de nulidade na busca realizada no imóvel do ora apelante, efetivada sem mandado judicial. Cuidando-se o tráfico de drogas de crime permanente há autorização constitucional para a diligência, nos termos do artigo 5º, inciso XI da Carta Política, conjugando-se essa norma com aquela posta no artigo 150, § 4º, inciso II, do Código Penal. Assim, subsistente o estado de flagrância enquanto o entorpecente encontra-se em depósito ou guardado, possível adentrar-se no domicílio, independente de mandado. Não há, portanto, que se falar em prova ilícita. (Grifei)

[...]

Observe-se que a validação do ingresso na residência sem autorização judicial assentou-se em um único aspecto: o fato de o crime de tráfico de drogas se tratar de crime permanente, permitindo-se o flagrante em qualquer hipótese – ainda que transgrida garantia constitucional –, na concepção dos D. Desembargadores.

Acesso ao Sumário

Vale apontar, no entanto, ser temerosa tal inversão de normas, pois o entendimento da C. Câmara privilegia a persecução penal em detrimento de garantias processuais e constitucionais do cidadão.

[...]

O Supremo Tribunal Federal, analisando o Tema nº 280, sob regime de repercussão geral (RE 603.616/RO), determinou:

Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1).

E mais:

*A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. **Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida**.*

(RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

Nestes autos, contudo, não houve nenhuma demonstração de justa causa que autorizasse o sacrifício do direito à inviolabilidade do domicílio, uma vez que, discorrendo sobre os momentos anteriores à invasão, os policiais não apresentaram nenhum elemento que confirmasse a suspeita derivada da delação anônima.

Dada a ausência de qualquer circunstância que justificasse a medida invasiva, impõe-se o reconhecimento da nulidade das provas colhidas.

[...]

Destaque-se, por fim, que todas as provas derivadas da invasão devem também ser consideradas ilícitas, tendo sua nulidade igualmente reconhecida, em razão da teoria dos frutos da árvore envenenada.

A teoria parte de uma metáfora simples: se a árvore estiver envenenada, os frutos que ela gerar estarão igualmente contaminados, vale dizer, se as provas obtidas por meios ilícitos servirem de alicerce para eventual ação penal, esta restará maculada, por derivação. É o que se verifica no presente caso.

[...]

Dessa forma, a apreensão de entorpecente realizada no interior da residência ou, ainda, eventual confissão informal colhida pelos policiais por ocasião da invasão, não possuem validade probatória.

Acesso ao Sumário

Por fim, permitir que prospere uma condenação baseada em provas ilícitas – além de consistir em flagrante violação à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, bem como à disposição legal que veda o uso de provas ilícitas – acaba por legitimar a prática de abusos, por parte de agentes policiais, em face de parcela vulnerável da população, que vive sob o risco de sofrer invasão de suas residências tão somente por residir nas áreas periféricas dos municípios.

[...]

Como não foram produzidos elementos informativos aptos, salvo aqueles de origem ilícita por força de indevido ingresso em residência alheia, Luiz Maurício deve ser absolvido. Ou, eventualmente, deve ocorrer a declaração de nulidade das peças informativas constantes do auto de prisão em flagrante, tendo em vista a ilicitude da diligência probatória original e, por consequência, a exclusão dessas provas, nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal.

[...]

Por fim, cumpre tornar claro, novamente, que o presente recurso trata de matéria jurídica, e não fática. Não se cuida de provar ou deixar de provar fatos ou circunstâncias, mas, estando estes já provados, cuida-se sim de que seja reconhecida a ilicitude da prova em razão de violação à disposição processual penal e mandamento constitucional.

Este questionamento não é fático, e sim jurídico, razão pela qual é perfeitamente possível fazê-lo em sede de Recurso Especial.

3. DO PEDIDO

Diante do exposto, requer-se que o recurso seja conhecido e provido, para que seja reconhecida a ilicitude das provas que fundamentaram o decreto condenatório, e, na ausência de outros elementos informativos aptos, seja o recorrente absolvido ou, eventualmente, requer-se a declaração de nulidade das peças informativas constantes do auto de prisão em flagrante, tendo em vista a ilicitude da diligência probatória original e, por consequência, a exclusão dessa prova nos termos do artigo 157 do Código de Processo Penal.

[...]

Já os v. acórdãos (fls. 205/210 e 253/257) registraram que:

[...]

Apela da sentença a defesa, buscando, inicialmente, a nulidade do feito, em razão da ilicitude da prova obtida, porquanto decorrente do indevido ingresso dos policiais na residência do réu. No mérito, aduz a necessidade de absolvição lastreada na falta de provas. Subsidiariamente, requer a aplicação da redução do § 4º do art. 33, porquanto a reincidência não possa impedi-la, sob pena de bis in idem, a declaração da inconstitucionalidade da multa prevista na Lei Antidrogas, a fixação de regime diverso do fechado e a substituição da pena por restritivas de direitos (fls. 154-168).

Acesso ao Sumário

[...]

Inicialmente, não há que se cogitar de nulidade na busca realizada no imóvel do ora apelante, efetivada sem mandado judicial. Cuidando-se o tráfico de drogas de crime permanente há autorização constitucional para a diligência, nos termos do artigo 5º, inciso XI da Carta Política, conjugando-se essa norma com aquela posta no artigo 150, § 4º, inciso II, do Código Penal. Assim, subsistente o estado de flagrância enquanto o entorpecente encontra-se em depósito ou guardado, possível adentrar-se no domicílio, independente de mandado. Não há, portanto, que se falar em prova ilícita.

[...]

Silente no inquérito (fl. 7), em juízo, o recorrente admitiu residir no local dos fatos, negando, contudo, a prática do crime imputado pelo Ministério Público, afirmando estar sendo injustamente acusado pelos policiais (CD). E

Por sua vez, o policial Maldinei, um dos autores da prisão, informou que na data apontada na peça acusatória recebeu denúncia anônima de tráfico de drogas no local dos fatos, para lá dirigindo. Realizou breve campana, o que se deu por duas vezes. Contou ter adentrado a residência do acusado, vindo a localizar os entorpecentes e o dinheiro. Disse ainda, ter o réu negado a propriedade da droga, admitindo, entretanto, envolvimento no tráfico (CD).

Convergente o depoimento prestado pelo policial Paulo. Afirmou que embora não tenha adentrado na casa do réu, viu a droga apreendida pelo colega, assim que ele deixou a residência. Disse, por fim, ter ouvido, informalmente, a confissão do ora apelante (CD).

[...]

Não se pode duvidar, de antemão, da veracidade dos testemunhos policiais. Como quaisquer outras pessoas podem prestar prova válida, dependendo do conteúdo de suas alegações. Depois, seria absurdo que, somente pela função exercida, pudessem ser tomados por suspeitos daquilo que declaram. Inverter-se-ia a presunção de legalidade dos atos desses agentes administrativos. Além disso, não parece razoável que fossem incriminar inocente, escolhido aleatoriamente, imputando-lhe o grave delito, sem qualquer razão pessoal para o ato. Portanto, não demonstrada qualquer razão para suspeita de conduta censurável e nenhuma foi provada pelo réu é de se admitir seus testemunhos como verdadeiros.

Depois, ressalte-se que a norma penal encartada no artigo 33 da Lei 11.343/06 traz em seu bojo várias ações que podem caracterizar o delito de tráfico, logo, não seria necessário que o agente fosse preso vendendo a droga, tampouco, portando quantia em dinheiro ou petrechos normalmente utilizados na atividade de traficância fossem encontrados, pois a aquisição, a guarda, enfim a posse desse material ilícito é suficiente

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

para realização do crime do artigo 33 da lei especial.

Assim, é justo se tome como indício seguro da autoria a posse de entorpecentes, verificada em decorrência da ação policial, em circunstâncias não suficientemente esclarecidas pelo agente. Apenas este poderia realizar a prova no sentido de demonstrar não estivesse na posse das diversas espécies de drogas apreendidas. Se sustenta tal fato, tinha o ônus dessa demonstração, nos moldes do art. 156 do CPP.

Não a realizando, é correto tomar-se o indício do crime, não contrariado pela contraprova do acusado, como indicativo seguro da autoria. Não se cuida de presumir esse fato, mas de deduzi-lo das circunstâncias provadas, autorizadoras dessa conclusão (CPP, art. 239) e, não fosse esta verídica, poderia ser desfeita pelo réu.

Portanto, na hipótese vertente, a despeito da negativa erigida, a dinâmica provada pela acusação aponta em sentido contrário, restando isso evidente, pois, pelas circunstâncias da prisão, motivo pelo qual era mesmo de rigor a condenação pela traficância.

[...]

Inconformada, alega omissão no julgado embargado, o qual, ao seu sentir, não enfrentou suficientemente a matéria preliminar – relativa ao flagrante ocorrido na casa do embargante – aduzindo nulidade no ponto, tendo em vista que o caso retratado nos autos não está abarcado pelas situações de exceção à necessidade de mandado judicial de busca, de forma a torná-lo ilegal.

[...]

Inconformada, alega omissão no julgado embargado, o qual, ao seu sentir, não enfrentou suficientemente a matéria preliminar – relativa ao flagrante ocorrido na casa do embargante – aduzindo nulidade no ponto, tendo em vista que o caso retratado nos autos não está abarcado pelas situações de exceção à necessidade de mandado judicial de busca, de forma a torná-lo ilegal.

[...]

Não há contradição, omissão ou obscuridade no julgado.

Inicialmente cabe ressaltar a norma posta no artigo 619 do Código de Processo Penal "Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão". Anote-se que o objetivo desse instrumento processual é desfazer eventual ambiguidade, contradição, omissão ou obscuridade existente no acórdão. Contudo, não é possível utilizá-lo para rediscutir questão discutida no julgado.

Na hipótese vertente, o convencimento quanto à legalidade do flagrante retratado emergiu da análise de todos os elementos produzidos no

Acesso ao Sumário

processo, concluindo-se pela inequívoca casuística de autoria de traficância imputada ao embargante.

[...]

Com efeito, de mácula não há falar quanto ao flagrante visto nos autos, razão pela qual, jungindo-o às demais provas erigidas aos autos, a condenação se impunha nos termos do acórdão.

Assim, não havendo contradição, omissão ou obscuridade, rejeitam-se os embargos de declaração.

[...]

Tais r. decisões estão em conformidade com o julgado pelo Pretório Excelso no Recurso Extraordinário nº 603.616/RO, (Tema 280), que, em sessão de julgamento realizada aos 05 de novembro de 2015, por maioria, reconheceu a repercussão geral e fixou a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo que em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados, o que afasta o acolhimento deste agravo interno.

Registro, ainda, que em caso semelhante[1], no qual esta Corte aplicou o supracitado tema, o E. MIN. GILMAR MENDES consignou que:

"É possível extrair algumas premissas importantes desse julgado, segundo as quais se pode reconhecer a licitude de busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial, em caso de crime permanente, como é o caso dos autos. Ademais, apontou-se a necessidade de se observar o preceito constitucional de preservação da inviolabilidade do domicílio, realizado por meio do controle a posteriori pelo Judiciário, de modo que se impeçam ingerências arbitrárias no domicílio. Aqui, é preciso destacar que a Constituição Federal relativiza o direito à inviolabilidade e permite o ingresso em domicílio sem consentimento de seu morador e sem autorização judicial, em caso de flagrante delito, mas não para investigar se há flagrante delito. Para que o ingresso em domicílio, nessas circunstâncias, esteja legitimado, o estado de flagrância deve estar perceptível, em virtude de fundadas razões, de modo que viola a Constituição Federal a busca domiciliar com o propósito de averiguar a presença, ou não, de flagrante delito, ainda que lá se desenvolva o flagrante. No caso, verifico que o Tribunal de origem procedeu ao controle judicial a posteriori da busca domiciliar havida na casa do agravante. Nesse sentido, extrai-se o seguinte trecho do acórdão impugnado: "Como se sabe, o tráfico de drogas, desenvolvido na modalidade guardar e ter em depósito, é delito permanente, de modo que a situação flagrancial se protrai no tempo, sendo admitida constitucionalmente a violação

Acesso ao Sumário

1 RE 1125594, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 22/02/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 25/02/2019 PUBLIC 26/02/2019.

do domicílio (art. 50, inc. XI, CF). Nesse sentido, aliás, decide o STJ: 'HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO POR INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. ILICITUDE DA PROVA COLHIDA. ILEGALIDADES NÃO EVIDENCIADAS. 1. Em casos de crimes permanentes, não se faz sequer necessária a expedição de mandado de busca e apreensão, sendo lícito à autoridade policial ingressar no interior do domicílio, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa, como no caso em questão, apreendendo a substância entorpecente nele encontrada. 2. Por ser dispensada a expedição do mandado de busca e apreensão, também não há de se falar em sua nulidade, por descumprimento do disposto no art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal . 3. Ordem denegada'. (STJ – Habeas Corpus - 122937 - MG - 2008/0269777-2). Outrossim, em detrimento da versão do acusado, ofertada somente em juízo, os milicianos disseram que, após receberem denúncia anônima, foram à residência do réu, o qual, aliás, franqueou-lhes a entrada." (eDOC 2, p. 96) Para divergir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, inclusive para investigar se o recorrente, de fato, não consentiu com o ingresso dos policiais em sua residência, indispensável o revolvimento do acervo fático probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279".

Portanto, não há divergência entre as teses abordadas a autorizar o provimento da insurgência.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento** ao agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 0088572-93.2011.8.26.0050/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JOSÉ JOVANE FONTELES.

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 30.823)**

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).

Acesso ao Sumário

São Paulo, 10 de abril de 2019.

FERNANDO TORRES GARCIA, Relator e Presidente da Seção de Direito Criminal

Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE JULGOU PREJUDICADO O RECURSO ESPECIAL. RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. HIPÓTESES IDÊNTICAS. DESPROVIMENTO.

1. Tráfico ilícito de entorpecentes. Natureza e a quantidade da droga apreendida, consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena, cabendo ao juiz escolher em qual delas. Observada sempre a vedação ao *bis in idem*. Recurso com repercussão geral reconhecida.

2. Agravo interno não provido.

VOTO

Trata-se de agravo interno contra a r. decisão desta Presidência da Seção de Direito Criminal (fls. 294/295) que, com fundamento no Tema 712, do Colendo Supremo Tribunal Federal, julgou prejudicado o recurso especial com base no artigo 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do recurso ou pelo desprovimento no mérito (fls. 324/336).

É o relatório.

Conheço do presente agravo, nos termos do artigo 33-A, § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Julgou-se prejudicado o recurso especial, com fundamento no artigo 1.030, I, "b", do Código de Processo Civil, que preceitua:

Artigo 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos;

Desse modo, verificada a existência no recurso especial de tema que já foi objeto de apreciação pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos termos

Acesso ao Sumário

Jurisprudência - Câmara Especial de Presidentes

da legislação mencionada, cumpre julgar prejudicada tal irresignação, como se procedeu na r. decisão de fls. 294/295, 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. 262vº, 263 e vº, 264, 265 e vº, e 266vº que:

[...]

No caso em referência, conforme restará amplamente demonstrado, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do v. acórdão, negou a possibilidade de aplicação, em grau máximo, da causa de diminuição do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06 e, portanto, contrariou expressamente disposição da lei federal.

Não bastasse, negou vigência aos artigos 33, § 2º e § 3º, e 44, ambos do Código Penal, com a fixação de regime inicial mais gravoso que o previsto em lei para o montante da pena.

[...]

3. DA APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11343/06 E IMPOSIÇÃO DE REGIME ABERTO COM SUBSTITUIÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

Ocorre que, no que concerne ao tipo, quantidade e diversidade da substância entorpecente, tais circunstâncias deverão ser analisadas pelo julgador no momento de fixação da pena-base, inclusive com preponderância sobre as circunstâncias do artigo 59 do CP, conforme artigo 42 da Lei 11.343/06. Ora, fixada a pena do recorrente no piso legal em primeira fase de dosimetria, tem-se que foram valoradas positivamente as circunstâncias do referido dispositivo.

***Não é possível que se valore ora de modo positivo, ora negativo, as mesmas circunstâncias**, considerando-as positivas na primeira etapa e negativas em terceira fase, sob pena de contradição interna do édito condenatório.*

[...]

***Percebe-se, assim, que há previsão de requisitos específicos para que o condenado faça jus à causa de diminuição de pena, dentre os quais não se encontra o tipo de droga, variedade ou quantidade**.*

[...]

Patente, portanto, que a redução mínima implica em violação ao texto expresso do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, ao criar requisitos não exigidos em lei para sua aplicação em maior grau.

Aguarda-se, dentro dessa perspectiva, a reforma do v. acórdão, reconhecendo-se a aplicação da causa especial de redução de pena, em seu patamar máximo, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Acesso ao Sumário

Reduzida a pena a patamar inferior a quatro anos, requer-se outorga de ***regime inicial aberto, nos termos do artigo 33 do Código Penal, bem como substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, segundo artigo 44 do CP****, pois da análise dos autos nota-se que o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foram rechaçados unicamente pela gravidade em abstrato da conduta.*

Ao assim agir, o E. Tribunal Paulista não observou a fixação do regime inicial de acordo com o disposto no Código Penal.

Inicialmente, a fixação da pena-base no mínimo legal indica que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código são integralmente favoráveis, assim como aquelas do artigo 42 da Lei de Drogas*.*

Com fulcro no art. 33, § 3º, do Código Penal, o artigo 59 deve ser o norte para determinar o regime inicial de cumprimento da pena; assim, como a pena-base foi aplicada no mínimo legal, pois as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP e 42 da Lei de Tóxicos são favoráveis aos recorrentes, deve ser fixado regime inicial aberto.

Note-se que como não há motivação idônea a justificar o estabelecimento de regime mais gravoso não é possível seu estabelecimento. Ora, não é possível que, em um mesmo discurso, idênticas circunstâncias – aquelas dos artigos 59 do Código Penal e 42 da Lei nº 11.343/06 – sejam valoradas ora de modo positivo, ora de modo negativo.

No mais, o simples fato do recorrente ter sido condenado pelo cometimento de tráfico de drogas, conforme art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não enseja a fixação de regime inicial mais gravoso apenas pela sua gravidade em abstrato, conforme reiterado entendimento jurisprudencial. Faz-se necessário que se apontem fatos concretos, com efetiva análise das circunstâncias judiciais. Sem que assim se proceda, portanto, não há justificativa idônea para a manutenção de regime inicial mais gravoso que o previsto em lei para o quantum da pena.

[...]

Em suma, considerando-se que três são os requisitos a observar para a determinação do regime inicial de cumprimento da reprimenda – quantidade da pena, reincidência e circunstâncias do art. 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei de Tóxicos e que a pena restou em patamar inferior a QUATRO anos de reclusão, a hipótese é de fixação do regime inicial ABERTO, consoante artigo 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

Possível, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, eis que presentes os requisitos objetivos e subjetivos necessários para a concessão desse benefício.

[...]

Já o v. acórdão de fls. 242/256, registrou que:

[...]

Acesso ao Sumário

Eis que, em que pese os argumentos apresentados pela combativa defesa, revela-se não só correta, como necessária a condenação do recorrente pelos delitos de tráfico e corrupção, pois encontra-se suficientemente baseada no conjunto probatório carreado aos presentes autos.

Dessa forma, uma vez configurados os crimes descritos na denúncia, o desfecho condenatório era de rigor, posto que, como analisado a materialidade delitiva e a autoria restaram devidamente incontroversas, e comprovadas de forma exaustiva pelos elementos de convicção compilados ao longo da persecutio criminis*.*

Com relação a fixação da pena, agiu corretamente o M.M. juízo a quo, posto que a mesma foi fixada dentro dos limites legais, e se encontra devidamente motivada, individualizada e adequada à hipótese dos autos, não se cogitando de redução. Tendo a pena base aplicada ao réu por ambos os delitos sido estabelecida corretamente em seu patamar mínimo legal.

Ato contínuo a M.M. Magistrada a quo aplicou a redução prevista no artigo 33, § 4º, do Código Penal, para o delito de tráfico, na fração de 1/2. Sendo certo que não cabe razão ao pleito defensivo de aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, em sua fração máxima, pois, em poder do réu foram apreendidas nada menos que sessenta e quatro porções de "Cannabis sativa L ("maconha"), entorpecentes que seriam colocados à disposição dos consumidores da cidade. Ora tamanha quantidade representa um perigo maior a saúde pública, atingindo incontáveis usuários. Além de apresentarem um alto risco à saúde pública com a colocação de tamanha quantidade de narcóticos na rua.

Sobre o tema, já decidiu a jurisprudência que:

"(...) 4. A elevada quantidade de droga apreendida, a saber, quase dez quilos de maconha, acondicionada em nove tabletes, provenientes do Estado de São Paulo com destino ao Rio de Janeiro, é circunstância que impede o reconhecimento da modalidade privilegiada do crime. 5. De se ver, que a 'mens legis' da causa de diminuição de pena seria alcançar aqueles pequenos traficantes, circunstância diversa da vivenciada nos autos, dada a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, com alto poder destrutivo. 6. Ordem denegada" (STJ, HC 149.697/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, j. 10.05.11, DJ 23.05.11).

Por fim, as penas de ambos os delitos restaram somadas conforme a regra do concurso material. Assim, a sanção totaliza quatro anos e seis meses de reclusão, e pagamento de duzentos e sessenta dias-multa. Pena esta que se torna concreta, ante a ausência de outras circunstâncias modificadoras. E, portanto, não comporta qualquer redução.

Quanto ao pedido de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, a concessão de tal benefício não se mostra possível no presente

Acesso ao Sumário

caso, vez que o quantum de pena privativa de liberdade fixado na r. sentença, e mantido por este acórdão, como relatado acima, impede a concessão do mesmo. Vez que, o próprio artigo 44 do Código Penal em seu inciso I estabelece como condição para a concessão de tal benefício que ao réu não seja aplicada pena privativa de liberdade superior a quatro anos. Requisito este que não se faz presente no caso em tela, vedando, portanto, a concessão deste benefício.

Por fim, inviável que o regime prisional inicial seja outro diverso do fechado. Sendo que tal tratamento mais severo corresponde à eficiente medida político-criminal, que busca harmonizar a legislação pátria aos Tratados de Direito Internacionais que tangem ao combate a narcotraficância, dos quais o país é signatário.

Além disso, é certo que a traficância ilícita fomenta a prática de outros delitos. O que faz com que a conduta do réu mereça maior reprovabilidade por parte do Estado.

Fica patente, portanto, que o regime fechado é o único que se mostra apto para atingir a função preventiva da pena, de inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Este é o entendimento adotado de forma majoritária por este Colendo Tribunal de Justiça:

"TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO SUBSIDIÁRIO – FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO – INADMISSIBILIDADE – REGIME INICIAL FECHADO – ADEQUAÇÃO À ESPÉCIE – DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO – INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/2007. 'Ressalto que há determinação expressa no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, de que as penas por crime hediondo ou equiparado iniciam-se no regime fechado'. RECURSO NÃO PROVIDO." (TJ/SP. AP 0057527-71.2011.8.26.0050. Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Marco Antonio Marques da Silva. Data do julgamento: 27/06/2013).

"Tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (arts. 33, 'caput', e 35, 'caput', ambos da Lei nº 11.343/06). (...) Regime inicial fechado único possível quanto ao tráfico. Inviabilidade de substituição da corporal por restritivas de direitos. Apelo em liberdade prejudicado, já que analisado à altura do julgamento. Apelo ministerial provido, improvidos os das defesas." (TJ/SP. AP 0010278-68.2012.8.26.0510. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Luis Soares de Mello. Data do julgamento: 02/07/2013)

"Tráfico de entorpecentes. Réu que, em local conhecido como ponto de venda de drogas, ao pressentir a iminência da abordagem por guardas municipais, desvencilha-se de sacola contendo 6 porções de maconha, 19 porções de cocaína e 82 pedras de crack. Localização, em seu poder e ao ensejo de revista, de R$ 62,00 sem comprovação satisfatória de origem. Palavras dos guardas municipais coerentes e harmônicas. Versões exculpatórias dissonantes e das mais inconsistentes. Alegação

Acesso ao Sumário

de flagrante forjado repelida. Destinação mercantil das drogas bem evidenciada. Pleito de desclassificação da conduta repelido. Condenação, pelo tráfico, bem decretada. Penas que já beneficiam o acusado. Redução, com lastro no artigo 33, § 4º, não questionada pela acusação. Substituição da pena corporal por restritivas de direitos incompatível com crime equiparado a hediondo. Regime fechado necessário e decorrente, inclusive, de lei (Lei nº 11.464/07). Apelo improvido." (TJ/SP. AP 0071629-66.2012.8.26.0114. Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal. Relator(a): Pinheiro Franco. Data do julgamento: 04/07/2013).

Diante do exposto, pelo meu voto NEGO PROVIMENTO ao recurso, mantendo-se a r. decisão por seus próprios fundamentos.

Tal r. decisão está em conformidade com o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 666.334/AM (Tema 712), por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional e reafirmou a jurisprudência no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser consideradas em uma das fases da dosimetria da pena, cabendo ao juiz escolher em qual delas, observada sempre a vedação ao *bis in idem*.

Portanto, 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 1003406-95.2018.8.26.0223, da Comarca de Guarujá, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado ALEX BONALDA JUCIUS.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.705)**

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, 14 de março de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada improcedente – Escritura pública de compra e venda de imóvel – Vendedora em regime de recuperação judicial – Declaração pela vendedora, na escritura pública, de que o imóvel integra seu ativo circulante – Apartamento situado em empreendimento imobiliário promovido pela vendedora que tem por atividade a comercialização de imóveis – Circunstâncias do negócio jurídico que, neste caso concreto, não demandam a autorização do Juízo da recuperação judicial para o registro da compra e venda – Recurso não provido.

Acesso ao Sumário

VOTO

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra r. sentença que julgou improcedente a dúvida suscitada pelo Sr.

Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Guarujá e afastou a recusa do registro, na matrícula nº 101.225, de escritura pública de compra e venda que foi outorgada pela proprietária em regime de recuperação judicial.

O apelante alegou, em suma, que o procedimento de dúvida tem natureza administrativa e, portanto, não é adequado para a análise da afirmação realizada pela vendedora, na escritura pública, de que o imóvel alienado integra seu ativo circulante. Aduziu que compete ao juízo da ação de recuperação judicial a verificação da necessidade, ou não, de autorização para a venda do imóvel. Requereu a reforma da r. sentença para que a dúvida seja julgada procedente (fls. 111/115).

O apresentante do título ofereceu contrarrazões em que informou que em razão do julgamento da dúvida entregou a sentença ao Oficial de Registro de Imóveis que promoveu o registro da escritura pública. Esclareceu que o registro da escritura pública somente foi recusado porque a proprietária do imóvel se encontra em recuperação judicial (Processo nº 1016422-34.2017.8.26.0100). Disse que o imóvel foi adquirido por sua filha, Stella Jucius, mediante autorização judicial expedida em ação que teve curso na Vara da Família e das Sucessões. Alegou que o imóvel foi objeto de compromisso de compra e venda que teve o preço quitado em 02 de dezembro de 2013, antes da ação de recuperação judicial proposta em 23 de fevereiro de 2017. Ademais, o art. 66 da Lei nº 11.101/2005 somente obriga a autorização do juízo da ação de recuperação judicial para a venda dos bens que integram o ativo permanente do devedor, o que não ocorre no presente caso em que a vendedora declarou que o imóvel integrava seu ativo circulante. Por fim, o registro da escritura pública de compra e venda caracteriza ato jurídico perfeito que deve ser mantido. Requereu o não provimento do recurso (fls. 120/129).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (fls. 137/139).

É o relatório.

Cuida-se de dúvida suscitada, a requerimento de Alex Bonalda Jucius, em razão da recusa do registro da escritura pública de compra e venda do apartamento nº 42 da Torre A do Condomínio Mareas, lavrada às fls. 161 do Livro nº 10.826 do 9º Tabelião de Notas da Capital, outorgada em 18 de setembro de 2017 por Mareas Empreendimento Imobiliário SPE Ltda. em favor de Stella Jucius, porque não foi apresentada autorização judicial para a venda por empresa que se encontra em regime de recuperação judicial.

A certidão da escritura pública de compra e venda (fls. 61/66) demonstra que a vendedora declarou que o bem integra o seu ativo circulante.

E a Lei nº 11.101/2005 não exige a prévia autorização judicial para a

alienação de bens que integram o ativo circulante do devedor em recuperação judicial.

Ao contrário, essa exigência somente é prevista para a alienação de bens que integram o ativo permanente do devedor em recuperação judicial, ou para alienações realizadas depois da decretação da falência (arts. 27, inciso II, alínea "c", 66, 74, 94 e 129 da Lei nº 11.101/2005 e art. 215 da Lei nº 6.015/73).

O art. 66 da Lei nº 11.101/2005, nesse sentido, dispõe que:

> "Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial" (grifei).

Ademais, neste caso concreto as circunstâncias do negócio jurídico indicam que o imóvel integrava o ativo circulante da vendedora.

A certidão da matrícula nº 101.225 demonstra que a empresa Mareas Empreendimento Imobiliário SPE Ltda. celebrou com o Banco Bradesco S.A. contrato de mútuo, no valor de R$ 30.198.566,00, destinado à construção do Condomínio Mareas, dando em garantia o referido apartamento e outros duzentos e nove imóveis (fls. 11/12).

Esse fato permite presumir que as unidades autônomas integrantes do empreendimento denominado Condomínio Mareas foram construídas pela vendedora no exercício das atividades de promoção de empreendimentos imobiliários e de sua comercialização, o que é compatível com a declaração de que o apartamento vendido passou a integrar seu ativo circulante.

Ainda, o recibo reproduzido às fls. 29 e 124 demonstra que em 02 de dezembro de 2013 foi realizado em nome da compradora Stella Jucius o pagamento da quantia de R$ 409.900,00, fato que reforça a declaração, contida na escritura pública de compra e venda, de que foi outorgada em cumprimento de contrato particular de compromisso de compra e venda celebrado em 25 de novembro de 2013 e em que foi pactuado igual valor como correspondente ao preço do imóvel.

Além disso, a escritura pública de compra e venda foi precedida de alvará expedido no Processo nº 1012126-22.2016.8.26.0223, da 1ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Guarujá, autorizando a aquisição do imóvel por Stella Jucius, representada por seus genitores, o que demonstra a existência de anterior negócio jurídico celebrado entre as partes.

Por essas razões, e ainda neste caso concreto, as circunstâncias do negócio jurídico permitem reconhecer que o imóvel integrava o ativo circulante da vendedora, como declarado pelas partes da compra e venda, o que afasta a exigência da apresentação de alvará que, reitero, não tem previsão específica na

Acesso ao Sumário

Lei nº 11.101/2005.

Por fim, cabe ressalvar que o procedimento de dúvida não comporta tutela antecipada, ou execução provisória, em razão do disposto no art. 203 da Lei nº 6.015/73 que condiciona o registro do título ao trânsito em julgado da decisão:

"Art. 203 – Transitada em julgado a decisão da dúvida, proceder-se-á do seguinte modo:

I – se for julgada procedente, os documentos serão restituídos à parte, independentemente de translado, dando-se ciência da decisão ao oficial, para que a consigne no Protocolo e cancele a prenotação;

II – se for julgada improcedente, o interessado apresentará, de novo, os seus documentos, com o respectivo mandado, ou certidão da sentença, que ficarão arquivados, para que, desde logo, se proceda ao registro, declarando o oficial o fato na coluna de anotações do Protocolo".

Entretanto, diante do resultado da dúvida não existe medida a ser adotada em razão do registro da escritura de compra que foi realizado mediante autorização do MM. Juiz Corregedor Permanente (fls. 105).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1002220-92.2017.8.26.0022, da Comarca de Amparo, em que é apelante COLINA DAS ACÁCIAS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SPE LTDA, é apelado OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E ANEXOS DA COMARCA DE AMPARO.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Julgaram a dúvida prejudicada e não conheceram do recurso, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto n.º 37.695)**

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, 14 de março de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Acesso ao Sumário

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida inversa – Ausência de protocolo válido – Impugnação parcial – Dúvida prejudicada – Recurso não conhecido.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por *Colina das Acácias Empreendimentos Imobiliários SPE LTDA.* contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente, que julgou procedente a dúvida inversa suscitada, mantendo a recusa formulada pelo Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Amparo/SP em relação ao registro de parcelamento de solo, tendo por objeto o imóvel matriculado sob nº 27.466, em razão da existência de ação civil pública ajuizada contra o anterior proprietário e sócio da empresa responsável pelo empreendimento[1].

Alega a apelante, em síntese, que o fato do representante legal da empresa ser réu em ação civil pública não representa impedimento ao registro postulado, eis que inexiste contra ele decisão transitada em julgado. Afirma que a propriedade do imóvel pertence à pessoa jurídica que não se confunde com a pessoa de seus sócios, certo que a recusa formulada pelo registrador representa verdadeira ofensa à presunção de inocência e ao direito de exercício da atividade empresarial. Acrescenta que a indisponibilidade de bens decretada nos autos da ação civil pública é suficiente para garantir eventual condenação do réu, o que evita prejuízo aos futuros adquirentes de lotes[2].

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso[3].

E o relatório.

A apelante pretende o registro do loteamento denominado "Residencial Parque Colina das Acácias", tendo por objeto o imóvel matriculado sob nº 27.466 junto ao Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Amparo/SP.

A apresentação do título para registro foi realizada em 3 de março de 2017, com protocolo nº 121.829, informando o Sr. Oficial de Registro de Imóveis ter emitido Nota de Devolução, em 8 de março de 2017, em que apresentado um óbice ao pedido e formuladas exigências[4].

Não consta dos autos que, ao suscitar a dúvida inversa, tenha a apelante restituído o título ao Registro de Imóveis, como previsto no item 41.1 do Capítulo XX das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça.

Além disso, a apelante somente se insurgiu contra um dos óbices apresentados, não impugnando as demais exigências formuladas para o registro

1 Fls. 1.306/1.310 e embargos de declaração a fls. 1.354.
2 Fls. 412/421.
3 Fls. 1.379/1.382.
4 Fls. 4/5 e 1.297/1.300.

da escritura pública, o que torna a dúvida prejudicada.

O procedimento de dúvida é reservado à análise da dissensão do apresentante com os motivos que levaram à recusa do registro do título que, para essa finalidade, deve ser objeto de protocolo válido, pois 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).

A necessidade de protocolo válido, portanto, decorre de interpretação lógica da Lei nº 6.015/73 que: I) em seu art. 182 determina que todos os títulos tomarão no protocolo o número de ordem correspondente à sequência de apresentação; II) em seu art. 198, e incisos, dispõe sobre a anotação da dúvida no Livro nº 1 Protocolo, para conhecimento da prorrogação do prazo da prenotação; III) em seu art. 203 prevê os efeitos do julgamento da dúvida em relação ao registro e, em consequência, ao resultado da qualificação realizada depois da respectiva prenotação do título. Ademais, todos os títulos ingressam no protocolo conforme a rigorosa ordem cronológica de apresentação e adquirem preferência para o registro também conforme a ordem de prenotação.

A inexistência de protocolo válido impede que o título seja registrado, não sendo possível decidir a dúvida sem prenotação válida porque o que se qualifica é o título efetivamente apresentado para registro e com prioridade sobre eventuais outros títulos representativos de direitos reais contraditórios.

Em razão disso, sem notícias da prenotação do título, a dúvida inversa adquire natureza meramente consultiva, para o que não se presta.

Não bastasse, no presente caso a apelante somente impugnou o primeiro óbice apresentado pelo registrador. A impugnação parcial das exigências formuladas, com anuência em relação às demais, também prejudica o exame da dúvida porque sempre permanecerão óbices que prejudicarão o ingresso do título no registro imobiliário.

Ressalte-se não ser possível a complementação do título no curso do processo, o que ocorre em respeito à prioridade dos títulos que ingressarem posteriormente e tiverem a qualificação suspensa na forma do art. 191 da Lei nº 6.015/73. Destarte, todos os documentos destinados a permitir o registro do título deveriam ser apresentados ao Oficial de Registro de Imóveis, para protocolo e qualificação, antes da suscitação da dúvida.

A respeito, este C. Conselho Superior da Magistratura já decidiu:

REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida inversa – Escritura pública de transmissão de imóvel para a integralização de capital social – Título com prenotação cancelada pelo decurso do prazo de validade do protocolo – Impugnação parcial – Dúvida prejudicada – Recurso não conhecido. (Apelação nº 1002354-90.2017.8.26.0161; j. 28.6.2018).

Acesso ao Sumário

REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Impugnação parcial das exigências – Anuência do apresentante com parte das exigências formuladas – Não apresentação do título original – Dúvida prejudicada – Recurso não conhecido, com observação. (Apelação nº 1013579-15.2017.8.26.0224; j. 2.8.2018).

Tudo isso torna a dúvida prejudicada, impedindo o conhecimento do recurso.

Diante do exposto, pelo meu voto, declaro a dúvida prejudicada e **não conheço** do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1030170-02.2017.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante P.S.C., é apelado 1º OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento à apelação para julgar a dúvida improcedente e determinar o ingresso do título com a observação de que para o ingresso de futuros títulos para a transmissão da parcela do imóvel de titularidade da Sra. G.E.C. haverá a necessidade da averbação de seu casamento com o regime de bens e óbito de seu esposo para a qualificação daqueles, v.u.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. **(Voto nº 37.711)**

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, 14 de março de 2019.

PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça e Relator

Ementa: REGISTRO DE IMÓVEIS – CONDÔMINA QUALIFICADA COMO SOLTEIRA EM AQUISIÇÃO ANTERIOR DE PARCELA DO IMÓVEL E COMO VIÚVA EM

Acesso ao Sumário

FORMAL DE PARTILHA. INSUFICIÊNCIA DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA PARA AVERBAÇÃO DO REGIME DE BENS DO CASAMENTO. INGRESSO DO TÍTULO POR NÃO HAVER DIREITO DE SEU FALECIDO ESPOSO NA HERANÇA DA MÃE DA CONDÔMINA, FALECIDA ANTERIORMENTE ÀQUELE – RECURSO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por P.S.C. contra a r. sentença de fls. 92/96, que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial de Registros de Imóveis e Anexos da Comarca de São Bernardo do Campo mantendo a recusa do ingresso de formal de partilha ante a necessidade da averbação do regime de bens do casamento da coproprietária e herdeira.

Sustenta o apelante não haver pertinência da exigência concernente à averbação do casamento e respectivo regime de bens, sendo o título apresentado apto ao registro (fls. 102/113).

A D. Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo não provimento do recurso (fls. 137/141).

É o relatório.

Os proprietários do imóvel constante da matrícula nº. (...) são M.J.C. (50%), P.S.C. (25%) e G.E.C. (25%) (a fls. 14/15).

O título apresentado é o formal de partilha de M.J.C. (a fls. 18/63) por meio do qual a parte da falecida é atribuída, em partes iguais, aos herdeiros P.S.C. e G.E.C.

A Sra. G.E.C. é qualificada como solteira na matrícula e viúva no formal de partilha.

A Sra. G.E.C. contraiu matrimônio no Uruguai com o Sr. J.A.D.F., em 21.03.1977, o qual foi transcrito no Brasil em 01.12.1987, sem indicação do regime de bens, dada a ausência dessa informação quando da realização do ato de registro (a fls. 11).

O Sr. J.A.D.F. faleceu, no Brasil, em 07.10.2002 (a fls. 12), a Sra. M.J.C. faleceu em 16.04.2004 (a fls. 21).

O artigo 7º, parágrafo quarto, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece:

> *Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.*

Acesso ao Sumário

(...)

§ 4º O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal.

Os documentos apresentados não esclarecem qual o regime de bens no casamento da condômina G.E.C.

De outra parte, a não indicação do regime da comunhão universal e a transcrição do casamento no Brasil em 1987 são irrelevantes para solucionar esse ponto, sendo evidente a importância dessa questão para analisar se houve ou não a transmissão da parcela do imóvel de propriedade da Sra. G. (25%) a seu marido em razão do matrimônio.

Seja como for, não há dúvida do estado civil de viúva da Sra. G.E.C. ao tempo da sucessão de sua genitora (M.J.C.), pois, seu esposo (J.A.D.F.) falecera em 07.10.2002 (a fls. 12), data anterior ao óbito da genitora da herdeira ocorrido em 16.04.2004 (a fls. 21); de modo que não se cogita do direito de seu falecido cônjuge à herança.

Assim, não há vícios na transmissão constante do título apresentado (formal de partilha) no que pese a modificação do estado civil da condômina.

Em razão das dificuldades inerentes à averbação do casamento e seu regime de bens, bem como o óbito do cônjuge, excepcionalmente, à luz do caso concreto, é o caso de se permitir o ingresso do título, com observação.

Por todo o exposto, pelo meu voto, dou provimento à apelação para julgar a dúvida improcedente e determinar o ingresso do título com a observação de que para o ingresso de futuros títulos para a transmissão da parcela do imóvel de titularidade da Sra. G.E.C. haverá a necessidade da averbação de seu casamento com o regime de bens e óbito de seu esposo para a qualificação daqueles.

Acesso ao Sumário

NOTICIÁRIO

ROBERTO CARUSO COSTÁBILE E SOLIMENE (Desembargador)

Saudação ao Des. Maurício Valala, por ocasião de sua posse no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça. (Solenidade realizada em 11.03.2019).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, Presidente deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Senhores Desembargadores e demais Autoridades;

Amigos e parentes dos empossados;

Servidores da Justiça de São Paulo.

Convidado para saudar, em nome de nossos Augustos colegas Desembargadores do Tribunal de Justiça, o Excelentíssimo empossando, Doutor Maurício Valala, corro a desejar-lhe – como também ao Excelentíssimo Desembargador Kleber Leyser De Aquino –, as boas-vindas agora para as novas cátedras que passam a exercer, a de Desembargadores.

Maurício Valala é filho de João e Ana Valala.

Natural de São Paulo, onde nasceu aos 12 de outubro de 1960.

É nosso estimado colega do Largo de São Francisco, onde colou grau na turma de 1988.

Como Juiz Substituto tomou posse em 30.10.1989, depois de ter sido funcionário da Corte entre 1981 e o início do seu exercício como Magistrado.

Judicou nas comarcas de São Sebastião (Distrital de Ilhabela), Poá (Distrital de Ferraz de Vasconcelos), Sorocaba, tendo, finalmente, sido titular da 27ª Vara Criminal.

Desde 6.6.2012 é Juiz substituto de 2º Grau.

Hoje, por conta de sua ascensão ao cargo de Desembargador, esse acontecimento há de ser tido com um poderoso estímulo para todos os nossos valorosos servidores, porque, por seu mérito incontestável, por sua elevada competência profissional, por sua destacada honestidade e por sua marcante coragem moral, galgou cada cargo na Justiça Paulista e fez-se a si mesmo

Acesso ao Sumário

Magistrado ímpar, cuja carreira só engrandeceu ainda mais os quadros de nosso Tribunal.

Se sempre e sempre se renovam as despedidas, com as tristezas que lhes são peculiares, superamos, nesse ato, o pesar de recentemente termos perdido as convivências dos Excelentíssimos Desembargadores Sérgio Rui da Fonseca e Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, porque os seus cargos estão sendo providos, neste ato, pelos ora empossados.

Agradeço ao estimado Maurício Valala pelo presente que me concedeu, lembrando-se de meu nome, seu amigo de mais de 30 anos, para que o acompanhasse portas adentro nesse momento tão relevante para a sua vida pessoal.

No início de minha oração, referi que pretendia apresentar duas razões muito especiais para esta celebração. A primeira delas já foi indicada, faltando, agora, portanto, enunciar a segunda delas.

Saiba, Desembargador Maurício Valala, que a Seção Criminal o recebe de braços abertos, agora na condição de titular, todos nós radiantes, muito felizes por sua promoção, porque sabemos dos seus predicados funcionais, de sua independência, de sua retidão, de sua elegância e da firmeza no decidir.

Ser Magistrado deste Estado, nesse Tribunal, com seu nome anotado em letras douradas nas paredes desta Casa sagrada, é um feito para ser comemorado todos os dias. Feito que fica ainda maior por ter o seu nome gravado ao lado dos nomes dos nossos colegas. E a partir de hoje os vossos nomes, Maurício Valala e Kleber Leyser de Aquino, estarão estampados para conferência

por seus parentes e amigos, como prêmios por uma vida funcional irreprochável.

Almejo poder, algum dia, ter o vosso desprendimento, a vossa cultura jurídica e a vossa altivez que, como poucos, Vossa Excelência porta consigo.

Sejam bem-vindos.

Sejam felizes na longa parte final de suas fulgurantes carreiras.

Este é o mais sincero desejo de cada um dos Desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Muito obrigado.

Acesso ao Sumário

ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Desembargador)

Saudação ao Des. Kleber Leyser de Aquino, por ocasião de sua posse no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça. (Solenidade realizada em 11.03.2019).

Quero, por primeiro, saudar o ilustre Magistrado Maurício Valala, que também hoje toma posse como Desembargador neste Egrégio Tribunal, desejando que Vossa Excelência continue a ter sucesso em todas as atividades que aqui desenvolve.

No mais, cabe-me homenagear Kleber Leyser de Aquino, meu querido amigo, de todos os momentos.

Conhecendo Kleber, verifica-se, com facilidade, o precioso ser humano que é. Abrilhantou com seus excelentes votos nossa 3ª Câmara de Direito Público. Chegando cedo e saindo tarde de seu gabinete, analisava, com profundidade, todas as questões que eram postas em cada recurso.

Com certeza vai nos fazer falta. Ganhou sua nova Câmara um primoroso Magistrado, que, no Judiciário, chegou em 1989, após alguns meses como Promotor de Justiça. Foi Corregedor da Polícia Judiciária e Coordenador do Departamento de Inquéritos Policiais. Assessorou a Presidência desta Corte, para assuntos de Segurança, coordenando também, nessa época, o Gabinete de Gerenciamento de Riscos e Crises e o Grupo de Apoio às Ordens de Reintegração de Posse.

Com dois cursos superiores (Escola de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo e Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), com especialização em Direito Penal pela Universidade Italiana de Firenze, mestrado, também em Direito Penal, pela PUC, tem uma cultura imensa.

É um excelente professor (já lecionamos juntos; assisti a várias aulas, por ele proferidas, sempre com o aplauso dos alunos).

Atualmente leciona no Curso Superior de Polícia e na Pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura. Recebeu inúmeras condecorações.

Mas o mais importante: é marido de Luciana, brilhante Advogada, e pai do Leonardo Delegado de Polícia), da Diandra, também Advogada, preparando-se para prestar concurso para a Magistratura, da Yasmin e do Kauan, estudantes, ainda no Ensino Médio.

Kleber, querido irmão, continue igual. Não precisa melhorar em nada. Seja feliz e Deus te abençoe.

Acesso ao Sumário

MAURÍCIO VALALA (Desembargador)

Discurso de agradecimento, por ocasião de sua posse no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça. (Solenidade realizada em 11.03.2019).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, eminente Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça Bandeirante, na pessoa de quem saúdo os demais eminentes integrantes deste Egrégio Tribunal.

Excelentíssimas Autoridades presentes ou representadas.

Senhoras e senhores.

Há momentos que valem por uma eternidade.

Esse, para mim, é um desses fulgurantes instantes quando se abrem, de par em par, as portas dessa Augusta Casa, sagrando-me Desembargador, "o Juiz dos Juízes", laurel esse após trabalhos e esforços empreendidos no afã de nos posicionarmos "Soldados da Justiça".

Amo os caminhos que me levaram longe por este vasto Estado e que me fizeram amá-lo ainda mais.

Sim, "o amor à Pátria começa nas amizades, do meu corpo ao ar que respiro, à água que bebo, ao pão que me alimenta, ao fruto que desejo, à flor que embalsama, à luz que me deslumbra. Depois vem o amor à minha casa, desde os avós, às filhas, dos berços aos sepulcros".

Esse amor vai se estendendo, desde a aldeia à região, à Pátria toda...

Bem o confirma o Apóstolo do Direito: "a Pátria não é ninguém, são todos; cada qual tem no seio dela o mesmo direito à ideia, à palavra, à associação. A Pátria não é um sistema, nem uma seita, nem um monopólio, nem uma forma de Governo; é o Céu, o Solo, a Tradição, a Consciência, o Lar, o Berço dos filhos, o Túmulo dos antepassados".

Convém aqui ressaltar, por exemplo, que, desde os bancos da Faculdade de Direito de São Paulo, até minha recente promoção, decorrente da aposentadoria do eminente Desembargador Paulo Dimas Debellis Mascaretti, muito se passou.

Recordo-me do trabalho como Escrevente no nosso Egrégio Tribunal e também no Egrégio Tribunal Regional Eleitoral.

Recordo-me da difícil missão que me foi confiada por esse Egrégio Tribunal no sentido de instalar o Foro de Ilhabela, da passagem por Ferraz de Vasconcelos, da longa judicatura na Comarca de Sorocaba e, posteriormente, na 27ª Vara Criminal Central, até que, mais uma vez honrado pelo nosso Tribunal, passei a atuar perante esta Corte como Juiz convocado, com prejuízo da Vara.

Aqui nunca devemos esquecer e ressaltar a responsabilidade sobre os

ombros de se levar a cabo a missão, com galhardia, após reter o bastão. Sempre continuar com a toga inconsútil, íntegra, sempre a serviço da Justiça e do povo da Terra de Piratininga e daqueles que por opção acolheram-na como sua.

Obrigado, muito obrigado, aos meus honrados e ilustres pares, que depositaram sobre meus ombros tamanha honraria.

Permiti, meus caros, que ao findar destas palavras pela homenagem conferida, e com os lábios ungidos, reze fervorosamente, os louvores desse memorável dia, o credo de todos nós:

"Creio em São Paulo, Todo Poderoso, criador para mim de um céu na Terra, e num ideal paulista, um só, Glorioso, em Nosso Senhor na paz como na guerra; o qual foi concebido nas bandeiras, nasceu da Virgem alma das trincheiras.

Padeceu sob o jugo de invasores, foi crucificado, morto e sepultado.

Desceu ao vil inferno de traidores, para um dia ressurgir dos mortos.

Subiu ao nosso céu e está sentado à direita do Apóstolo-Soldado, julgando a todos nós, vivos e mortos!

Creio no pavilhão das treze listas, na santa união de todos os paulistas, aqui nascidos e aqueles que escolheram pelo coração aqui viverem, na comunhão da raça adolescente, da ressureição do Bem.

Na vida eterna de São Paulo."

Amém!

KLEBER LEYSER DE AQUINO (Desembargador)

Discurso de agradecimento, por ocasião de sua posse no cargo de desembargador do Tribunal de Justiça. (Solenidade realizada em 11.03.2019).

Pois bem, após 11 anos no Oficialato da Polícia Militar do Estado de São Paulo e seis meses no Ministério Público do Estado de São Paulo, em 2 de janeiro de 1989 eu estava tomando posse como Juiz Substituto no Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Foram nada mais, nada menos que 30 anos, dois meses e nove dias na Magistratura paulista até a presente data, os quais muito me fizeram aprender. Aprender a trabalhar da forma mais eficiente, aprender que o nosso serviço existe para atender às demandas da população e não para litigar contra ela, aprender que os profissionais do direito que conosco lidam, funcionários, Promotores de Justiça e Advogados, devem ser bem recebidos e bem tratados, porque só a comunhão de esforços de todos para o bem legal faz a prestação

jurisdicional ser a mais rápida possível e justa.

Aproveitando uma interpretação literal da música "Estrada da Vida", de Milionário e José Rico, eu poderia dizer: "nesta longa estrada da vida", começamos em janeiro de 1989 por Pirassununga, depois passamos por Jundiaí, Franco da Rocha, e, depois, como minha primeira comarca como titular, Santa Cruz das Palmeiras, na sequência, Ferraz de Vasconcelos, Mauá, Santo André, 2ª Vara da Família do Tatuapé, Coordenador do Departamento de Inquéritos Policiais (Dipo) e Corregedor da PC/SP, Assessoria do Presidente Nalini, nosso eterno Presidente que hoje me honra com a sua presença, e após, Juiz Substituto em 2° Grau, na 3ª Câmara de Direito Público, onde fui recebido com todo afeto e apoio pelo então Presidente e orador, meu irmão e amigo, Desembargador Antonio Carlos Malheiros, bem como pelos demais membros, que também me honram com as presenças (Desembargador José Luiz Gavião de Almeida; Desembargador Marrey Uint; Desembargador Camargo Pereira; Desembargador Encinas Manfré e aos Juízes Substitutos Mauricio Fiorito e Paola Lorena). Foram três anos no Direito Público de aprendizagem e fortalecimento de amizade com todos os integrantes da Câmara citados. Com a promoção a Desembargador, tive uma rápida, mas agradável, passagem pela 25ª Câmara de Direito Privado e, atualmente, estou lotado na 15ª Câmara de Direito Privado.

Depois de todo esse percurso, difícil, longo, mas prazeroso, por estar fazendo o que sempre sonhei em fazer, ser Magistrado, e voltando à letra da "Estrada da Vida", eu posso falar: "Eu consegui ser campeão, sem o cansaço me dominar, sem escurecer as vistas e antes do final da corrida", pois alcancei o topo da carreira, e apenas inicio uma nova fase na Magistratura, com satisfação profissional plena. Diante disso, pouco me resta mais a falar, a não ser agradecer.

Agradecer, reconhecer e valorizar as pessoas e instituições que, de alguma forma, contribuíram para alcançarmos esse ápice.

Inicialmente agradeço a DEUS por ter me propiciado ter a dedicação aos estudos e a persistência necessárias ao sucesso na aprovação do concurso da Magistratura e, ainda, ter me permitido chegar onde cheguei, com muito esforço pessoal, pois sou oriundo de uma família humilde, cujo primário era o limite de grau de estudo na família. Meus pais, que me ensinaram a ser correto e me estimularam a estudar, já estão num plano superior, mas com certeza teriam orgulho de verem pessoalmente o produto da educação inicialmente forjada por eles. E aqui vai muito bem uma citação de Paulo Coelho, na Obra "O Alquimista", no sentido de que: "Quando você está em busca da sua lenda pessoal, o universo conspira para te ajudar a realizar..."

Agradeço à Polícia Militar do Estado de São Paulo por ter me acolhido em seus braços e ter permitido que, após formado na Escola de Oficiais, eu pudesse pagar a minha faculdade de Direito, cujo ingresso ocorreu para o fim específico

de alcançar a carreira da Magistratura. Tenho certeza que, durante o período em que estive na PM, retribuí da melhor forma possível a este acolhimento, com todo o empenho que me é peculiar.

Agradeço ainda e principalmente ao Tribunal de Justiça de São Paulo, e o faço em nome de todos os seus Presidentes, por ter me acolhido por todos esses anos, e ter, dentro das suas limitações orçamentárias, me oferecido condições de trabalho, com os meios e equipamentos necessários. Da minha parte, Senhor Presidente, tenha certeza que não faltaram e nem faltarão esforços extraordinários para retribuir com uma prestação jurisdicional adequada.

Aos colegas de carreira, que muito que honram com suas presenças, os quais sempre me ensinaram algo de bom e tornaram o meu ambiente de trabalho prazeroso.

Agradeço aos funcionários do Tribunal de Justiça de São Paulo, em especial aos que trabalharam e trabalham comigo, sem a dedicação e empenho dos Senhores seria inviável vencer o enorme volume de serviço que possuímos.

Aos amigos, presentes e ausentes, que sempre nos estimularam.

Em especial, agradeço à minha primeira esposa e amiga, ELIANA SALERNO, aqui presente, que muito me apoiou na época em que precisei estudar para o concurso da Magistratura, apoio esse fundamental para a minha aprovação no concurso.

Agradeço também em especial à minha atual esposa, Luciana Ribeiro Aro de Aquino, Advogada; e a todos os meus filhos, de ambos os casamentos: Leandro Salerno Leyser de Aquino, Delegado de Polícia; Diana Salerno Leyser de Aquino, Advogada; Yasmin Aro Leyser de Aquino, estudante; e o caçula Kauan Aro Leyser de Aquino, estudante, os quais, em conjunto, colaboraram para que eu pudesse chegar no ápice da minha carreira, sem essa família certamente eu não teria tido forças, nem motivos, para vencer essa caminhada e honrosa carreira da Magistratura.

Por fim, agradeço de coração a todos os presentes às nossas posses, minha e do colega Maurício Valala.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS (Presidente do Tribunal de Justiça)

Discurso de encerramento da Cerimônia de posse dos desembargadores Kleber Leyser de Aquino e Maurício Valala. (Solenidade realizada em 11.03.2019).

Quero saudar com muita honra e alegria os Desembargadores hoje empossados, Maurício Valala e Kleber Leyser de Aquino. Não vou repetir a árdua caminhada de cada um dos eminentes Desembargadores durante a longa jornada que exerceram durante a vida até esta solenidade, mas o que pude perceber, a partir do que li e ouvi e do que soube como Magistrado em mais de 43 anos de Magistratura, conhecendo, portanto, a história de cada um, é que ambos lutaram muito para conquistarem o cargo elevado de Desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Fico orgulhoso porque são produtos da educação paulista. A formação pública feita na Academia de Oficiais da Polícia Militar do Desembargador Kleber Leyser e a formação na velha e sempre nova Academia das Arcadas de São Francisco pelo Desembargador Maurício Valala – ambos receberam, portanto, primorosa educação. Vossas Excelências são paradigmas de quem passou por duas Academias de larga, longa e belíssima história, onde aprenderam os direitos, onde aprenderam a respeitar a cidadania, onde cultivaram o estudo, a disciplina, a hierarquia e o amor à Pátria, como foi dito aqui. Mas, o que senti de mais bonito, sejam nos belíssimos discursos feitos pelo Desembargador Solimene e pelo Desembargador Malheiros, sejam nas palavras que cada um dos empossados disseram do fundo de seu coração, foi que ambos são dotados de profundo amor, exprimido em palavras no belíssimo idioma pátrio com educação, finura, beleza, tudo aquilo que o nosso velho idioma, a "última flor do lácio", pode dizer em um momento tão repleto de significado, principalmente para nós, Magistrados paulistas. Cada um deu um depoimento de amor aos pais, à família, aos filhos, aos antepassados – é isto que ficou na mensagem proferida no momento mais importante de suas vidas profissionais.

Ambos lutaram muito. O Desembargador Maurício Valala, servidor público desta Corte, e o Desembargador Kleber Leyser, da valorosa Polícia Militar do Estado de São Paulo. Sempre enfatizo que a Polícia Militar foi criada exatamente após a instituição do Tribunal da Relação de São Paulo e Paraná para que fizesse cumprir o julgado desta Corte. Acabamos de completar, no último dia 3 de fevereiro, 145 anos de história. Isto demonstra que as instituições têm que ser respeitadas, têm que ser observadas, têm que ser levadas ao extremo do altar, do culto que nós temos que ter pelas coisas perenes que ficarão depois de nossa passagem por aqui. Por isso, em um momento tão importante para a Pátria brasileira, quero dizer que, como Juiz, como Servidor Público, em um momento em que os servidores públicos são, muitas vezes, alvo de críticas que não são adequadas porque servidores públicos são aqueles que servem ao povo paulista ou ao povo brasileiro e servir é um ato de amor, como foi um ato de amor cada oração que Vossas Excelências lançaram aqui nesta tribuna.

Desejo a Vossas Excelências que continuem a belíssima carreira que

Acesso ao Sumário

construíram tijolo a tijolo, desde a meninice; que continuem a honrar a toga que receberam hoje, toga nova, de Desembargador, toga inconsútil, como foi dito; que continuem a fazer com que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo cumpra, nada mais, nada menos, do que exclusivamente a obrigação constitucional de uma Corte deste porte: prestar a função jurisdicional de forma rápida, eficiente e justa.

Como representante desta Corte agradeço a todos que abrilhantaram esta solenidade, senhores representantes da Polícia Civil, da Polícia Militar, da Advocacia, do Ministério Público e, principalmente, os Magistrados que estão aqui para receber de braços abertos os dois novos Desembargadores, completando, então os 360 Desembargadores da Corte Paulista. Sejam bem-vindos e que Deus os abençoe e que suas carreiras continuem a brilhar cada vez mais, como sempre fizeram ao longo de suas jornadas.

Muito obrigado a todos. Declaro encerrada esta seção.

CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA (Procurador da Assembleia Legislativa de São Paulo e filho do homenageado)

Discurso proferido por ocasião da inauguração da 1º Salão de Belas Artes do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, realizado em homenagem ao Desembargador Mário Hoeppner Dutra – 1914/1997. (Solenidade realizada em 03.04.2019).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Arthur Marques da Silva Filho, DD. Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, representando seu Presidente Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças;

Exmo. Sr. Des. Octavio Augusto Machado de Barros Filho, DD. Coordenador do Museu do Tribunal de Justiça;

Senhoras magistradas, senhores magistrados;

Senhoras funcionárias, senhores funcionários;

Caros amigos e estimadas amigas,

- Primeiramente eu gostaria de agradecer ao Des. Octavio por essa maravilhosa homenagem. O Salão de Belas Artes do Tribunal de Justiça é uma ideia fantástica e Vossa Excelência está de parabéns pela iniciativa.
- Gostaria de agradecer, igualmente, à sua simpática esposa, Sra. Alice Rossi, e à Sra. Liège Zampol, pelo exímio trabalho de

Noticiário
Acesso ao Sumário

restauração dos quadros de meu pai.

- Por fim, gostaria de agradecer aos gentis funcionários deste Museu, o que faço na pessoa do Bruno e da Hevlim, sempre muito atenciosos e profissionais.

Meu querido pai, Mário Hoeppner Dutra, faria 105 anos no próximo dia 6 de maio!

- Ele nasceu em 1914, em Santa Bárbara D'Oeste. Formou-se na turma de 1936 da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, que tanto amou e festejou, em verso e prosa!
- Ingressou na Magistratura em 1940 e foi juiz nas Comarcas de Queluz, Casa Branca e São Paulo. Foi Vice-Presidente do Tribunal de Alçada Criminal e promovido a este Egrégio Tribunal em 1967, um dos mais novos Desembargadores a terem aqui chegado na época;
- Em sua passagem pelo interior, não só prestou jurisdição, fez amigos, pescarias, fotografias e marcou sua passagem. A inscrição por ele deixada em uma pequena placa de pesqueiro no interior revela bem a sua polimática personalidade:

  "Com jeito se pega peixe, com jeito tudo se faz. O difícil é dar jeito ao jeito, o que nem todo mundo é capaz."
- Faleceu em 15 de junho de 1997, aos 83 anos de idade.
- A sua vida, com tantas venturas e desventuras, intensas realizações e sofrimentos, foi eximiamente narrada pelo estimado Desembargador Eduardo Pereira dos Santos, em belíssima saudação que fez ao meu pai, na homenagem oferecida por este Tribunal, em março de 2015, por ocasião da comemoração dos 150 anos do Justiça Bandeirante, e por ser encontrada na "internet".

Prezadas senhoras e prezados senhores, talvez fosse de se pensar: que ligação teria a arte com a justiça?

Sabemos que as ciências morais, nas quais se insere o Direito, estudam a atividade humana sob o aspecto do "bem". Já as artes, têm no "belo" o seu valor fundamental. Mas, nos lembra Franco Montoro: "Esses critérios ou valores não se opõem. Como mostra a Filosofia, 'verdade', 'beleza', 'bem' são aspectos fundamentais do 'ser' e se correspondem."[1]

De fato, além da busca pelo 'belo', para Mário Hoeppner Dutra, a arte sempre foi uma intensa fonte de inspiração para a realização da 'Justiça', como demonstra o magnífico discurso que realizou em 24 de fevereiro de 1965, para

1 MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito.** 33ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 104.

saudar o então juiz Ítalo Galli, em sua posse no Colendo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

Em passagem desse discurso, descreve famosa tela do pintor espanhol Goya – "Execução dos Rebeldes" –, na qual, em Madri, um pelotão de soldados a serviço de Napoleão fuzila, à queima-roupa, um grupo de rebeldes espanhóis que haviam se insurgido contra a dominação.

> *Após descrever minuciosamente a tela, Mário Hoeppner Dutra pontua:*
>
> *"Contraste violentíssimo! De um lado, de barrentinas altas, mochilas às costas, os opressores curvados na pontaria. De outro, a corte desmantelada de náufragos da liberdade, vibrando ainda na revolta épica: uns tombados, outros que vão morrer!*
>
> *Em nenhuma outra tela o gênio realista de Goya, esse Sheakspeare das artes plásticas, soube expressar tanto o seu ódio à opressão e o seu acendrado amor à liberdade.*
>
> *E é essa mesma liberdade que a nós, a todos nós, magistrados, cabe o dever precípuo de mantê-la íntegra, garantido-a, ainda que ao preço de nossas vidas, a todos os seres da comunidade."*[2]

Trago essa passagem com a finalidade de homenagear todos os valororos magistrados deste Estado!

Para terminar, gostaria de relembrar a face poeta de Mário Hoeppner Dutra, sempre enamorado da Velha e Sempre Nova Academia, com uma das mais conhecidas trovas acadêmicas, que muitos não sabem, mas é de autoria dele. Assim, quero também saudar a neta do homenageado, minha querida filha, Geórgia Assanuma Dutra, que é caloura das Arcadas:

> *"Não sei se é fato ou se é fita,*
> *Não sei se é fita ou se é fato,*
> *O fato é que ela me fita,*
> *Me fita mesmo de fato."*

Muito Obrigado.

Acesso ao Sumário

2 DUTRA, Mário Hoeppner. **Perfis. Discursos e Poemas.** São Paulo, Milesi Editora Ltda. 1981, p. 122-123.